

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO
DE LA PONDERACIÓN Y EL MODELO
APLICATIVO DE LA SUBSUNCIÓN**
Análisis desde la Filosofía del Derecho

MSc. JORGE LUIS CÓRDOVA GUZMÁN

GUATEMALA, FEBRERO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA PONDERACIÓN Y EL MODELO
APLICATIVO DE LA SUBSUNCIÓN
Análisis desde la Filosofía del Derecho**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. JORGE LUIS CÓRDOVA GUZMÁN

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, febrero de 2017



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Aníbal González Dubón
VOCAL: Dr. Jorge Mario Rodríguez Martínez
SECRETARIA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 16 de agosto del año 2016.

Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Parra Vela:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** del Maestro **Jorge Luis Córdova Guzmán** con número de carné **100015743**, titulada **“EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA PONDERACIÓN Y EL MODELO APLICATIVO DE LA SUBSUNCIÓN. Análisis desde la Filosofía del Derecho”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **Jorge Luis Córdova Guzmán** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR SAÚL GONZÁLEZ CABRERA

Guatemala, 21 de noviembre de 2016.

MSc. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA PONDERACIÓN Y EL MODELO
APLICATIVO DE LA SUBSUNCIÓN
Análisis desde la Filosofía del Derecho**

Esta tesis fue presentada por el MSc. Jorge Luis Córdova Guzmán, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred Catalina Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, dos de febrero del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el MSc. Jorge Luis Córdova Guzmán, aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho**, lo cual consta en el acta número 42-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA PONDERACIÓN Y EL MODELO APLICATIVO DE LA SUBSUNCIÓN Análisis desde la Filosofía del Derecho”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





Agradecimientos

Este trabajo de investigación supone un sinnúmero de agradecimientos y reconocimientos de tipo institucional y personal.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala y en particular a la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que durante más de cinco años me acogió en el seno de su colegio académico, en el cual pude plantear, discutir y madurar muchas ideas, de las cuales algunas forman parte de estas páginas.

Valoro el apoyo, los consejos y las largas horas de discusión que subyacen a esta investigación de los Doctores Aníbal González Dubón y Saúl González Cabrera, quienes revisaron y orientaron mi tesis doctoral. No solo mi agradecimiento por el tiempo y esfuerzo que dedicaron, sino por haber hecho que mi recorrido por la USAC fuera enriquecedor y muy agradable.

Particular mención a los profesores René Arturo Villegas Lara y Jorge Mario Rodríguez Martínez, por sus enseñanzas, indicaciones y recomendaciones que han permitido llevar a buen puerto la investigación. Un reconocimiento personal al Doctor Miguel Ángel Reyes Illescas, que además de ser una guía en los estudios y permitirme respirar el rico y productivo ambiente de la sociología, me introdujo a la práctica de una de las artes que más disfruto: "*socio filosofar*".

A mis apreciables compañeros en las aulas, todos con criterios muy diversos, controversiales muchos, valiosos todos. Estima especial a María Eugenia Morales Aceña y Belter Rodolfo Mancilla Solares. Realmente me divertí mucho.



De todo corazón dedico esta tesis a Lauro Córdova De León, mi padre, por su afecto, invaluable apoyo y solidaridad, por sus consejos y sugerencias en las distintas facetas de mi vida.

A mi madre: María Luisa Guzmán. Le debo simple y sencillamente, lo que soy. Por su amor, incondicional cercanía, presencia afectuosa y protectora que siempre me acompaña.

A mi esposa Cinthia Ochoa Fuentes, palabra precisa, compañera de vida, por la eterna paciencia, la constante presencia y el infinito amor que se materializa en Sofia y Jorge Andrés. A los tres solo puedo decirles ¡Gracias!

A la persona que me dijo: "... y esto será lo último que verán mis ojos..." a mi mamita Juana Guzmán Maquín (†) ... a quien recuerdo todos los días de mi vida.



"Dios, concédeme la serenidad para aceptar las cosas que no puedo cambiar, el valor para cambiar las cosas que puedo cambiar y la sabiduría para conocer la diferencia..."

CONTENIDO



PÁGINA

Introducción	i
Capítulo I: El positivismo metodológico y el método de la subsunción	1
1. Iuspositivismo y Constitucionalismo	1
2. Positivismo jurídico inclusivo y neoconstitucionalismo	15
3. El positivismo suave (<i>soft positivism</i>)	20
4. La importancia de la claridad	24
Capítulo II: El neoconstitucionalismo y la función de los principios	44
1. El constitucionalismo como la última Teoría del Derecho	44
2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo	45
3. La conexión entre derecho y moral	52
4. Reglas y principios	55
Capítulo III: La argumentación jurídica y la ponderación constitucional	65
1. Definición de argumentación jurídica	65
2. Características de la argumentación jurídica	67
3. Los fines de la argumentación jurídica	69
4. Instancias de la argumentación jurídica	72
4.1 Legislativa	72
4.2 Judicial	73
4.3 Administrativa	74
4.4 Expertos en derecho	74
4.5 Práctica forense	77



5. Teorías de la argumentación jurídica	
5.1 Definición	78
5.2 Objetivos de las teorías de la argumentación jurídica	79
5.3 Utilidad de las teorías de la argumentación jurídica	80
5.3.1 Utilidad del aspecto descriptivo	80
5.3.2 Utilidad del aspecto prescriptivo o normativo	81
6. La teoría procedimental de Robert Alexy	82
7. La teoría de la argumentación de Manuel Atienza	92
8. La teoría garantista de Luigi Ferrajoli	94
9. Las reglas de argumentación de Aulis Aarnio	96
Capítulo IV: Subsunción y ponderación. Una comparación desde el punto de vista de la filosofía del Derecho	102
1. Aplicación del derecho	102
2. Función de resolución de conflictos	104
3. Tipología de procesos	105
4. Pretensiones y resoluciones	107
5. Función de fundar las resoluciones	110
6. El modelo de la subsunción	111
7. El modelo nomológico	117
8. Justificación interna y externa	123
9. Obligación de aplicar las normas	128
10. Criterios de pertenencia	129
11. Aplicación y aplicabilidad de las normas	134
12. Balance o ponderación	139
13. La metodología de la ponderación	144
14. El principio de proporcionalidad	146

15. Clases de ponderación	150
16. Etapas de la ponderación	151
17. Crítica al método de la ponderación	157
CONCLUSIÓN	165
BIBLIOGRAFÍA	169





INTRODUCCIÓN

Problematizar sobre la relación entre la filosofía del Derecho y la argumentación jurídica implica reflexionar sobre si el Derecho es efectivamente un modelo aplicativo o un modelo argumentativo.

Implica preguntarse si en realidad el Derecho es un modelo aplicativo, pasivo y recreativo o un modelo argumentativo, activo y creativo. En ese sentido, la concepción clásica del Derecho, como la sostenida por ejemplo por Eduardo García Máynez, parecería, a partir de su definición de *interpretación*, concebir al Derecho como un modelo aplicativo. No obstante ello, en el trabajo de García Máynez se avisoran ya, algunos indicios de lo que se podría llamar un *modelo argumentativo*.

Las aportaciones de García Máynez a la *axiomática jurídica*, a la *ontología formal del Derecho*, y a la *lógica jurídica*, constituyen verdaderas aproximaciones a una teoría argumentativa del Derecho.

Algunos autores contemporáneos aseguran que el Derecho siempre ha sido un modelo argumentativo, a pesar del intento del positivismo jurídico para reducirlo a uno meramente aplicativo, sobre todo en el contexto de las grandes codificaciones.



Aun cuando se popularizó entre la cultura jurídica continental europea y de Latinoamérica la idea de que el Derecho era un modelo aplicativo –o que al menos bastaba con concebirlo como tal- cabe citar por ejemplo lo escrito por García Máynez en su *Introducción al Estudio del Derecho*:

“Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero este no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma... La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicadas”¹.

Y más adelante, al ofrecer un concepto de interpretación, García Máynez manifiesta: *“Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación”².*

En ese sentido, también ha existido alguna confusión respecto a pensar que un texto normativo solamente puede tener un único significado, es más, también se ha creído que, a partir de los diferentes métodos de interpretación se llega

¹ García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Quincuagésima primera edición. Porrúa. México. 2000. Pp. 129.

² IBID. Pp. 325.



siempre a la misma conclusión. Pero la interpretación jurídica no puede ser reducida a una mera declaración aplicativa –pasiva y recreativa- de un sentido único sino más bien reconocida como la atribución argumentativa –activa y creativa- de un significado plausible dentro de una infinidad de éstos, esta consiste en atribuir o *dar* un sentido o significado a la norma jurídica que se estima aplicable al caso concreto.

Una vez que la concepción tradicional de la interpretación jurídica, es decir, *desentrañar el sentido de la norma jurídica*, es desplazada por un concepto alternativo, esto es *atribuir o dar* un significado a la misma, el modelo aplicativo puede ceder ante el modelo argumentativo en el cual cobra mayor importancia el análisis general de la técnica jurídica (o jurisprudencia técnica), y en particular no sólo de la interpretación e integración sino también de la argumentación.

El aspecto central del enfoque argumentativo, en contraposición al enfoque subsuntivo, es el de que la expectativa de certeza jurídica se explica bajo las exigencias de evitar la arbitrariedad y que las decisiones sean correctas. El aspecto sustancial de la certeza se contiene en la idea de que toda determinación jurídica sea conforme a derecho y en concordancia con otras normas sociales, no jurídicas. Así no sólo se trata de que las decisiones sean previsibles, sino de que, como señala Aarnio³, los decisores ya no pueden apoyarse en una mera autoridad formal para justificar sus decisiones, ya que en las sociedades actuales las

³ Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. UN TRATADO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 26-29.



personas no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino también piden que éstas se sustenten con razones; de esta manera, la presentación de argumentos es siempre un medio para asegurar la existencia de la misma certeza jurídica en la sociedad.

Dicho procedimiento de justificación, que desde luego se basa en un discurso práctico (de razón práctica), puede ser descrito en términos de una justificación interna (razonamiento lógico) y de una justificación externa (fundamento axiológico).

En este sentido, la justificación externa añade nuevos silogismos a la cadena de argumentos, a fin de apoyar una premisa ya formulada.

El modelo argumentativo principalista, especialmente en el ámbito constitucional, constituye el medio más utilizado hasta ahora, para la aplicación del contenido constitucional, y a su resultado, se le ha denominado *ponderación*. El método ponderativo, está en clara oposición al método subsuntivo o lógico formal.

La diferencia esencial es la oposición al positivismo metodológico o a la forma deductiva-racional (subsunción) de interpretación y aplicación del Derecho, ya que la justificación interna del método positivista entra en conflicto con la justificación externa propia de la ponderación, en la cual, como ya se expuso, es necesario añadir premisas no provenientes de fuentes formales ni de los hechos



directos, al razonamiento jurídico, lo cual únicamente puede realizarse por medio de modelos argumentativos.

Deviene bastante claro, que el modelo argumentativo del Derecho que propone el neoconstitucionalismo, va más allá del modelo aplicativo del Derecho que según los autores neoconstitucionalistas propone el positivismo metodológico, pero, ¿es así efectivamente?; ¿queda demostrado en definitiva que el modelo propuesto por el positivismo metodológico es menos adecuado para la interpretación y aplicación de la Constitución?, y si es así, ¿de qué manera queda demostrado?

La investigación aquí planteada tiene por objeto tratar de descubrir una respuesta fundamentada de forma científica-racional a las preguntas formuladas en el párrafo anterior, pero respondidas desde la visión de la filosofía del Derecho; que es, a nuestro entender, el lugar desde donde se deben responder tales preguntas.

La forma como pensamos tratar de encontrar las respuestas es examinando con detalle ambos métodos a la luz de la filosofía del Derecho, y determinar de forma objetiva si las objeciones a ambos modelos, aplicativo –aunque según nuestra opinión, el positivismo metodológico no es un método exclusivamente aplicativo- y argumentativo, tienen sustento a la luz de la filosofía jurídica.



El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero, se ha tratado de exponer el modelo de la subsunción, propio del positivismo metodológico y su análisis desde la teoría y la filosofía del Derecho.

El segundo capítulo constituye un análisis teórico del modelo formulado por el neoconstitucionalismo y su método principal, a saber, el de la función de los principios en el razonamiento jurídico, como alternativa al método de la subsunción propio del positivismo jurídico.

En el tercer capítulo se realiza un análisis descriptivo de los modelos de la argumentación jurídica y del método propio de la solución de conflictos entre principios constitucionales: la ponderación, tratando de exponer, tanto sus propiedades como sus críticas.

El cuarto y último capítulo consiste en una comparación entre el modelo de la subsunción y el modelo de la ponderación, realizada a la luz de elementos de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, para finalizar con una conclusión en la que expone sintéticamente la opinión del autor de este informe y la posibilidad epistemológica de la hipótesis propuesta.



CAPÍTULO I

EL POSITIVISMO METODOLÓGICO Y EL MÉTODO DE LA SUBSUNCIÓN

1. POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Realizar una aproximación del positivismo metodológico al constitucionalismo puede ser de utilidad para inferir algunas conclusiones que contribuyan a delimitar las posibilidades del último dentro de la Filosofía del Derecho.

No obstante el neoconstitucionalismo ha afirmado que existen incompatibilidades entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo, “es un hecho que el positivismo no ha contribuido poco al desarrollo de las técnicas de garantía”¹.

Los aspectos que se podrían destacar son distintos, pero son dos los que se relacionan de un modo más directo con tal aproximación: la pretensión del positivismo jurídico de poder conocer las normas sin recurrir a elementos extra-jurídicos por lo que

¹ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2011. Pp. 231.



se puede decir que el juez aplica las normas, y la pretensión de poder controlar la actividad de la aplicación del derecho.

En opinión de Moreso: “algo que el neoconstitucionalismo generalmente no incluye en su crítica es que *positivismo jurídico* es una locución que indica *objetivos* diferentes. No obstante, no siempre sus críticos han tenido en cuenta esta complejidad y ha sucedido a menudo que han usado alguna caricatura, antes que alguna de las versiones como blanco”².

Reenviando el análisis a cuanto ya se ha dicho acerca del positivismo jurídico, pueden encontrarse algunos puntos de suma importancia.

El neoconstitucionalismo, además de criticar tesis cripto-positivistas, denuncia la imposibilidad de defender el postulado científico del positivismo jurídico como metodología: es decir, denuncia la imposibilidad de un conocimiento avalorativo del Derecho constitucional. Esto derivaría de la conexión entre Derecho y moral y de la incompleta positivización de los valores morales en principios constitucionales que, en

² Moreso, J. J. LA CONSTITUCIÓN: MODELO PARA ARMAR. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009. Pp. 186.



todo caso, indicarían que la moral ha encontrado lugar entre los estándares de validez jurídica del sistema.

Sin embargo, en la perspectiva neoconstitucionalista, la negada avaloratividad a la que se ha hecho referencia, es aquella que comprende la cancelación de los valores. Por el contrario, precisamente en la medida en que los juicios morales son racionalmente fundables, la presencia de juicios morales, o sea de juicios que satisfacen tales exigencias de racionalidad y universalidad típicas de la argumentación práctica racional, no sustraería para nada la avaloratividad del conocimiento puesto que, precisamente, se instaura un paralelo o sinonimia entre universalidad y avaloratividad/neutralidad. Por ejemplo: ¿qué moral debería ser reconocida por la regla de reconocimiento?

Puede ser útil recordar que la locución *positivismo jurídico* deriva de Derecho positivo. “El tema de la naturaleza del derecho –*su ser natural o su ser convencional*– no es nuevo, sino que se remonta en la historia, así como la distinción entre el derecho considerado natural y el otro considerado positivo, es decir, puesto de alguna manera por los seres humanos”³.

³ Pampillo, Juan Pablo. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA. PERPLEJIDADES, PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 157.



El positivismo jurídico se conecta con el proceso histórico *—durante el cual el Derecho positivo y el Derecho natural no son ya considerados bajo el mismo criterio—*, lo que conduce a afirmar únicamente el Derecho positivo: solo el Derecho positivo es considerado Derecho en sentido propio, no existe otro derecho sino el positivo⁴.

Este el proceso conducente a la formación del Estado moderno, que reemplaza, no con demasiada lentitud, la organización medieval.

El positivismo jurídico ha sido una de las ideologías más importantes para la concentración del poder en las manos del soberano absoluto y esto explica en parte también tanto la nostalgia por el medioevo como la crítica al iuspositivismo que a menudo han expresado los partidarios del neoconstitucionalismo, pero eso ha sido fundamental también para la afirmación del Estado de Derecho y, por ejemplo, del sistema parlamentario en Inglaterra.

⁴ En este espacio es pertinente traer a colación la diferencia sustancial entre los juicios normativos propios del positivismo jurídico y los juicios enunciativos semejantes al Derecho Natural. Los primeros imponen derechos y obligaciones, pueden catalogarse como válidos o inválidos, tienen como fin provocar un comportamiento y persiguen un fin práctico, por tanto no debe confundirse con las relaciones que expresa pues no se trata de enunciados que explican los hechos, sino de fórmulas para explicarlos. En tanto el contenido de los juicios enunciativos son enunciados ónticos (lo que es), que pueden ser verdaderos o falsos, tienden a la explicación de las relaciones entre los fenómenos y su fin es eminentemente teórico. Por tanto las leyes naturales son juicios enunciativos cuyo fin estriba en mostrar las relaciones identificables que existen en la naturaleza.



Sobre todo en su primera elaboración (por ejemplo, en Hobbes) tiene una función de estímulo hacia la innovación y una función de instrumento para ordenar un panorama jurídico que se había vuelto excesivamente caótico y no funcional a la organización social que iba transformándose con el acceso de la burguesía.

En el positivismo jurídico, entendido en sentido lato, han sido considerados juristas y filósofos verdaderamente distintos, desde Hobbes hasta Savigny, desde la Escuela de la Exégesis hasta el Realismo Jurídico y ya solo por esto es impensable negar la complejidad. Por esta razón no parece precisamente provechoso, sino más bien una fuente de duda y confusión, asumir el positivismo jurídico sin ninguna otra calificación como blanco de una crítica, sea constructiva o demoleadora.

“El neoconstitucionalismo, en efecto, no se puede decir crítico de un cierto tipo de positivismo jurídico, sino parcialmente de todos los positivismos jurídicos (pues la teoría nos ofrece una gama de ellos), lo cual hace inconsistente su crítica”⁵.

⁵ Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Op. Cit. Pp. 233.



Entre los muchos intentos de clarificación de la locución, la tripartición bobbio todavía hoy, parece, por lo menos, la más clara, quizá gracias a su simplicidad. A partir de aquella tripartición, pareciera que las críticas neoconstitucionalistas se dirigen hacia todos los tres sentidos identificados, pero se puede limitar al problema de la identificación del Derecho y al control de su aplicación.

Respecto al primer aspecto, el positivismo jurídico ha sido a menudo descrito como formalista. También con este término se hace referencia a diversos objetos, en todo caso, al menos en un cierto sentido, es una característica necesaria del positivismo jurídico.

Este, en efecto, pretende identificar al derecho sin recurrir a elementos extra-jurídicos y dada la asunción que distingue entre juicios de valor en subjetivos y los de hechos en objetivos, necesita de criterios formales para tales fines: el derecho debe poder ser definido solo con base en características formales.

En un primer período dicha característica se identifica con la autoridad de la que emana el Derecho: el Derecho es aquel emanado del soberano. Un poco simplistamente se puede afirmar que la idea primitiva se desarrolla en aquella que ha sido el impulso hacia la legislación que, como eficazmente ha escrito Bobbio: “no es



un hecho limitado y contingente, sino un movimiento histórico universal e irreversible, indisolublemente ligado a la formación del estado moderno: no en todos los países se ha llegado a la codificación (...), pero en todos los países se ha realizado la supremacía de la ley sobre las otras fuentes del Derecho”⁶.

Con la introducción de la Constitución rígida (y, por lo tanto, en sentido jurídico y no solo político), y luego con el control de constitucionalidad, la supremacía de la ley cede paso a la supremacía de la constitución.

Contrariamente a lo que parece afirmar el neoconstitucionalismo, en este solo hecho no habría nada particularmente innovador desde el punto de vista de las fuentes si la Constitución fuese considerada completa, es decir, que regula todo aspecto de la vida jurídico-social, de modo tal que transforma al legislador en una suerte de *administrador* del Derecho de fuente constitucional: en el ordenamiento, llegado a un cierto peldaño, se encuentra la Constitución como fuente suprema.

La estructura se amplía pero no se transforma radicalmente. Tan es cierto que la configuración de la jurisdicción permanece igual tanto en el Estado legislativo como

⁶Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Debate. Madrid. 1993. Pp. 139



en el constitucional. El juez está sujeto a la ley. Esto reafirma la teoría antecedente relativa a las fuentes: la ley prevalece ante las otras fuentes, ciertamente la Constitución está pre-ordenada a ella, es de la Constitución (de su conjunto y no solo de las normas sobre la producción jurídica) que la ley obtiene su validez. La decisión del juez no será otra que la reproducción de la ley que será una actuación de la Constitución.

La Constitución establece cómo debe ser la ley para ser considerada válida en el ordenamiento jurídico. Así configurada la Constitución, no se plantean particulares dificultades al positivismo jurídico. Estando así las cosas bien se puede decir con Montesquieu que *“la libertad es el derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten”*⁷; si, entonces, estas se limitan a realizar la Constitución, no existe incompatibilidad con el constitucionalismo.

Sin embargo, el neoconstitucionalismo sostiene que la positivización en el nivel constitucional de los derechos de libertad y de los derechos sociales trae problemas inéditos para la filosofía y para la ciencia del Derecho. Por un lado, porque ya no sería posible identificar al Derecho sin recurrir a elementos extra-jurídicos –dado que los valores no pueden nunca positivizarse completamente y la moral se convierte así en

⁷Montesquieu. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES. Editorial Itsmo. Madrid. 2002. Pp. 273.



parte de los criterios de identificación del Derecho– y, por otro, porque de esto deriva que el Derecho no puede ser observado como un simple hecho sino que debe ser considerado como valor.

Viceversa, el positivismo jurídico, entendido como el modo de aproximarse al Derecho considera al derecho como un conjunto de hechos, de fenómenos o de datos sociales análogos a los del mundo natural; propone una aproximación avalorativa del derecho, término que aquí pierde toda connotación emotiva. Esto, conjugado con el formalismo del criterio de validez (afirmar la validez de una norma no implica alguna afirmación sobre su valor) ofrece al científico del derecho el modo de estudiar aquello que el Derecho es, separándolo de aquello que podría ser.

Desde esta perspectiva puede ser útil la distinción entre ciencia y Filosofía del Derecho. La ciencia –la actitud iuspositivista– estudia al derecho prescindiendo de su valor. En cambio, *“el filósofo del derecho no se contenta con conocer la realidad empírica del Derecho, sino que quiere buscar su fundamento, la justificación: poniéndose así ante el problema del valor del Derecho”*⁸.

⁸ Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Op. Cit. Pp. 159.



Teniendo en cuenta esta distinción se puede observar, como señala Bobbio, dos tipos de definiciones del derecho: las de tipo fáctico-ontológico y las de tipo ideológico-deontológico. Las primeras definen el Derecho como es, las segundas definen el derecho como debe ser para satisfacer un cierto valor. Típicas de estas segundas son las definiciones del Derecho en función de la (o de una) justicia, en función del bien común, en función de la libertad individual. El positivismo jurídico, en cambio, típicamente define el derecho en términos fácticos, definiciones que se adaptan a las aspiraciones científicas de la doctrina.

Ahora bien, parece que objetivo compartido por el constitucionalismo es conocer *quién* debe usar la fuerza, *cuándo* el que puede usar la fuerza lo puede y lo debe hacer, *cómo* la fuerza debe y puede ser usada y *cuánta* fuerza debe y puede ser empleada.

Para este fin es necesario conocer, en primer lugar, las fuentes de derecho: según el positivismo jurídico son fuentes aquellos hechos o aquellos actos a los que un determinado ordenamiento atribuye la idoneidad o la capacidad de producir normas jurídicas. Esta definición ontológico-factual permite identificar el derecho sin recurrir a elementos extra-jurídicos.



En definitiva, el positivismo jurídico metodológico tiene como criterio de conocimiento, y la crítica puede estar basada sobre el criterio de la conveniencia: “*el método no es un medio para alcanzar un determinado fin y, por lo tanto, se trata de valorar si tal medio es idóneo para alcanzar el fin en cuestión, es decir, precisamente, de valorar la conveniencia de medio a fin*”⁹.

El neoconstitucionalismo afirma que dicha conveniencia no existe más, una vez que el Estado ha mutado de legislativo a constitucional. En el Estado legislativo, afirma, no había límites materiales a la legislación: solo límites procedimentales o formales. Distinto, sin embargo al Estado constitucional donde la validez jurídica ha incorporado también límites jurídicos materiales y sustanciales para la producción jurídica a todo nivel. La validez estaría ahora vinculada no solo a la conformidad procedimental sino también a la actuación de los límites y de los objetivos sustanciales de la Constitución.

En otras palabras, la noción de validez del Derecho del Estado constitucional sería distinto de la mera positividad: para ser válida una norma no debe contradecir normas superiores, no solo en el sentido que debe ser compatible con ellas sino que debe ser también su realización (de las normas constitucionales).

⁹ Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Op. Cit. Pp. 282.



Ahora bien, aquello que no convence precisamente de esta perspectiva son las consecuencias que parecen derivarse de ellas: una vez comprobado que el ordenamiento jurídico no es un sistema exclusivamente dinámico, esta perspectiva parece reconocer un rol preponderante a su aspecto estático. “Llevado al extremo, aunque *validez* significa todavía *pertenencia de una norma al sistema*, la relación entre norma inferior y norma superior es configurada, sobre todo, desde un punto de vista del contenido, de derivación y no tanto desde un punto de vista formal, de delegación”¹⁰.

Sea como sea que se quiera denominar las cosas, parece precisamente que la sustancia no cambia. En efecto, se mantiene necesario –a menos que uno se adhiera a una ontología moral realista (que, en todo caso, presenta no pocas dificultades)–, distinguir los discursos en tema de validez jurídica y de valor.

Es decir, la perspectiva avalorativa del análisis se mantiene como una necesidad para el constitucionalismo. Ello no quita que, una vez asumido un cierto sistema de valores, no se pueda proceder a formular juicios valorativos sobre las

¹⁰ Pozzolo Sussana. IUSPOSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Op. Cit. Pp. 238.



normas consideradas formalmente válidas. Sin embargo, esto todavía debe ser distinguido de la validez jurídica, y debe ser hecho con cuidado.

Es ciertamente posible estudiar los valores internos de un ordenamiento, teniendo presente que tal estudio será una abstracción, será una síntesis del millar de juicios morales que puedan formular los participantes, es decir de las distintas reconstrucciones en sentido material del ordenamiento.

Luigi Ferrajoli ha propuesto una noción de validez como ausencia de contradicciones entre -se podría decir así- lo afirmado por el Derecho (por ejemplo, la previsión de un derecho) y lo actuado por el Derecho (por ejemplo, los medios para el efectivo disfrute de aquel derecho). Desde esa perspectiva Ferrajoli sostiene que “se puede distinguir juicios de valor de reconocimiento y juicios de valor ideológico-políticos”¹¹.

El participante emitirá juicios de valor del segundo tipo. Pero el punto es que Ferrajoli considera poder identificar una contradicción legislativa no solo cuando la ley

¹¹ Ferrajoli, Luigi. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL E INTERPRETACIÓN OPERATIVA. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 290.



existe sino también cuando la ley no existe, precisamente porque de ese modo no realizan los preceptos constitucionales.

Aquí la Constitución es configurada como completa y la legislación es configurable como una suerte de actividad administrativa. También desde este punto de vista, sin embargo, a menos de no hacerlo a la luz de un cierto sistema de valores asumido por el intérprete y sobrepuesto al ordenamiento jurídico, me parece muy difícil emitir juicios de valor de reconocimiento, a menos que no se pase a examinar las distintas vías de actuación en relación, además, a los diferentes sentidos y valores que los preceptos constitucionales pueden asumir.

O sea que bien se podría usar los juicios de valor en una función cognoscitiva a condición que el teórico se limite a destacar que ellas han sido formuladas. Sostener que hay normas vigentes pero materialmente inválidas es un juicio de valor que impone al teórico cambiar el discurso pasando del descriptivo al normativo, aunque quizás no necesariamente moral.

Todo esto para sostener que el neoconstitucionalismo no solo complementa al positivismo jurídico sino que lo necesita. Si, en efecto, quiere ser un medio eficaz a sus declarados objetivos de limitación del poder y de tutela de las libertades, necesita



de conocer qué es el Derecho para luego proponer cómo debería ser estratégicamente modificado.

2.POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

La parcial positivización de un gran número de valores en principios constitucionales habría determinado el ingreso de la moral entre las fuentes del Derecho.

Esta tesis defendida por el neoconstitucionalismo ha encontrado partidarios también entre los positivistas que, a diferencia de los otros, la consideran compatible con los presupuestos de su teoría.

Ya desde la constatación de este simple hecho se puede comprender cómo las relaciones entre el Derecho y la moral se han convertido en el centro de atención de la literatura iusfilosófica. Sin embargo, el vigor de este debate fortalecido no viene aparejado de irrenunciables, teniendo en mira la literatura iuspositivista en vez de la neoconstitucionalista. En realidad, asumiendo esta tesis sobre las fuentes, el positivismo posiblemente no pueda permanecer coherente consigo mismo.



Que la moral pueda (contingentemente) encontrar un lugar entre las fuentes del Derecho, es una tesis sostenida, por ejemplo, por el *positivismo jurídico* incluso elaborado y defendido sobre todo por Wilfrid J. Waluchow¹². El positivismo inclusivo de Waluchow se caracteriza –diferenciándose del *positivismo excluyente* de Joseph Raz¹³– por la tesis según la cual la moral puede jugar un rol en la determinación de la existencia, del contenido y del significado de las normas jurídicas válidas.

Se advierte, sin embargo, que este rol de la moral es sostenido –no de modo contingente sino necesario– también por el neoconstitucionalismo y constituye uno de los motivos por los cuales considera al positivismo jurídico como incompatible con el constitucionalismo –ya que, precisamente a causa de la inclusión de la moral entre las fuentes, el Derecho del Estado constitucional no aceptaría una aproximación avalorativa–.

La argumentación planteada por Waluchow –como también por el neoconstitucionalismo– se basa principalmente en el hecho que, “por un lado, las cortes apelan frecuentemente a los principios morales para justificar decisiones que

¹² Waluchow, Wilfrid J. POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2007 Pp. 100-101.

¹³ Raz, Joseph. ENTRE LA AUTORIDAD Y LA INTERPRETACIÓN. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2001. Pp. 157.



no pretenden para nada ser y no son consideradas *creación de nuevo Derecho* y, por otro lado, las propias constituciones hacen explícitas referencias a principios morales, condicionando de este modo la actividad legislativa¹⁴. Sin embargo, sea por uno o por otro aspecto, Waluchow considera que no conllevan la necesidad de abandonar la tesis de la *separación* entre el Derecho y la moral que permanece central para el positivismo jurídico.

El neoconstitucionalismo llega a la conclusión opuesta. Resulta claro, entonces, el interés de verificar si el positivismo inclusivo *pueda tener razón* o, al menos, el interés de plantear una resistencia a las críticas.

El positivismo inclusivo de Waluchow –como también el neoconstitucionalismo– acoge algunas sugerencias de la crítica dworkiniana pero su fin no es el de modificar la teoría hartiana sino solo desarrollar sus implicancias.

Procediendo desde la noción de *regla de reconocimiento*, el positivismo inclusivo propone la que, a entender de Waluchow, es solo una especificación o aclaración.

¹⁴ Waluchow, Wilfrid J. EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Op. Cit. Pp. 135.



El positivismo jurídico afirma que entre los criterios de reconocimiento establecidos por dicha regla, la moral también puede ocupar un lugar.

Esto, en opinión del neoconstitucionalismo, no sería el preludio para una teoría iusnaturalista porque, que la moral juegue o no un rol en el reconocimiento del Derecho válido, sería un dato contingente determinado por la formulación de cada sistema jurídico: en todo caso, se podría decir que tal dato está presente al menos en los ordenamientos constitucionales que, precisamente, han positivizado parcialmente algunos valores morales en principios.

Si esta tesis encontrase confirmación podría debilitar las críticas dworkinianas y, al menos, gran parte de las neoconstitucionalistas, al positivismo jurídico. Como es sabido, Dworkin considera que “la regla de reconocimiento hartiana no sería capaz de tomar en cuenta todos los estándares jurídicos válidos (típicamente los principios) y ni siquiera explicaría la obligación de los jueces en los casos controvertidos”¹⁵.

¹⁵ Dworkin, Ronald. EL IMPERIO DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Pp. 145.



Esta tesis plantea, como en el caso de la propuesta neoconstitucionalista, la objeción de la presumible incerteza que se determinaría al acoger la moral entre las fuentes del Derecho, lo que disolvería la propia función de la regla de reconocimiento.

Al parecer de Waluchow, sin embargo, esta temida incerteza sería una exageración. Sería exagerado el contraste entre la certeza obtenible de las reglas cuya validez está determinada solo en función de su fuente, y la presunta inseguridad que se encontraría si la validez o el contenido de una norma fuesen, algunas veces, parcialmente basados sobre su conformidad con los principios morales.

El propio Waluchow recuerda cómo a menudo ha habido controversias también sobre la aplicabilidad y sobre la interpretación de las reglas con su fuente. La propia teoría hartiana de la *open texture* (vaguedad) indicaría la ineliminable indeterminación del lenguaje jurídico y, en su famoso "*Postscript*", el propio Hart afirma que "la regla de reconocimiento puede incluir criterios de validez que exijan la conformidad a principio y valores morales"¹⁶.

Como lo ha explicado Von Wright, en la discusión internacional se ha mantenido la distinción entre tres concepciones de la validez: 1) validez formal (sistémica), 2)

¹⁶ Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996. Pp. 102.



eficacia (es decir la aceptación de una norma en la comunidad jurídica) y 3) validez axiológica (o sea la aceptabilidad de la norma. No se trata solo de perspectivas alternativas sobre la validez; más bien, son variedades semejantes a las variedades de la bondad, por tanto ninguna de ellas posee prioridad sobre otra, pertenecen a diferentes juegos de lenguaje, pero con parecido de familia y el uso de dichos juegos depende del contexto material.

3. EL POSITIVISMO “SUAVE” (*SOFT POSITIVISM*)

En la doctrina se ha dado en llamar “positivismo suave” (*soft positivism*) al tipo de positivismo jurídico del que el inclusivo es, a su vez, un tipo.

Eleni Mitrophanous¹⁷ ha criticado la teoría del positivismo inclusivo de Waluchow afirmando que pueden ser identificados dos tipos de positivismo inclusivo.

Un primer tipo se caracteriza por la tesis según la cual la moral puede jugar un rol en la *identificación formal del Derecho válido*: aquí se afirmarían solo que la regla de reconocimiento puede exigir conformidad con principios morales pero que, una vez

¹⁷ Mitrophanous, Eleni. POSITIVISMO SUAVE. Editorial Bosch. Barcelona. 2002. Pp. 124.



identificada la norma como jurídica, todo reenvío a la moral será de tipo externo, decir, tal reenvío no tendrá el efecto de incorporar el principio moral en el interior del Derecho.

Un segundo tipo se caracterizaría por la tesis según la cual la moral, más allá de figurar entre los criterios de identificación, podría jugar un rol *también en la identificación del contenido del Derecho válido*; aquí se afirma que la moral permanecerá incluida en el Derecho no solo cuando la regla de reconocimiento reenvíe a ella sino también cuando tal reenvío lo hagan otras reglas, porque estos principios morales encuentran su reconocimiento en una práctica jurídica de aceptación. En este último caso el reenvío a la moral sería de tipo interno o *de recepción*.

La distinción entre uno y otro tipo de positivismo incluso le sirve a Mitrophanous para defender la tesis hartiana de las revisiones internas propuestas por Waluchow: aunque crítica, también considera que Hart es un partidario del positivismo inclusivo, pero solo del primer tipo identificado, mientras que Waluchow lo sería del segundo.

La propuesta de Waluchow, que ve incluido en el derecho criterios de validez que implican reenvíos *internos* a la moral, sería incompatible con la función y la



exigencia de identificar con certeza las reglas jurídicas válidas del sistema, “función propia de la regla de reconocimiento”¹⁸.

Mitrophanous identifica dos cuestiones relativas a la incerteza: “1) la incerteza sobre los criterios de validez y 2) la incerteza sobre la insatisfacción de los criterios”¹⁹.

En cuanto a la primera cuestión, si la introducción de criterios morales conlleva la incerteza de los propios criterios, significa que no existe una práctica social generalizada de reconocimiento. Desde tal punto de vista, la regla de reconocimiento a la que se refiere el positivismo inclusivo no es una regla social. No se puede decir que exista una regla social –o sea que todos reconozcan al Derecho con base en los mismos criterios– si los criterios son controvertidos.

Según Mitrophanous, dada su controvertida esencia, para estar contenido en una regla moral, el reenvío a la moral debe ser de tipo exclusivamente externo: la moral no debe ser incluida en el Derecho. Por ejemplo un criterio del tipo: “Las reglas justas son Derecho válido”; aunque todos están de acuerdo sobre cuáles son las reglas justas: el criterio de la justicia es completamente vacío. Una crítica análoga

¹⁸ Hart H. L. A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Op. Cit. Pp. 252.

¹⁹ Mitrophanous, Eleni. POSITIVISMO SUAVE. Op. Cit. Pp. 136.



puede dirigirse a la posición neoconstitucionalista que procede desde una definición de derecho en función de la justicia y, por lo tanto, desde una definición ideológico-deontológica en el sentido expuesto por Norberto Bobbio.

En cuanto a la segunda cuestión, la incerteza respecto a la satisfacción de los criterios de validez se determina cuando no es posible establecer si una regla pertenece o no al sistema y, entonces, si dicha regla es o no Derecho válido.

Al afrontar este problema el positivismo jurídico inclusivo afirma que la moral puede incrementar la determinación del Derecho; le permitiría, en efecto, ofrecer la respuesta correcta. El positivismo inclusivo, según Waluchow: "no tendría ninguna necesidad de adherirse a la teoría hartiana de la interpretación, según la cual, en los casos claros el Derecho está determinado y los jueces tienen la obligación jurídica de aplicarlo, mientras que en los casos difíciles el derecho está indeterminado y el juez decide discrecionalmente: si así fuese, dado el alto número de casos controvertidos, sería necesario declarar el fracaso del Derecho"²⁰.

Este último, por el contrario, tendría que declararse indeterminado solo cuando no ofrece la respuesta correcta: una vez incluidos los principios morales en el Derecho,

²⁰ Waluchow, Wilfrid, J. EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Op. Cit. Pp. 156.



el juez no podría decidir discrecionalmente ni siquiera en los casos controvertidos siempre estaría limitado en su decisión por otros principios que, indicando soluciones diferentes, deberían ser sopesados con el elegido. De este modo, se reduciría la intrínseca indeterminación del Derecho.

Mitrophanous señala que de este modo, en realidad, “ya no se podría distinguir entre derecho determinado e indeterminado, entre derecho completo e incompleto, entre creación y aplicación del Derecho”²¹.

En definitiva, entonces, el positivismo inclusivo sería auto contradictorio, porque no podría desarrollar los fines descriptivos para los que ha sido pensado.

4.LA IMPORTANCIA DE LA CLARIDAD

No obstante la crítica de Mitrophanous al positivismo inclusivo de Waluchow puede catalogarse como válida, se ha considerado que dicha crítica no es suficiente y, más bien, es una posible fuente de confusión.

²¹ Mitrophanous, Eleni. POSITIVISMO SUAVE. Op. Cit. Pp. 160.



Parecería es necesario hacer algunas precisiones, útiles también a los fines de aclarar las dificultades del neoconstitucionalismo, además para rechazar el carácter provechoso de la aproximación positivista (metodológica) en el ámbito de una perspectiva constitucionalista.

En primer lugar, es necesario recordar que el término “moral” es polisémico. Una primera distinción puede hacerse entre “moral positiva” y “moral crítica”; el primer sentido indica la moral efectivamente practicada en el ámbito de una realidad social; el segundo sentido indica, en cambio, la moral desde cuyo punto de vista se observa la moral positiva.

En opinión de Pozzolo, podemos encontrar entonces, “una enumeración de al menos cuatro significados de “moral”:

- a) *Moral individual*: consiste en un conjunto de principios concernientes al comportamiento humano en relación la idea que cada uno tiene del bien y del mal. La moral individual es históricamente determinada y contingente; ella puede ser reconducida y reducida a hechos, y como tal, descrita en términos valorativamente neutrales. Se puede dudar de la posibilidad de



configurar una moral puramente individual, por las mismas razones por las que se puede dudar de la posibilidad de seguir *privadamente* una regla.

- b) Moral *positiva*, que consiste en un conjunto de principios que conciernen al comportamiento humano en relación con la idea que un determinado grupo social tiene del bien y del mal. La moral positiva es, al igual que la individual, contingente e históricamente determinada; está intrínsecamente conectada con una determinada situación social, puede ser reconducida a hechos que se pueden describir de un modo valorativamente neutral.
- c) Moral *concertada*: consiste en un conjunto de principios, obtenidos mediante un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, que conciernen al comportamiento humano en relación con la idea que la mayoría de los seres humanos tiene del bien y del mal. La moral concertada podría ser ejemplificada recordando las múltiples declaraciones de los derechos del hombre, de los derechos del niño, etc., suscritos por la mayoría de los organismos estatales del mundo. Es contingente e históricamente determinada, ligada al desarrollo social y en el nivel del debate intersubjetivo; es positiva en cuanto que expresada en documentos jurídicos o dotados de gran valor, pero no es necesariamente efectiva. Más bien se corresponde con un modelo normativo al que se debe tender.



d) Moral *universal*. Parecería consistir en un conjunto de principios concernientes al comportamiento humano, considerados justos en sí mismos sin alguna relación con lo que los seres humanos creen que esté bien o mal. La moral universal sería lo justo en sí misma, sin atender al tiempo ni al espacio. Sería independiente del desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo”²².

Los cuatro sentidos enumerados pueden ser reconducidos a la primera distinción, reuniendo, por un lado, el sentido individual y el universal en el ámbito de la moral crítica (aunque, en el segundo caso, se trata de moral objetiva) y, por otro lado, el sentido positivo y el concertado (este último en la medida en que está expresado positivamente en las cartas de los Derechos) en el ámbito de la moral positiva.

En segundo lugar, se debe señalar la polisemia del término “validez”. Siguiendo una tipología propuesta por Eugenio Bulygin, “se pueden considerar al menos tres significados principales:

²² Pozzolo, Sussana. IUSPOSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Op. Cit. Pp. 248-249.



1. *La existencia de hecho*: una norma es válida en este sentido cuando existe, es decir, cuando produce los efectos en el ámbito de un grupo social;
2. *La pertenencia*: una norma es válida en este sentido cuando forma parte de un sistema jurídico, en cuanto satisface los criterios establecidos para ello;
3. *La obligatoriedad*: una norma es válida en este sentido cuando su observancia es justa y moralmente debida²³.

El primer y segundo sentido de validez son descriptivos, el tercero es normativo. De los tres significados identificados, los que deberían interesar para el presente análisis son el primero y el segundo: validez como existencia de hecho y validez como pertenencia.

La regla de reconocimiento es aquella regla que fija los criterios de validez para todas las demás normas del sistema jurídico; éstas serán consideradas válidas en la medida en que satisfagan tales criterios. La regla de reconocimiento, además,

²³ Bulygin, Eugenio. UNA ANTINOMIA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS Kelsen. Ratio Iuris. Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales. Buenos Aires. 1990. Pp. 62.



consiste en una práctica social y es válida en cuanto existe de hecho, es decir, produce efectos en el ámbito de un grupo social, ofreciendo los parámetros gracias a los cuales se pueden identificar las reglas pertenecientes al sistema jurídico.

Ahora bien, la introducción de criterios morales entre los establecidos por la regla de reconocimiento, conlleva diversas consecuencias según se refieran a uno u otro de los sentidos de “moral” identificados.

Si se considera la moral individual, se vuelve a la tesis de la discrecionalidad de la función judicial. El juez decide con base en su apreciación moral, con base en su universo ético personal. “Esto puede conducir a dos situaciones alternativas:

1. Una primera en la que vale el libre arbitrio del juez. En este caso se llega a una situación de total incerteza, incompatible con la actual noción de legalidad: algo similar a la sociedad primitiva de la que habla Hart en “El Concepto de Derecho”, solo que aquí habrían muchos jueces mientras que en la primera solo existe Rex (el monarca absoluto identificado por Hart);
2. Una segunda en la que la libre apreciación del juez está mitigada por el universo ético del grupo social; aquí la discrecionalidad judicial es incompatible con la actual



noción de legalidad por la que, incluso recurriendo a convicciones personales, el juez no decide arbitrariamente. Lo que conduce al segundo significado de moral: como *moral positiva*²⁴.

Si se considera la cuestión desde este punto de vista, el reenvío efectuado por el Derecho *no es la moral sino a estándares morales positivizados*, es decir, a estándares jurídicos.

En efecto, una vez positivizado, un estándar moral se vuelve un estándar jurídico. Ello permite aclarar cómo la distinción propuesta por Mitrophanous entre reenvío interno y reenvío externo nace de una confusión. Esta autora, efectivamente, sin adoptar una perspectiva analítica al tema, no distingue entre los distintos sentidos del término “moral”, viéndose obligada a formular la distinción externo/interno que no aclara el problema.

Además como Waluchow, Mitrophanous no parece tener en cuenta la distinción entre “enunciados deónticos”, “normas” y “proposiciones normativas” y, por el contrario, parece adoptar una noción confusa de “enunciado jurídico” similar a la dworkiniana, donde las proposiciones normativas presentan características, al mismo

²⁴ Bulygin, Ernesto. Op. Cit. Pp. 115.



tiempo, típicas de las normas y típicas de las proposiciones, pero incompatibles entre ellas²⁵.

Mitrophanous intenta superar las dificultades derivadas del uso de una noción confusa de “enunciado jurídico” mediante la distinción *interno/externo*, pero no llega a un resultado aceptable. Teniendo presente la distinción antes recordada, es posible aclarar la confusión presente en el positivismo inclusivo. Se aísla, como correctamente hace Mitrophanous, de la cuestión de la identificación formal del *derecho válido* de la identificación (material) de *su contenido*.

En el primer caso se trata de analizar “enunciados jurídicos”, o sea textos normativos, cuya validez deberá establecerse verificando que el procedimiento de su emanación haya satisfecho los criterios formales establecidos en la regla de reconocimiento; quizás en esto consiste la “legitimidad de la fuente” que exige Waluchow. “Este tipo de *actividad cognoscitiva*, es la misma que la desarrollada por los jueces, abogados y científicos del Derecho”²⁶.

²⁵ Los enunciados deónticos son expresiones formadas por un operador (carácter) deóntico, seguida de un contenido deóntico y también a todos los compuestos proporcionales de tales expresiones. Caracteres usados son: P = permitido, O = obligatorio, PH = Prohibido, F = Facultativo.

²⁶ Waluchow, Wilfrid J. Op. Cit. Pp. 178.



En el segundo caso se trata de analizar “normas”, o sea significados de “enunciados jurídicos”. A diferencia de la primera, aquí es necesario tomar en consideración el rol y el objetivo que se propone el intérprete porque esta actividad puede conducir a resultados *no cognoscitivos*, sino *prescriptivos*. En el ámbito del presente análisis, interesa en particular el rol y el objetivo del juez y el rol y el objetivo de la doctrina.

“Si el intérprete es un juez –después de haber identificado el material normativo formalmente válido y tras haber seleccionado un conjunto abstractamente aplicable–, analizará los distintos significados adscribibles o adscritos por otros a dicho material, concluyendo así su actividad meramente *cognoscitiva*. Entre los distintos significados identificados el juez elegirá, adscribiendo a la disposición jurídica (o a más disposiciones jurídicas) un significado determinado, la norma del caso”²⁷.

La elección normativa del juez será determinada en el nivel psicológico por distintos factores: otras normas, máximas de experiencia jurídica, creencias, convicciones éticas, etc. El operador jurídico expondrá sucesivamente en un documento normativo (generalmente en una sentencia) la decisión del caso y las

²⁷ Kelsen, Hans. *SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN*. Editorial Colofón. México. 2010. Pp. 78.



razones adoptadas a favor de ella. Esta última actividad dirigida a la identificación de la norma que regula el caso es *prescriptiva*.

Bien se puede afirmar que aquí la moral o algunos principios éticos que el juez comparte hayan desarrollado un rol en la elección normativa que realizó. Los criterios morales usados por el juez no son asumidos por él como *hechos*, sino como *valores*.

Pero lo que es necesario subrayar es que, al menos desde el surgimiento del Estado de Derecho, la justificación de las decisiones que este particular intérprete *debe* presentar, *debe* encontrar su fundamento en razones jurídicas y principios jurídicos y no en razones morales.

La decisión jurídica deberá configurarse como la subsunción del supuesto de hecho concreto bajo el supuesto de hecho abstracto. Dentro de estos límites, se puede hablar también de la conexión entre el Derecho y la moral *positiva*; conexión admitida por el positivismo metodológico-conceptual.

La investigación en torno a los distintos factores psicológico-sociales que contribuyen a la elección de una particular norma, es una tarea de la Psicología y de



la sociología jurídica; ellas podrían, mediante una investigación empírica, intentar explicar, por ejemplo, la ideología de la magistratura o de alguna de sus partes.

Por el contrario, el objeto de investigación de la doctrina es el resultado de dicho proceso de toma de decisiones: la sentencia, el decreto, el documento normativo, que pueden ser configurados como la expresión externa del proceso psicológico del juez, pero no es precisamente cierto que estos reflejen de modo verdadero el razonamiento “interno”. Esta actividad de investigación asume la moral positiva de los jueces, de la magistratura, como objeto de investigación, por lo que la actividad llega a ser *cognoscitiva*.

En opinión de Taruffo, “si el intérprete es la doctrina, y considerando su rol y objetivo, es necesario realizar una distinción según los objetivos y el rol que se propone alcanzar y desarrollar:

- a) Una doctrina que se plantea *tareas descriptivas* y desarrolla un rol *científico*;



- b) Una doctrina que se plantea *tareas prescriptivas* y desarrolla *normativo*²⁸.

Si el intérprete se plantea tareas meramente cognitivas terminará su trabajo cuando, junto con la identificación del material normativo válido, analice los distintos significados que le han sido adscritos o le son adscribibles. En algunos casos, siempre movido por objetivos cognoscitivos, el intérprete podrá proseguir su actividad emprendiendo un trabajo de tipo teórico.

Según algunos, esta actividad no es meramente cognoscitiva porque conlleva una simplificación de la realidad realizada mediante la elección de algunos elementos que el propio intérprete considera mayormente importantes.

Pero es necesario señalar que, aunque la labor de reconstrucción teórica en modelos, pueda conducir a la expresión de discursos prescriptivos, si el intérprete es inducido por objetivos cognoscitivos el modelo construido bien podrá desarrollar una importante función explicativa compatible con otros modelos descriptivos.

²⁸ Taruffo, Michell. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. Editorial Taurus. Madrid. 1988. Pp. 82.



Si, por el contrario, el intérprete se plantea tareas prescriptivas, tras haber terminado la primera fase cognoscitiva de la investigación, emprenderá una actividad bastante similar a la desarrollada por el juez, pero con la sustancial diferencia que no se les exigirá justificar la elección normativa con base en argumentos jurídicos y podrá hacerlo explícitamente con base en argumentos morales; su única preocupación, con mucho, será ofrecer una justificación persuasiva respecto al auditorio al que se dirige.

Aunque en este caso pueda resultar obvia la conexión entre Derecho y moral positiva, quizás se podría hablar de una efectiva conexión solo en caso de que la interpretación propuesta por el jurista fuese acogida por los jueces; pero también en este caso el juez que se encuentre ante la posibilidad de acogerla, debería al menos reformularla fundándola sobre argumentos meramente jurídicos.

En todos estos casos, cuando un sistema jurídico presenta un estándar del tipo “se protege el Derecho a la libre expresión del propio pensamiento”; no se da, por sí mismo, un reenvío a la moral, sino más bien un reenvío a estándares jurídicos que precisan el significado de la locución “libre expresión del propio pensamiento”, excluyendo, por ejemplo, el insulto. Está claro que dicho significado será determinado por las creencias de los participantes; creencias que están conectadas a sus concepciones éticas.



“Por lo tanto, el Derecho y la moral positiva presentan conexiones, que resultan evidentes incluso atendiendo a formulaciones normativas del tipo “diligencia debida”, “buen padre de familia”, “discriminación injusta”, cuyo significado está determinado con base en cánones jurídicos que varían en el espacio y, sobre todo, en el tiempo, de forma correlativa al cambio de las creencias morales y políticas de los participantes. Resta subrayar que la conexión entre Derecho y moral positiva (incluso concertada), más allá de no ser negada por el positivismo metodológico-conceptual –y tampoco por el positivismo hartiano– no repercute sobre la tesis de la separación”²⁹.

Con la locución “moral positiva” se hace referencia a un conjunto de creencias éticas efectivamente aceptadas, compartidas y practicadas por el grupo social; así, se puede afirmar que existen muchas morales: la cristiana, la utilitarista, la comunista, etc. En este sentido, entonces, la moral puede considerarse un hecho, pasible de ser descrito al igual que cualquier otro hecho.

El positivismo jurídico metodológico no niega que pueda haber conexión entre el Derecho y la moral positiva, y ello no implica el abandono de la tesis de la separación. En efecto, esta última afirma que es posible identificar el Derecho sin recurrir a criterios morales o de valor.

²⁹ Comanducci, Paolo. EL ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Editorial Trotta. Madrid. 1989. Pp. 178.



El Derecho, como conjunto de hechos, se puede determinar de modo avalorativo, así como lo es la moral positiva. Pero los criterios morales a los que se refiere Waluchow y el neoconstitucionalismo (que podrían ser usados para identificar el Derecho), solo pueden pertenecer a la moral universal y no a la moral positiva.

Tales criterios, como para el juez, deben ser asumidos como valores y no como hechos.

Si el neoconstitucionalismo sostuviese algo distinto, recaería en la hipótesis teórica del positivismo jurídico, o bien tendría que sostener que, lo que corresponde a la justicia, es lo que el juez considere correcto en cada caso, cayendo así en el más amplio arbitrio y traicionando sus propias premisas.

El positivismo jurídico metodológico se adhiere a la tesis de la separación y, por consiguiente, niega que exista una conexión necesaria entre el Derecho y la moral universal. En efecto, la moral universal consiste en un conjunto de principios concernientes al comportamiento humano, considerados justos en sí mismos, sin relación alguna con lo que los seres humanos crean que sea el bien y el mal: sería lo justo en sí, sin consideraciones históricas (espacio y tiempo), por lo tanto, independiente de todo desarrollo social y de cualquier debate intersubjetivo.



“Así configurada, si hubiese una conexión necesaria, o la moral universal se volvería moral positiva o el Derecho no sería sino un instrumento de su aplicación. Pero si fuese así, en el primer caso, una teoría que sostuviese la necesaria conexión no sería sino una forma de positivismo ideológico mientras que, en el segundo caso, se negaría positividad al Derecho que solo sería considerado un valor o, a lo más, como aplicación mediata de valores universales. Resulta claro que el reenvío a la moral universal determinaría una conexión entre Derecho (positivo) y moral (universal) que no sería de tipo contingente sino necesario”³⁰.

El contenido significativo de las reglas estaría determinado de una vez por todas, independientemente de las creencias, de la historia, de las decisiones de los operadores jurídicos y de cualquier otro factor.

Si el reenvío es a la *moral universal*, el significado de un criterio del tipo “Es Derecho lo que el legislador promulga según la justicia” no sería vacío porque reenviaría a una noción de justicia “verdadera”, precisamente universal. Pero en tal caso, el criterio, aunque no vacío, no sería de alguna utilidad porque el contenido del Derecho sería *incognoscible*. Por definición, la moral universal no puede ser reducida

³⁰ Nino, Carlos Santiago. EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Pp. 79.



a hechos, no puede ser positivizada, es algo meramente normativo que no tiene relación con el mundo empírico. Entonces, una regla de reconocimiento que incluyese el reenvío a la moral universal, sería una suerte de reenvío al Derecho natural.

Y éste, parece ser el punto realmente débil del positivismo inclusivo: si la moral universal desarrolla un rol en la identificación del Derecho y de su contenido pero utilizando un criterio que se revela inutilizable para fines cognoscitivos, el positivismo inclusivo se pone fuera del positivismo jurídico metodológico.

La tesis de Waluchow, así como el neoconstitucionalismo, exige el objetivismo moral. En caso de que no se adhiera dicha forma de objetivismo, tal tesis implicaría que el uso de cualquier estándar político o moral por parte de los jueces sería un mero ejercicio de la discrecionalidad. El único modo, para el positivismo inclusivo y el neoconstitucionalismo, de distinguir entre derecho determinado y derecho indeterminado es afirmar que el Derecho ofrece respuestas justas y, entonces, adherir el objetivismo moral.

El positivismo inclusivo y el neoconstitucionalismo, en efecto, no pueden pretender que principios y valores morales sean criterios de validez para determinar el contenido de las reglas si no admiten que tales principios y valores son objetivos.



Sobre este punto, el “*Postscript*” de Hart es todavía ambiguo, pero no interesa aquí discutir si se adhiere al positivismo inclusivo, aunque en sentido débil. Lo que es importante precisar y tener en cuenta es el hecho que los juristas usan una noción de validez como pertenencia más articulada que las “fuentes” recordadas a menudo por los críticos del positivismo jurídico. La regla de reconocimiento iuspositivista, y también la hartiana, consideran *todos* los criterios de reconocimiento: materiales y formales.

En la perspectiva neoconstitucionalista, así como en la de Dworkin, una regla de reconocimiento que considerase tanto criterios formales como materiales no sería compatible con el iuspositivismo, en cuanto haría referencia al *contenido* de las normas. La objeción, sin embargo, sería fundada solo si la referencia a los criterios materiales implicase una referencia a la *moral universal*; sería distinto si se considerase la *moral positiva* que es reducible a hechos observables y describibles de un modo valorativamente neutral.

En todo caso, se advierte que esta objeción, desde el punto de vista neoconstitucionalista, no se dirige tanto al positivismo jurídico hartiano sino a Kelsen quien consideraba que también la inconstitucionalidad material fuese, en el fondo, inconstitucionalidad formal: “*en efecto, una norma materialmente inválida violaría el*



precepto procedimental según el cual las leyes contrarias a la Constitución deben ser votadas en la forma prevista para la revisión constitucional.³¹

Probablemente es cierto que las constituciones contemporáneas han acogido un gran número de principios que antes eran solo patrimonio de la ética, y que tales principios condicionan de distinto modo la actividad legislativa y la validez de las normas del sistema.

Pero también es cierto que, una vez acogidos tales principios en los textos constitucionales, se han positivizado, han asumido estatus jurídico. Ello, ciertamente, no significa que tales principios hayan perdido su *estatus* moral, pero son jurídicos solo porque están positivados y no porque sean justos. Por hipótesis, las normas morales podrían corresponderse con las jurídicas, aunque no serían derecho solo por este hecho. Lo que destaca, en efecto, en su positivización.

En definitiva, se puede tranquilamente admitir que a veces los jueces también apelan a principios morales positivizados y a los no positivizados, sin por ello renegar del positivismo jurídico metodológico-conceptual, pero especificando que dicha

³¹ Kelsen, Hans. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 1988. Pp 154



apelación a la moral es contingente y puede ser estudiada como un hecho, porque el observador puede asumir como hecho lo que el juez asume como valor.



CAPÍTULO II

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO LA ÚLTIMA TEORÍA DEL DERECHO³²

John Mackie³³ denominó a lo que se llama “neoconstitucionalismo” en Italia y en Latinoamérica, “constitucionalismo” en España, y “*no positivism, theory of Law as integrity, o as interpretation, inclusive positivism, postpositivism, etc.*”, en el mundo anglosajón como “*la tercera teoría del Derecho*”.

³² El modelo constitucional norteamericano y europeo, han generado que la corriente de pensamiento de aplicación del Derecho transite por senderos separados y aun opuestos. En el primero la Constitución es una regla que rige la competencia social y política (como un pacto de mínimos), que permite asegurar a los individuos suficiente autonomía para que organicen su plan de vida; este proyecto además está centrado en la supremacía constitucional, garantía jurisdiccional, limitación del poder político, por tanto pretende un judicialismo vigilante del cumplimiento de reglas básicas de la organización política. Por su lado en el modelo europeo, la Constitución es la representación de un proyecto político articulado de transformación social y política, donde la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que participa en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle decisiones futuras a través de un catálogo de derechos como cláusulas materiales que inciden en la agenda política diaria. El neo constitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia una Constitución transformadora, que pretende condicionar de un modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde la última palabra se encomienda a los jueces.

³³ Mackie, J. LA TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Paidós. Barcelona. 2001. Pp 84



Tres tesis esenciales son defendidas por los cultivadores de esta *tercera tesis del Derecho*: la conexión entre Derecho y moral; la distinción entre reglas y principios; y la ponderación de los principios.

2. CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

*“La palabra “neoconstitucionalismo” remite a “constitucionalismo” (constitutionalism): expresión acuñada en los Estados Unidos de América entre las dos guerras mundiales para explicar y justificar la ajenidad de ese país a la difusión del totalitarismo en este periodo, y proyectada después sobre toda la historia de la filosofía occidental”.*³⁴

Según esta explicación y justificación, *“solo en los Estados Unidos de América, el constitucionalismo (el ideal del gobierno de las leyes (Rule of Law) y no de las personas, enraizado allí en constituciones rígidas y garantizadas por la judicial review—) se habría convertido en una cultura institucional, la cual hizo más difíciles involuciones totalitarias como las ocurridas en Europa”.*³⁵

³⁴ Matteucci, N. ORGANIZACIÓN DEL PODER Y LIBERTAD. Editorial Trotta. Madrid. 2008. Pp 161

³⁵ Barberis, M. ÉTICA PARA JURISTAS. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pp 125



En el viejo continente, por el contrario, se habrían difundido doctrinas iuspositivistas (teóricas) como la de la soberanía (del rey, del pueblo y/o del Parlamento), que fueron más favorables a estas involuciones.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, esta idea ha favorecido la difusión de constituciones rígidas y garantizadas por tribunales constitucionales en todo el mundo y esto ha producido ulteriores procesos políticos y jurídicos. *“Los filósofos políticos se refieren a estos procesos como transición de la democracia parlamentaria y del Estado legislativo a la democracia constitucional y al Estado constitucional, mientras que los juristas hablan de constitucionalización: irradiación de los principios constitucionales en todo el Derecho”*.³⁶

“Todos estos procesos acarrearán múltiples consecuencias para la teoría del Derecho: el propio ideal político del constitucionalismo es el gobierno del Derecho (Rule of Law). La idea de la Rule of Law podría referirse solo al gobierno de la ley y no del Derecho, pero no es este el ideal político del constitucionalismo”.³⁷

³⁶ Ferrajoli, Luigi. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta-UNAM. Madrid. 2007. Pp 72

³⁷ Laporta, Francisco. EL IMPERIO DE LA LEY. UNA VISIÓN ACTUAL. Editorail Trotta. Madrid. 2010. Pp 86



Se trata, por el contrario, de aquella limitación jurídica del soberano que los padres del positivismo jurídico inglés, Thomas Hobbes y John Austin, creían conceptualmente imposible: una metáfora que no puede ocultar la realidad del gobierno de las personas, el único concebible desde una aproximación positivista.

*“El constitucionalismo parece así opuesto al positivismo teórico defendido por los iuspositivistas en los siglos pasados, y todavía ajeno a la perspectiva avalorativa del positivismo metodológico”.*³⁸ Las relaciones entre constitucionalismo y positivismo, en suma, siguen siendo problemáticas: y, *a fortiori*, también las relaciones entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo.

“Hay una simple distinción entre estos conceptos: el constitucionalismo es una filosofía política, positivismo y neoconstitucionalismo son teorías jurídicas. Pero esta distinción está muchas veces difuminada, por dos razones. La primera es el rechazo neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad, que solo permitiría distinguir entre filosofías normativas y teorías cognoscitivistas.

³⁸ Bobbio, Norberto. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial ÍDICO. Editorial Adeledo Perrot. Buenos Aires. 1995. Pp 28



La segunda es que constitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos una ambigüedad muy común; la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos. Si se distingue entre los dos, entonces “constitucionalismo” y el propio new constitutionalism que hoy aparece también en el debate angloamericano, se refiere sobre todo a fenómenos, y “neoconstitucionalismo” sobre todo a teorías que hablan de ellos”.³⁹

No menos problemáticas, por supuesto, son las relaciones entre las teorías respectivamente, positivista y neoconstitucionalista. Como se sabe, desde 1958 Herbert Hart ha distinguido entre la teoría del Derecho natural, identificada con la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral, y la teoría del positivismo jurídico, asimilada en la tesis de la separación o, mejor, de la conexión contingente entre Derecho y moral. Suponiendo esta distinción, desde los años sesenta del siglo XX autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick y Manuel Atienza han propuesto una tercera teoría: una teoría del Derecho positivo pero constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que, para todos estos autores, serían en última instancia valores morales.

³⁹ Comanducci, Paolo. FORMAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO. UNA CONCEPCIÓN METATEÓRICA. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Pp 71



“La propia teoría de la justicia de Ferrajoli ha sido muchas veces asimilada al neoconstitucionalismo”.⁴⁰ Es verdad que se va acercando a los temas propios de los neoconstitucionalistas; procesos de constitucionalización, primacía de los derechos fundamentales, transición del Estado legislativo al Estado constitucional, etc., pero el propósito originario de Ferrajoli era la axiomatización de los conceptos jurídicos, a la manera de Wesley Hohfeld, el Derecho constitucionalizado constituye solo una posible interpretación, en sentido lógico, de axiomatización.

Además, las coordenadas metateóricas de Ferrajoli y de los neoconstitucionalistas parecen diferentes; para el primero, la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico pasa sobre todo por la distinción entre objetivismo y subjetivismo meta-ético, mientras que para los segundos (al igual que para Hart) pasa por la conexión o separación entre Derecho y moral.

No obstante ello Ferrajoli ha reaccionado a las asimilaciones marcando las distancias entre su teoría, hoy llamada por él “constitucionalismo garantista (e iuspositivista)”, y el neoconstitucionalismo, rebautizado como constitucionalismo principialista (e iusnaturalista)⁴¹.

⁴⁰ Barberis, N. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Palestra. Lima. 2002. Pp 232

⁴¹ Ferrajoli propone un constitucionalismo garantista y un constitucionalismo principialista. El primero, también llamado constitucionalismo normativo se enmarca en un modelo iuspositivista reformado que se orienta a la



Esta última distinción metateórica, sin embargo, tiene al menos dos defectos: por un lado, construye una nueva posición, el constitucionalismo garantista, que parece encarnada solo por la teoría del propio Ferrajoli; por otro, y sobre todo, asimila sin más el constitucionalismo principialista al iusnaturalismo, ignorando así la pretensión originaria de los neoconstitucionalistas de proponer una “tercera teoría” entre iuspositivismo e iusnaturalismo. Además, Ferrajoli rechaza la propia noción de neoconstitucionalismo.

La palabra “neoconstitucionalismo” fue acuñada, a finales de los noventa del siglo pasado, por tres teóricos genoveses: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis, a fin de destacar rasgos comunes a la mayoría de las teorías críticas actuales del positivismo.

Estos teóricos comparten con Ricardo Guastini, una actitud positivista metodológica y una atención privilegiada hacia los procesos de constitucionalización.

resolución de reglas y garantías mediante un método subsuntivo; mientras que el segundo denominado argumentativo, se realiza mediante métodos de ponderación por tratarse de conflictos entre valores y principios.



Pero, a diferencia de Guastini, creen que existe un espacio lógico entre Derecho y positivismo.

De tal manera que, los teóricos citados, en muchos de sus trabajos, comenzaron a emplear la denominación de “neoconstitucionalismo” para esa *tercera teoría del Derecho*, lo que fue suficiente para producir una rápida difusión del término y también muchos malentendidos.

En efecto, en muchos artículos y libros aparecidos sobre este tema no siempre se ha entendido que tales autores no son neoconstitucionalistas, sino críticos del neoconstitucionalismo; además, casi nunca se han tenido en cuenta todas las dificultades de buscar ese espacio lógico que se predica para el neoconstitucionalismo.

Esto requeriría, al menos, comparar la noción de neoconstitucionalismo con las empleadas en el debate anglosajón, como las de los tres positivismos post-dworkinianos (incluyente, excluyente y normativo), por no hablar de la aún más difusa noción de post-positivismo. Guastini niega la existencia de esta *tercera teoría del Derecho*, mientras que Ferrajoli la disuelve en constitucionalismos iusnaturalistas o iuspositivistas.



3. LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

*“El neoconstitucionalismo podría ser definido como la filosofía, o como la ideología que privilegia tres temas. El primer tema neoconstitucionalista, el más relevante para la metateoría, es decir, para distinguir al neoconstitucionalismo del iuspositivismo, es la conexión entre el Derecho y moral. Aparentemente, aquí tiene razón Ferrajoli y Guastini, entre la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria y la tesis iuspositivista de la conexión contingente, tertium non datur (principio del tercero excluido)”.*⁴²

En realidad, todos los autores neoconstitucionalistas sostienen tesis diferentes sobre la conexión entre Derecho y moral, pero todos comparten la tesis de que esta relación, aun si fuese contingente, tiene demasiada importancia y demasiadas dimensiones, y por ende, la teoría del Derecho no la puede ignorar, como ha hecho el positivismo hasta la famosa distinción de Hart.

⁴² Pozzolo, Sussana. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Palestra. Lima. 2011. Pp 251



Guastini y Ferrajoli banalizan esta relación; para ellos es obvio que siempre el Derecho ha incorporado normas morales. Como dice Ferrajoli, las constituciones *“expresan e incorporan valores ni más ni menos como lo hacen las leyes ordinarias.”*⁴³ Sin embargo, como subraya Giorgio Pino, Ferrajoli no solo deja de lado que las constituciones actuales incorporan *expresamente* valores morales, sino que parece compartir con Guastini el viejo argumento kelseniano del rey Midas: *“todo aquello que el Derecho toca se convierte en Derecho”*⁴⁴.

*“Según Ferrajoli, por tanto, o las constituciones incorporan valores en el sentido banal en que lo hacen también las leyes ordinarias, o bien se transforman en tablas de valores y caen en el constitucionalismo ético: la idea, en realidad absurda, y hoy rechazada por todos los neoconstitucionalistas, de que todas las constituciones son justas y deben ser obedecidas por definición”*⁴⁵.

De hecho, la relación entre Derecho y moral es hoy ampliamente discutida entre los propios positivistas.

⁴³ Ferrajoli, Luigi. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Pp. 271.

⁴⁴ Pino, Giorgio. PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. Editorial Palestra. Lima. 2012. Pp. 154.

⁴⁵ Atienza, Manuel. DEBATE SOBRE EL POSITIVISMO. Editorial Ariel. Barcelona. 2011. Pp 285



El debate plantea al menos tres problemas:

Primero ¿la positivización de la moral es “todo o nada”?, como parecen suponer todos los iuspositivistas, o bien ¿hay partes del Derecho menos positivizadas que otras?, como pueden ser las cartas o las declaraciones de derechos.

Segundo, las conexiones entre Derecho y moral, aunque fuesen contingentes, ¿no serían lo suficientemente importantes como para requerir una teoría?

Tercero, ¿hay conexión entre Derecho y moral *sin restricción*, como parecen suponer neoconstitucionalistas y iuspositivistas incluyentes?, ¿o bien *con restricción*, como ha sostenido el positivista presuntivo Frederick Schauer?⁴⁶

En particular, si la conexión fuese sin restricción, ¿no colapsaría el Derecho en una moral positiva creada por los jueces caso por caso? Ferrajoli y Guastini, pasando por alto todas estas cuestiones, parecen compartir lo que Ludwig Wittgenstein llama en su obra “*Zettel*” (*Papel*): *Problemverlust (loss of problems)* que según Wittgenstein

⁴⁶ El positivismo presuntivo de Frederick Schauer se base en que los sistemas jurídicos se espera que los jueces sigan el derecho formal en la mayoría de los casos, incluso si esto produce una respuesta desafortunada, pero esta presunción se supera si la respuesta es de verdad moral, política o pragmáticamente inaceptable.



consiste en una enfermedad de la que padecen los filósofos cuyas consecuencias son la creación de problemas inexistentes por un deficiente uso del lenguaje.

4. REGLAS Y PRINCIPIOS

El *segundo* tema neoconstitucionalista, aunque ligado al primero, atañe a la teoría de las normas.

“Como es bien conocido, la distinción entre reglas y principios en sentido fuerte ha sido trazada en versiones diversas por Dworkin, Alexy, Gustavo Zabrebelsky, Atienza y Juan Ruiz Manero, autores todos ellos que, aunque de manera diferente, reaccionan al reduccionismo del positivismo teórico.”⁴⁷

Desde el siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, en efecto, los positivistas han concebido todas las normas y especialmente las normas jurídicas, como reducibles a un solo tipo: a órdenes (Austin), a juicios o prescripciones hipotéticas (Kelsen).

⁴⁷ Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO, LA TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Palestra. Lima. 2011. Pp 259



Lo que resulta menos conocido, sin embargo, es que desde los primeros años sesenta del siglo pasado los propios positivistas han venido criticando este reduccionismo: como lo muestran los tres ejemplos siguientes.

- a) Primer ejemplo: el propio Hart, el blanco del ataque de Dworkin al reduccionismo positivista, habla solo de reglas, pero funda “El Concepto de Derecho” sobre la conocida distinción entre reglas de deber y reglas de potestad.

- b) Segundo ejemplo: Georg-Henrik von Wright, en “Norma y Acción”, clasifica las normas jurídicas como prescripciones, pero elabora una tipología no reduccionista de las normas en general; tipología que puede servir para dar cuenta de normas jurídicas que no sean prescripciones.

- c) Tercer ejemplo: Norberto Bobbio, en sus “Estudios Para Una Teoría General del Derecho”, suscribe la tradicional exclusión de los consejos del ámbito de lo normativo, pero esboza una tipología de las normas jurídicas según su mayor o menor fuerza normativa. En suma, la mejor teoría positivista estaba abandonando el reduccionismo ya antes del desafío neoconstitucionalista.



"Es verdad que, cincuenta años después, las distinciones fuertes, estructurales y dicotómicas entre reglas y principios trazadas por los neoconstitucionalistas han fracasado, y que por reacción algunos autores neoconstitucionalistas y muchos positivistas tienden hoy a rechazar cualquier tipo de distinción"⁴⁸.

En particular, neoconstitucionalistas como el propio Dworkin desde “El Imperio del Derecho”, y hoy Alfonso García Figuera, afirman que todas las normas funcionan como principio; muchos más son quizá los positivistas que, como el propio Ferrajoli y la última Cristina Redondo, rechazan cualquier distinción entre reglas y principios reclamándose partidarios de una noción fuerte de normatividad.

Barberis cree que existe una distinción, aunque débil, es decir, funcional y no dicotómica; en efecto, en su “Manual de Filosofía del Derecho”, parcialmente de acuerdo con Guastini, sostiene tres tesis:

- A) Primero: las normas son típicamente significados de disposiciones, y éstas pueden ser interpretadas o como reglas o como principios.

⁴⁸ Redondo, C. EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DE LA AUTORIDAD JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2002. Pp 47



- B) Segundo: puede proporcionarse una re-definición no estructural sino funcional de la distinción, según el papel jugado por los dos tipos de normas en la interpretación.
- C) Tercero: según esta re-definición, se llaman reglas a las normas aplicadas directamente (deductivamente) a la conducta, mientras que se llaman principios a las normas aplicadas no directamente (no deductivamente), sino que son consideradas relevantes para extraer argumentativamente reglas que sí regulan la conducta.

Esta redefinición proporciona una distinción lógicamente débil, pero bastante fuerte para una teoría avalorativa de las normas jurídicas; y Barberis subraya *avalorativa*, porque si no se quiere caer en una verdadera ideología, una teoría no puede dejar de constatar que los diferentes tipos de normas tienen diversa fuerza normativa.

Es verdad que cuando Ferrajoli dice que “la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es *no estructural sino meramente de estilo*”⁴⁹, lo hace por una razón teórica: en el sistema axiomático de *Principia iuris*, por definición, solo hay

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. Op. Cit. Pp. 280.



lugar para reglas, aplicables deductivamente y ligadas lógicamente entre sí, y no para principios.

Pero Ferrajoli no solo no apela explícitamente a esta razón sistemática, que obviamente vale solo en su teoría axiomatizada y no en todas las otras, sino que además emplea este argumento normativo: la distinción entre reglas y principios produciría *“un ofuscamiento para la normatividad de los principios constitucionales, cuyo respeto quedaría a la discrecionalidad argumentativa del intérprete, renegando así de la normatividad fuerte de la Constitución”*⁵⁰.

*“A estos argumentos, en opinión de Barberis, se podría responder que siempre los principios han gozado de una normatividad más débil que las reglas, como el propio Ferrajoli admite únicamente para los principios que llama directivos”*⁵¹.

Aunado a la extensa discusión sobre las reglas y principios en el razonamiento jurídico, es pertinente traer a colación, los importantes aportes de Aarnio sobre la tesis de la demarcación fuerte versus la tesis de la demarcación débil entre reglas y

⁵⁰ IBIDEM. Pp. 283.

⁵¹ Zagrebelsky, G. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Madrid. 1992. Pp 199



principios, a fin de generar mayores elementos conceptuales que faciliten la aplicación ponderativa o subsuntiva en el razonamiento jurídico.

“Los teóricos del Derecho han discutido sobre la distinción entre reglas y principios durante casi tres décadas. En realidad, el debate se abrió en 1967 cuando Ronald Dworkin, publicó la primera versión de su teoría sobre los principios en 1978. Desde entonces, las opiniones pueden ser divididas a grandes rasgos en dos tesis principales: a) según la tesis de demarcación fuerte, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa; reglas y principios pertenecen a categorías diferentes como lo ha sostenido Alexy 1985 y el mismo Aarnio 1990. b) También la tesis de demarcación débil está conectada con el pensamiento wittgensteniano: reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa. Reglas y principios desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. Típicamente los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos.”⁵²

La tesis de demarcación fuerte se basa principalmente en la noción wittgensteniana de regla: las reglas son seguidas o no lo son. Las reglas pueden

⁵² Aarnio, A. REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Conferencia Universidad de la Coruña el 24 de marzo de 2000. ¿Decisión judicial o determinación del Derecho? Traducción de Pedro Cerna.



compararse con las vías del ferrocarril: o las sigues o no. Regla por ejemplo la prohibición del robo en el Derecho Penal. No existe una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y por tanto también a las jurídicas. Por supuesto, a las reglas se les puede formular todo tipo de excepciones y, al menos en principio, es posible hacer una lista de tales excepciones. Si las reglas entran en conflicto entre sí, el conflicto puede ser decidido por ejemplo, con la máxima *lex posterior*. La regla que cede no forma parte del orden jurídico.

Aarnio sostiene que la naturaleza vinculante de los principios, comparada con la de las reglas es cualitativamente distinta. Haciendo uso de la reciente contribución de Francisco Laporta, las características de los principios pueden ser descritas como sigue:

1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo las razones *prima facie*.
2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen;
3. Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible; y
4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con los objetivos políticos y morales.



El mismo Aarnio indica que, “...un principio muestra sólo la dirección (dimensión) en la que debería buscarse la solución. Cuando hay un conflicto entre principios, en cambio, la dimensión de peso significa que el principio con el mayor peso desplaza al menos importante. Por tanto, en caso de conflicto no existe un orden jerárquico vinculante dado de antemano que muestre la forma de resolverlo. Considerando los principios sólo pueden identificarse un orden tenue de preferencia. Tal orden está determinado por el código axiológico que está en su base.”⁵³

En este espacio es importante la distinción entre reglas y principios para ofrecer un punto de partida prometedor para el análisis de la tesis de demarcación fuerte y demarcación débil propuesta por Aarnio. En cierto sentido, una escala dividida en cuatro segmentos:

1. Reglas: enunciados jurídicos mandativos, por ejemplo la prohibición del robo en Derecho Penal.
2. *Principios que parecen reglas*: por ejemplo el principio de libertad de expresión y el principio “*nadie puede beneficiarse del ilícito que ha cometido*”, que emplea

⁵³ IBIDEM.



Dworkin como ejemplo. Estas normas se asemejan a principios, aunque en la realidad parecen pertenecer a la categoría de las reglas: o se cumplen o no.

3. Reglas que parecen principios: su ámbito de aplicación es cognitiva o evaluativamente abierto, como sucede en el ámbito de los principios-valor.
4. Principios: como los principios de igualdad y libertad u otros principios-valor y principios-objetivo, además del principio de buena fe.

La tesis principal puede ahora ser expuesta en que la distinción entre reglas y principios es solo una cuestión de grado y generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías. Por el contrario, la aplicabilidad de una norma desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Lo que no debe perderse de vista, es que los principios son solo razones prima facie, mientras que las reglas aportan un soporte definitivo o concluyente para la solución.

Desde el punto de vista lingüístico, el sentido prima facie se basa en nuestro conocimiento general del lenguaje (competencia lingüística), es decir el significado antes de la interpretación.



Así una norma jurídica será una regla si y solo si puede identificarse una regla de reconocimiento que implica su validez.

Esta ha sido justamente una de las razones para introducir el control de constitucionalidad de las leyes, sin la cual los principios constitucionales habrían sido sistemáticamente derrotados por las reglas emanadas del legislador.

La debilidad normativa es seguramente un defecto de los principios; defecto que, sin embargo, se convierte en virtud desde el punto de vista de la democracia.

Si la Constitución estuviese compuesta tan solo por reglas, entonces al Parlamento le quedaría poco más que la función de deducir reglas legislativas de las reglas constitucionales; y esto casi sin discreción política.

Por el contrario, la distinción entre reglas y principios permite explicar el papel democrático del Parlamento en la aplicación de la Constitución.



CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL

1. DEFINICIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para Puy Muñoz, citando a Neil MacCormick, la argumentación jurídica “es una controversia orientada a poner de manifiesto las razones que muestren que una decisión es justa porque es coherente con la ley”⁵⁴.

Para Óscar Correas “argumentar suele decirse que es dar razones que justifiquen una decisión. Justificar, no es otra que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio, que podría ser la comunidad de juristas en primera instancia y la sociedad civil en definitiva”⁵⁵.

⁵⁴ Puy Muñoz, Francisco. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. PROBLEMAS DE CONCEPTO, MÉTODOS DE APLICACIÓN. Universidad Santiago de Compostela. España. 2004. Pp. 120.

⁵⁵ Correas, Oscar. METODOLOGÍA JURÍDICA. UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA. Tomo I. Editorial Fontamara. México. 1998. Pp. 219.



Puy Muñoz señala que *“es difícil elaborar una definición de argumentación jurídica y propone, por ejemplo que la argumentación jurídica es la acción de inventar razonamientos con pruebas y justificaciones capaces de convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno que no reconoce, o de persuadir a alguien de que reconozca un derecho ajeno que pretende ignorar”*⁵⁶.

Señala además que *“como puede verse no es posible elaborar una definición de argumentación jurídica aceptada por todos los sectores, pero la persuasión es el elemento nuclear de la definición de argumentación jurídica”*⁵⁷.

Por lo anterior, si argumentar significa dar razones en apoyo de una conclusión, entonces en el ámbito jurídico la argumentación será aquella que utilice leyes, principios, precedentes y doctrina como respaldo de esas razones.

⁵⁶ Puy Muñoz, Francisco. Op. Cit. Pp. 127.

⁵⁷ IBIDEM. Pp. 130.



2. CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para Eduardo López Villegas *“la argumentación jurídica tiene las siguientes características:*

- A) *La argumentación jurídica está precedida por el interés jurídico, pues las discusiones de los legisladores que preceden y se condensan en normas persiguen el interés jurídico en cuanto modifican el ámbito de derechos y obligaciones; también las sentencias judiciales son prototipo de argumentación puesto que en ellas se define el alcance del derecho; igualmente los abogados y los particulares a través de los razonamientos que preceden a sus comportamientos procuran la realización del interés jurídico que es el objeto material de los derechos y obligaciones.*
- B) *La argumentación jurídica se elabora en torno a sujetos jurídicos, ya que se orienta a definir las acciones de un sujeto dentro del sistema de derechos y deberes o a interpretarlas en orden a calificar su conformidad con el sistema y a determinar las consecuencias por haber actuado según lo previsto o por desacato de lo prescrito, por lo tanto una persona actúa en su condición de sujeto jurídico.*



- C) *La argumentación jurídica se desenvuelve en la institucionalidad jurídica, la institucionalidad está constituida por la existencia de un derecho positivo y por reglas de procedimiento que regulan la argumentación jurídica. El contenido de las argumentaciones debe estar referido al derecho positivo en vigor en cada país.*
- D) *La argumentación jurídica soluciona de manera definitiva situaciones particulares, pues ante la intangibilidad de soluciones y las formas o maneras en que el derecho de naturaleza dinámica realiza la seguridad jurídica, el constante fluir del derecho debe detenerse ante circunstancias específicas e individuales, como por ejemplo, los derechos adquiridos con arreglo a la legislación vigente y las decisiones judiciales que resuelven el caso particular.*
- E) *La racionalidad del derecho se autocorrigie. La facultad de autocorrección del derecho se ejerce a partir del plano de lo general, y es a partir de la argumentación de las decisiones judiciales la manera cómo se van reinterpretando las normas para su perfeccionamiento”⁵⁸.*

Robert Alexy agrega otra característica a la argumentación jurídica: “*su carácter limitado en el proceso judicial, pues las intervenciones y los roles que de antemano*

⁵⁸ López Villegas, Eduardo. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Edoe Ediciones. Bogotá. 2001. Pp. 165.



son desigualmente distribuidos, están restringidos temporalmente y reglamentados por medio de las reglas procesales”⁵⁹.

3. LOS FINES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Independientemente de que la argumentación jurídica en cada uno de sus ámbitos (judicial, legislativo, administrativo y forense) tenga objetivos específicos, tiene los siguientes fines:

- 1- *“La justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada, es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el por qué se asume una postura.*

- 2- *La argumentación jurídica que se elabora de manera correcta por parte de los jueces en la impartición de justicia es recomendable porque:*

⁵⁹ Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007. Pp. 206.



- a) *Las partes en el juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo con base en decisiones razonadas las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.*
- b) *El tribunal necesita también de razones. Por medio de argumentos bien formulados el tribunal puede llevar a cabo un útil autocontrol que le permita probar la solidez de sus soluciones.*
- c) *El tribunal de apelación y la Suprema Corte tienen mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como, la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas. La deliberación de un caso en los tribunales de instancia superior es una especie de diálogo con el tribunal inferior. Este diálogo puede producir una protección jurídica máxima si, y sólo si, los argumentos del tribunal inferior son correctos y públicos. El diálogo se establece entre argumentos, y la “mejor solución posible” al caso es aquella que se basa en el conjunto de argumentos mayor y más coherente.*
- 3- *El objeto y función de la argumentación jurídica es dar una respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho: como justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas, ciertas y válidas, entre otras, a través de criterios de racionalidad y de razonabilidad.*



- 4- *Lograr la persuasión y el convencimiento del auditorio a quien va dirigido el argumento, que pueden ser las partes en un juicio, la autoridad jurisdiccional ya sea de primera o segunda instancia, los destinatarios de una nueva ley, el público en un evento académico o el contrincante en un debate jurídico.*

- 5- *Establecer posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica, es decir, aquella racionalidad que se da en el contexto específico como sería la racionalidad de una decisión jurídica.*

- 6- *Controlar la racionalidad de una decisión jurídica, para que no sea arbitraria y sin justificación que supone dar razones adecuadas y suficientes que garanticen el cumplimiento de la garantía constitucional de fundamentación y motivación.*

- 7- *Establecer mecanismos y criterios para controlar la racionalidad de la interpretación, pues ésta no puede ser arbitraria y caprichosa sino que deberá el intérprete justificar por qué elige un método de interpretación y no otro, toda vez que no existen criterios normativos que establezcan el orden de su aplicación.*

- 8- *Controlar la motivación en la valoración de las pruebas, porque en la práctica los jueces utilizan fórmulas como la de la valoración conjunta, pero en realidad*



no analizan ni valoran individualmente cada prueba, esto es, no señalan por sí o por qué no le conceden valor probatorio a una prueba y sobre todo qué parámetros tomaron en cuenta para su apreciación.

9- *Justificar externamente una decisión jurídica, y no sólo internamente, esto es, se deberá justificar el porqué de la elección de las premisas y no sólo su corrección lógica como silogismo o deducción.*

10- *Cómo refutar y contradecir los argumentos y pretensiones del abogado contrario y además también refutar los fundamentos y motivaciones de las autoridades en las sentencias*⁶⁰.

4. INSTANCIAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

4.1 LEGISLATIVA

La argumentación jurídica juega un papel de suma importancia en las instancias legislativas, debido a que los legisladores necesitan argumentos, primero, frente a los

⁶⁰Aarnio, Aulis. SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DE BIENESTAR. Editorial Fontamara. México. 2000. Pp 44 a 46



mismos integrantes del congreso para convencerlos de la necesidad de la creación de una reforma de una ley, y precisamente es una gran oportunidad para que debatan en torno a una ley, segundo también argumentan en las exposiciones de motivos de las leyes para convencer a los destinatarios de la ley sobre la utilidad y necesidad de su promulgación; no obstante, que en esta instancia no se practica una argumentación libre en virtud de que los legisladores pertenecen a fracciones parlamentarias que generalmente representan los intereses del partido y por lo tanto argumentan en su nombre, y puede suceder que no lo hagan convencidos de la postura que asumen.

4.2 JUDICIAL

Con motivo de que es en las instancias judiciales en donde se resuelven conflictos, es allí donde es más necesaria la argumentación jurídica, pues siendo la motivación de las sentencias en la mayoría de los países una garantía constitucional, es necesario que las autoridades expongan las razones que justifiquen el sentido de su decisión, y qué mejor que esas razones sean buenos argumentos que apoyen los considerandos de su resolución; además las partes en un juicio necesitan de argumentos que los convenzan de que la decisión jurídica emitida por la autoridad es justa.



4.3 ADMINISTRATIVA

Debido a que las autoridades administrativas resuelven recursos interpuestos por los particulares relativos a diferentes actos emitidos por aquellas, que pueden afectar los derechos de los administrados, al momento en que dictan las resoluciones y de acuerdo a la obligación constitucional que tienen las autoridades de fundarlas y motivarlas, al hacerlo necesitan argumentar adecuadamente para que no constituyan un acto arbitrario y caprichoso de la propia autoridad, pues a través de la motivación es como se controla la justificación al momento que se realiza el acto.

Los actos de la entidad administrativa podrán ser objeto de una ulterior revisión por una entidad superior, quien a su vez también habrá de motivar con argumentos válidos su resolución.

4.4 EXPERTOS EN DERECHO

Tanto la dogmática jurídica como los expertos en derecho necesitan argumentar a favor de sus tesis y teorías con las que elaboran sus posturas y propuestas de solución a problemas jurídicos, y siendo que actualmente estas



instancias como los institutos de investigaciones se han convertido en órganos de opinión con relación a temas de actualidad o a decisiones relevantes emitidas por los órganos superiores en materia jurídica de los Estados, entonces es necesaria la argumentación jurídica para sustentar sus opiniones y además para debatir entre los mismos doctrinarios, sus propuestas de solución.

“Estas opiniones, generalmente se expresan a través de un documento conocido como dictamen jurídico, y se define como una opinión de un jurista sobre una pregunta que le ha sido planteada, sobre un tema del que es experto, para que dé una respuesta jurídicamente razonada, es decir que debe fundamentar su respuesta en una serie de razones de tipo jurídico, pues la calidad de un dictamen viene dada por la calidad de su fundamentación o argumentación, en la cual radica su capacidad de convicción”⁶¹.

“Un dictamen como ejercicio argumentativo consta de las siguientes partes:

- a) Introducción o antecedentes, son los hechos concretos que dan lugar a la consulta o al planteamiento del problema y que hay que tomar en cuenta en*

⁶¹ González Meneses, Manuel. CÓMO HACER DICTÁMENES. Colegio Notarial de Madrid. España. 2007. Pp 42



relación con el caso. Se presentarán de manera ordenada y de acuerdo al orden cronológico en que ocurrieron o se presentaron.

- b) Consulta formulada o planteamiento del problema, son las preguntas que se someten a la consideración del experto y los problemas que habrán de resolverse, para ello se calificarán los hechos determinando sus consecuencias jurídicas con referencia a las cuestiones jurídicas que pueden suscitarse.*
- c) Posibles soluciones y argumentos de apoyo, ésta es la parte más argumentativa del dictamen, en la que habrán de asumirse las posturas; con relación a las consultas y los problemas, pero sobre todo deberán presentarse los argumentos que justifiquen y den razones del porqué de esas posturas. Aquí también se pueden refutar las posibles objeciones que se pudieran formular a la postura de quien emite el dictamen, además se debe tomar en cuenta que si se presentan dos o más soluciones al problema, posiblemente la que se escoja será la que esté mejor fundamentada y se debe tener presente que la aceptabilidad de la respuesta condiciona la postura, pues en la medida en que los destinatarios del dictamen compartan las reglas, los principios y los valores utilizados como resultado de la respuesta, es más fácil que la acepten.*



d) *Conclusiones, serán presentadas en concordancia con cada una de las cuestiones planteadas y su respectiva respuesta y una alusión muy breve al argumento principal que lleva a sostener la postura.*

e) *Cláusula de estilo, es la cláusula final, retóricamente muy importante, que como cortesía exponen los expertos y generalmente se enuncia así: “Este es mi dictamen que someto a otro mejor fundado en Derecho”. Es como un gesto de humildad al final de la opinión sobre la consulta formulada”⁶².*

4.5 PRÁCTICA FORENSE

“Entendida la práctica forense como la actividad que desarrollan los abogados necesariamente deben argumentar ante las autoridades para representar y defender mejor los intereses de sus clientes y hay momentos propicios para la argumentación como por ejemplo, al expresar los alegatos y conclusiones en los procedimientos judiciales”⁶³.

⁶² González Meneses, Manuel. Op Cit. Pp 148

⁶³ Atienza, Manuel & Ferrajoli, Luigi. JURISDICCIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. UNAM. México. 2005. Pp 13



También al expresar agravios con motivo de los recursos que interponen, además al exponer los conceptos de violación constitucional de los amparos que presentan, pues deberán convencer a la autoridad de que su representado tiene la razón, por lo que deberán ser persuasivos en sus alegatos y para ello es importante que conozcan las técnicas de argumentación jurídica que les permitan saber cómo elaborar mejores argumentos o cómo refutar los argumentos de la parte contraria o los de la autoridad.

Asimismo, respecto del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio, los abogados deberán estar preparados para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades y para ello deberán de conocer de técnicas que les ayuden a presentar de manera organizada y correcta sus argumentos ante los tribunales.

5. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

5.1 DEFINICIÓN

“Marina Gascón y Alfonso García Figueroa manifiestan que cuando se define la teoría de la argumentación jurídica se hace referencia al análisis teórico de los



procesos argumentativos en el derecho, sin embargo esta definición es demasiado genérica y se puede agregar que las teorías se ocupan de la descripción, análisis y propuesta de la argumentación que se da en las instancias de la aplicación, interpretación, creación y ejercicio del derecho y, por lo tanto, se predica no sólo de la argumentación de las autoridades legislativas, judiciales o administrativas, sino también de la que realizan los académicos y Abogados”⁶⁴.

5.2 OBJETIVOS DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

- a) *“Además de la argumentación jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho, la argumentación puede aplicarse en otras instancias, como los hechos, la ciencia, la vida ordinaria, y en sus relaciones con la teoría moral y la Teoría del Derecho.*
- b) *Tiene por objetivo también la argumentación, los procesos de mediación y negociación como instrumentos de solución de conflictos.*
- c) *No debe tener carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo, tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación.*

⁶⁴ García Figueroa, Alfonso J & Gascón Avellan, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005. Pp 52



d) *La teoría de la argumentación jurídica tendrá que dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho, esto es, en las instancias legislativas*⁶⁵.

5.3 UTILIDAD DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

5.3.1 UTILIDAD DEL ASPECTO DESCRIPTIVO:

- a) *“La teoría de la argumentación jurídica sirve para realizar un análisis conceptual que permite clarificar el lenguaje empleado en la argumentación.*
- b) *Nos describe qué y cómo deciden los jueces en su labor jurisdiccional.*
- c) *Tiene como función el análisis de razonamiento que emplean los jueces*⁶⁶.

⁶⁵ Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2007. Pp 105

⁶⁶ García Figueroa & Gascón Avellán. Op Cit. Pp 59



5.3.2 UTILIDAD DEL ASPECTO PRESCRIPTIVO O NORMATIVO:

La utilidad del aspecto prescriptivo o normativo de la argumentación puede resumirse en los siguientes aspectos:

- a) *“Cómo hacer y construir mejores argumentos;*
- b) *Cómo deberían decidir los jueces en los actos difíciles;*
- c) *Formular guías muy abstractas para la resolución de casos;*
- d) *Proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad de la función jurisdiccional;*
- e) *Cómo justificar las resoluciones de las autoridades administrativas en la emisión de sus actos;*
- f) *Argumentación que se realiza en los juicios orales”⁶⁷.*

⁶⁷ Ibidem. Pp 65



La argumentación jurídica actualmente es un área de la filosofía del derecho que está en el centro de discusión de filósofos y juristas; su importancia y trascendencia, ha incidido no sólo en la teoría del Derecho sino también en la aplicación del Derecho en el razonamiento judicial.

6. LA TEORÍA PROCEDIMENTAL DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy⁶⁸ es uno de los más importantes teóricos del Derecho contemporáneos, a continuación expondremos brevemente los rasgos más relevantes de su teoría argumentativa.

En 1978 se publica su tesis doctoral *Teoría de la Argumentación Jurídica*, y desde entonces hasta la fecha, ha seguido publicando artículos sobre este tema, por lo que su teoría ha ido evolucionando.

⁶⁸ Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007. Pp 100-175



Tiene gran influencia en Alexy la teoría del discurso de Habermas, según el cual las cuestiones práctico-morales pueden decidirse racionalmente, mediante las reglas del uso del lenguaje.

La teoría de Alexy es una teoría procedimental que tiene diversas interpretaciones en cuanto al procedimiento.

Hace referencia a los individuos que participan en el mismo, a las exigencias que se imponen en el procedimiento y a la peculiaridad en el proceso de decisión.

Su teoría de la argumentación jurídica se basa principalmente en 28 reglas fundamentales del discurso y se basa en los principios: *a)* de sinceridad, *b)* de no contradicción de normas; *c)* de universalidad y *d)* uso común del lenguaje.

Alexy señala como reglas fundamentales del discurso en que tiene lugar la argumentación las siguientes:

- a)* Ningún hablante puede contradecirse;
- b)* Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree;



- c) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes y;
- d) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Indica como reglas de razón o de fundamentación, que definen un ideal, las siguientes:

- a) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación;
- b) Quien pueda hablar debe tomar parte en el discurso;
- c) Todos pueden problematizar cualquier aserción;
- d) todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso;
- e) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades y;
- f) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (b) y (c), mediante coerción interna o externa al discurso.

Alexy establece como reglas sobre la carga de la argumentación las siguientes:



- a) Quien pretenda tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo;
- b) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello;
- c) Quien ha inducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos;
- d) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación.

Las reglas sobre las formas de argumentación en la Teoría de Alexy son las siguientes:

- a) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas;
- b) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos y b) toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.



Señala también Alexy como reglas de transición las siguientes:

- a) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar de un discurso teórico a un discurso empírico;
- b) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje;
- c) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

"Una de las importantes tesis dentro de la teoría de Robert Alexy es la tesis de la pretensión de corrección del Derecho, en la que se distinguen los siguientes elementos:

- a) *Los sujetos: quienes en determinado momento pueden plantear su discurso en términos de:*
 - i) *Formulación objetiva, pretensión personal de corrección.*
 - ii) *Formulación subjetiva, pretensión oficial, jueces.*

- b) *Los destinatarios: quienes pueden ser:*
 - i) *Institucionales:*



Legisladores-destinatario de la ley.

El juez-partes del proceso.

ii) No institucionales:

Todo aquel que participe en un sistema jurídico.

c) La formulación: que puede plantearse en términos de:

i) La afirmación de la corrección.

ii) La garantía de la fundamentabilidad.

iii) La expectativa del reconocimiento de la corrección por parte de los destinatarios⁶⁹.

La tesis de la pretensión de corrección moral del Derecho de Robert Alexy, entendida como un ideal regulativo al que debe aspirar toda resolución es una réplica a la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Ronald Dworkin, quien sostiene que en los casos difíciles siempre se va a llegar a una única solución.

Alexy establece como reglas y formas de la justificación interna:

⁶⁹ Alexy, Robert. DERECHO Y CORRECCIÓN. Editorial Comares. Granada. 2005. Pp 340



- a) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal;
- b) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones;
- c) Siempre que exista duda sobre si A es un T o un M, hay que aducir una regla que decida la cuestión;
- d) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible y;
- e) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Para demostrar la aplicación de la deducción en la justificación interna, Alexy ofrece el siguiente ejemplo: *“Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor; quien mata alevosamente, comete un asesinato; quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente; quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión: X mató a Y mientras éste último estaba dormido; a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor”*⁷⁰.

⁷⁰ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Op. Cit. Pp. 90.



Alexy también señala las reglas y formas de la justificación externa, se refiere a la justificación de las premisas que pueden ser de tres tipos:

- a) Reglas de derecho positivo;
- b) Enunciados empíricos (presunción racional y carga de la prueba) y;
- c) Reformulación de normas por argumentación jurídica.

Uno de los principales puntos de interés en que se centra la teoría de Alexy, es la ponderación y consiste en determinar en caso de colisión de principios cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto, por ejemplo cuando al resolver un caso entrasen en conflicto el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Señala como la regla de oro para la ponderación: *cuando mayor sea el grado de lesión de un principio constitucional tanto mayor es la necesidad de satisfacer el principio en contrario.*

Alexy señala como pasos de la ponderación los siguientes:



- i. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios.
- ii. En el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- iii. En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Alexy sostiene la tesis de la doble dimensión o naturaleza del derecho:

- a) Por un lado el derecho tiene una naturaleza real o fáctica, se compone de tres elementos:
 - 1- La relación entre el derecho y la coerción.
 - 2- La relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas.
 - 3- La relación entre el derecho y el resentimiento acerca del mismo.
 - 4- En la dimensión real la coerción como propiedad esencial del derecho que es el medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir dos valores con los cuales el derecho tiene una conexión necesaria: la certeza y la eficacia jurídica.



- b) Por otro lado tiene una ideal o crítica:
- 1- Esta propiedad tiene que ver con la relación entre el derecho y la moral.
 - 2- El derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y esta implica una exigencia de corrección moral.
 - 3- Dicha pretensión es la fuente de la relación necesaria entre el derecho y la moral.
- c) La reconciliación de la dimensión real con la ideal.
- 1- El principio de seguridad jurídica (principio formal), el principio de justicia (principio material) exige que la decisión sea moralmente correcta, cuando ambos principios entran en colisión se da paso a la ponderación.
 - 2- La argumentación jurídica es el mecanismo para que un Estado constitucional democrático dé solución a los problemas jurídicos por medio de una legislación democrática legitimada y un control de constitucionalidad.



7. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE MANUEL ATIENZA

Manuel Atienza⁷¹ propone un proyecto de teoría de la argumentación jurídica y señala las siguientes etapas:

- a) Identificar el problema de acuerdo a la clasificación de MacCormick y determinar si es de relevancia, de interpretación, de prueba, o de calificación;
- b) Establecer si el problema se debe a insuficiencia de información;
- c) Construir una hipótesis que dé solución al problema;
- d) Justificar la hipótesis por medio de argumentos por analogía, *apari afortiori*, reducción al absurdo, etcétera;
- e) Al final se debe pasar de las premisas a la conclusión;

⁷¹ Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Op Cit. Pp 203 y ss.



Señala las funciones de la teoría de la argumentación jurídica como:

- a) De carácter teórico o cognoscitivo a otras ciencias (filosóficos);
- b) De naturaleza práctica o técnica (producir, interpretar, aplicar el derecho, la enseñanza del derecho, razonar como jurista);
- c) De naturaleza político moral (de ideología);

Atienza distingue entre casos:

- a) *“fáciles;*
- b) *difíciles y;*
- c) *trágicos, a los que define como aquellos en los que no cabe encontrar solución sin que se sacrifique algún elemento esencial de un valor fundamental (dilema)”⁷².*

Atienza distingue como concepciones de la argumentación:

⁷² Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2006. Pp 76



- a) *formal*, relativa a la argumentación lógica;
- b) *material*, que se refiere a las premisas y razones que se utilizan en los argumentos y;
- c) *pragmática*, que a su vez divide en retórica que se ocupa de las técnicas para convencer, y dialéctica, que se dedica al debate argumentativo entre dos o más participantes.

8.LA TEORÍA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

La teoría garantista de Luigi Ferrajoli⁷³ ha tenido gran aceptación tanto en Europa como en América Latina, tanto, que se habla de una política garantista, como actualmente ha influido en México en la reforma al procedimiento penal, cuando se pretende reformar algunas leyes.

Ferrajoli utiliza el término garantismo bajo tres acepciones:

- a) En la primera designa un modelo normativo de derecho (el modelo del Estado de Derecho);

⁷³ Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp 140 y ss.



- b) En la segunda, distingue una teoría jurídica y;
- c) En la tercera distingue una filosofía política en la que combina al Estado con la protección de los derechos.

De acuerdo al modelo de Ferrajoli para la motivación de los hechos en la sentencia penal, el juzgador se puede valer de tres silogismos: a) inducción, b) deducción, c) disposición, y propone el siguiente ejemplo:

- a) Conclusión del primer silogismo, fulano ha causado la muerte de mengano. (Tesis asertiva y fáctica, verdad procesada);
- b) Conclusión del segundo silogismo, fulano ha cometido un homicidio. (Subsumir en un precepto legal);
- c) Conclusión del tercer silogismo: se impone a fulano la pena de tantos años de cárcel. (Norma singular del caso concreto).



9.LAS REGLAS DE ARGUMENTACIÓN DE AULIS AARNIO

Las teorías de a la argumentación jurídica son relativamente recientes. Se originan en los años posteriores a la segunda postguerra; su surgimiento se conecta con el abuso acaecido en determinados regímenes bajo los estándares del legalismo o Estado de legalidad, lo que generó un descontento social con el Derecho. Los postuladores de estas teorías buscaron mediante la argumentación, acercar el fenómeno jurídico al hombre; es decir, no sólo se interesaron por la aplicación lógica del derecho, sino más bien por cuestiones valiosas para la sociedad, como la justicia o los derechos de las personas.

Para exponer las ideas sobre la argumentación jurídica de Aarnio, haremos a continuación, una relación sucinta de lo explicado en su obra “Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica”.

Aulis Aarnio⁷⁴, explica y analiza el modelo de justificación de las decisiones jurídicas, las investigaciones de dicho autor se centran en la justificación y racionalidad de la decisión jurídica interpretativa; esto es, en la interpretación del derecho, sus

⁷⁴Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. UN TRATADO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 26 y SS.



ideas ayudan a comprender la forma en que se podrían generar decisiones racionales que resuelvan tensiones entre principios.

Para Aarnio, la expectativa de certeza jurídica se explica bajo las exigencias de evitar la arbitrariedad y lograr que las decisiones jurídicas sean correctas. En este caso, el aspecto sustancial de la certeza se contiene en la idea de que toda determinación jurídica sea conforme a derecho y en concordancia con otras normas sociales, no jurídicas. Así, no sólo basta que las decisiones sean previsible.

En opinión de Aarnio, los decisores ya no pueden apoyarse en una mera autoridad formal para justificar sus decisiones, ya que en las sociedades actuales las personas no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino también piden que éstas se sustenten con razones; de esta manera, la presentación de argumentos es siempre un medio para asegurar la existencia de la misma certeza jurídica en la sociedad.

Para realizar la tarea de dar razones se debe recurrir a un procedimiento de justificación, en el cual, ante una disputa entre intereses jurídicos, se genera, según Aarnio, *“una constante competencia en el discurso entre alternativas divergentes;*



*esto es, sobre grupos de argumentos, así se tendrán los pro argumentos, considerados como razones para justificar una interpretación o una posición y, además, los contraargumentos, que fungen como argumentos que se oponen a ella*⁷⁵.

Dicho procedimiento de justificación, que desde luego se basa en un discurso práctico, puede ser descrito en términos de la justificación interna y externa, ya que puede ser tanto de naturaleza silogística (un argumento independiente) como no serlo en modo alguno, por el hecho de que en la justificación externa no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos de una cadena de argumentos.

Por eso afirma Aarnio, que *“la justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos, a fin de apoyar una premisa ya formulada*⁷⁶.

De ahí que, por ejemplo, Aarnio elabore ciertas reglas básicas del discurso racional, las cuales se desenvuelven en donde no es posible argumentar mediante un esquema deductivo (silogístico); es decir, en donde se argumente bajo el modo

⁷⁵IBIDEM. Pp. 163.

⁷⁶ IBIDEM. Pp. 168.



de la llamada justificación externa. “Las reglas que propone Aarnio son las siguientes”⁷⁷:

- A) *Reglas de consistencia.* Buscan que no se dé una contradicción interna y se respete la ley del tercero excluido (opera cuando una proposición es verdadera o falsa y no existe una tercera posibilidad), así como la regla de transitividad (de acuerdo con la cual si una persona acepta que si p entonces q y si q entonces r, tiene que aceptar también que si p entonces r).

- B) *Reglas de eficiencia.* Se refieren a la eliminación de la persuasión autoritativa. Así, bajo estas reglas la discusión perdería su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad. Asimismo, la exigencia de la honestidad implica que se deben invocar justificaciones válidas.

- C) *Reglas de generalización.* Se refiere a que un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir casos semejantes. Dichas reglas buscan, por así decirlo, eliminar

⁷⁷ IBIDEM. Pp. 254-261.



los conocidos argumentos *ad hoc*, cuya fuerza justificatoria no pueden invocarse fuera de una situación particular, rompiendo con ello el requisito de universalidad y, por lo tanto, de racionalidad.

- D) *Reglas de apoyo*. Estas reglas se refieren a que toda proposición debe ser justificada. Así, cuando se da un cuestionamiento en el discurso jurídico, se genera la obligación de responder a tal crítica; esto es, apoyar nuestro punto de vista mediante argumentos. En este apoyo, el concepto clave es la coherencia, ya que nuestro enunciado interpretativo o postura tiene que ser coherente con todo el material utilizado como razones. Por lo tanto, el concepto mismo de coherencia está conectado con la totalidad de los argumentos utilizados en el discurso jurídico. De esta manera, una conclusión está justificada si y sólo si la cadena de argumentos satisface los criterios de coherencia; esto es, si y sólo si los argumentos (A, B, C... Z), junto con el punto de vista defendido, forman una totalidad homogénea parte-todo.
- E) *Reglas de la carga de la prueba*. Estas reglas pueden ser divididas en dos grupos: las reglas procedimentales de justificación, que señalan que la persona que formula la justificación está obligada a presentar pruebas, cualquiera que sea el tipo de justificación; el segundo grupo se representa con las reglas materiales de la carga de la prueba, las cuales se refieren al contenido de la justificación.



En opinión de Aarnio, estas reglas promueven que sea más fructífero el análisis del proceso de justificación de las decisiones judiciales, el cual se puede desenvolver bajo ciertas reglas o condiciones generales de la racionalidad, a fin de lograr una base coherente de la argumentación que sustenta cierta postura o posición, lo que permite identificar la complejidad del trabajo argumentativo; por ejemplo, cuando nos encontramos frente a una argumentación con enfoque principialista.

Aarnio piensa que la argumentación debe ser racional, y además tiene que existir una base material para ésta; más aún, la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional. Así, por ejemplo, una ley puede relacionarse con consecuencias razonables, pero ¿qué es lo razonable? *“Esto sin duda es algo que no puede ser definido independientemente de los valores sociales o culturales, y de nuevo ¿cómo decir que ello es racional?”*⁷⁸.

⁷⁸IBIDEM. Pp. 160.



CAPÍTULO IV

SUBSUNCIÓN Y PONDERACIÓN. UNA COMPARACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

1. APLICACIÓN DEL DERECHO

Es común que los sistemas jurídicos contemporáneos contengan, además de normas que otorgan competencia jurisdiccional a determinados órganos, normas que imponen obligaciones relativas a la manera en que debe ser ejercido dicho poder jurisdiccional.

En este sentido, es necesario revisar algunos aspectos del difundido principio según el cual *“los jueces tienen obligación de resolver todos los casos planteados en la esfera de su competencia por medio de resoluciones fundadas en Derecho”*⁷⁹.

⁷⁹ Mendonca, Daniel. APLICACIÓN DEL DERECHO. Editorial. Trotta. Madrid. 2000. Pp. 268.



En rigor, *“el principio en cuestión puede ser analizado como contenido de deberes conexos:*

- 1) *Deber de resolver los casos: los jueces deben resolver todos los casos planteados en la esfera de su competencia o, lo que es lo mismo, los jueces no pueden excusarse de juzgar aquellas cuestiones para las cuales tienen competencia. Esta obligación genérica de juzgar abarca una serie de obligaciones específicas vinculadas con el proceso mismo y es relativa al ámbito de la competencia de los jueces involucrados.*

- 2) *Deber de fundar los fallos: las resoluciones de los jueces deben ser fundadas, lo que supone que los jueces deben dar razones que justifiquen las soluciones adoptadas, de manera que las resoluciones emitidas no pueden ser arbitrarias. Este deber de que las razones judiciales sean fundadas se traduce, por lo común, en la exigencia de que los fundamentos de las mismas aparezcan expresamente formulados en ellas.*

- 3) *Deber de aplicar el derecho: las resoluciones judiciales deben fundarse en normas jurídicas, de manera que a los jueces no les está permitido evadirse del campo del derecho y recurrir a fuentes extrajurídicas, salvo disposición*



*expresa del propio sistema que así lo autorice, en cuyo caso el fundamento final de la decisión reposará nuevamente, de alguna manera, en normas de derecho*⁸⁰.

2. FUNCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El derecho cumple la función básica de evitar y resolver conflictos de intereses entre individuos con el propósito de hacer posible la convivencia y la cooperación social.

Para ello se establecen órganos encargados de indicar, mediante reglas generales, cuáles son las conductas que se consideran deseables, así como de resolver, en casos particulares, cuestiones suscitadas por la ausencia, deficiencia o desviación de tales reglas.

En más de un sentido esta intervención de determinados funcionarios estatales se vuelve obligatoria: por un lado, los sujetos involucrados no pueden sustraerse a los procesos abiertos en sede judicial y, por otro, las decisiones recaídas en ellos son

⁸⁰ Bulygin, Eugenio. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. Doxa. Isonomía. México. 1991. Pp. 275-272.



impuestas coercitivamente, en caso necesario, mediante la apelación de la fuerza pública.

Por otro lado, se impone a los jueces el deber de no abstenerse de resolver los casos sometidos a su decisión, a fin de evitar que aquellos conflictos prolonguen sus efectos, actuales o potenciales, en el ámbito social.

3. TIPOLOGÍA DE PROCESOS

En opinión de Mendonca, *“está claro que la actividad jurisdiccional persigue diversos propósitos y, en tal sentido, parece conveniente distinguir al menos dos tipos de procesos, no necesariamente excluyentes: procesos declarativos y procesos normativos”*⁸¹.

Según el autor citado, los primeros se hallan dirigidos a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto género. Consiguientemente, cuestiones relativas a preguntas de la forma: ¿pertenece el caso individual C al caso genérico G?, sólo pueden concluir con respuestas afirmativas o

⁸¹ Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 270.



negativas como *el caso individual C pertenece al caso genérico G o el caso individual C no pertenece al caso genérico G.*

Estos son, por ejemplo, los procesos en los que se discute la validez de contratos, la filiación de personas, la vocación hereditaria o la prescripción de obligaciones.

Los procesos normativos, en cambio, señala Mendonca, “*están dirigidos a resolver controversias acerca de la calificación normativa de determinadas acciones. En tales procesos, se ventilan preguntas como: ¿es obligatoria la acción A?, y por consiguiente, las únicas respuestas adecuadas a ellas exigen formulaciones de normas por parte de los jueces que entienden en éstos*”⁸².

Es importante insistir en que, las respuestas contenidas en los fallos que resuelven estas controversias consisten en normas y no en proposiciones normativas: los jueces no informan acerca de soluciones suministradas por el sistema jurídico de referencia para el caso particular, sino que expresan normas individuales que obligan,

⁸² Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 275.



prohíben o permiten determinadas acciones derivadas de normas generales dictadas al respecto.

Estos son, por ejemplo, los procesos en los cuales actor y demandado discuten acerca de si el segundo está obligado o no a ejecutar la acción pretendida por el primero o, análogamente, aquellos procesos penales en los que el acusador sostiene que el acusado ha ejecutado una acción que reputa delictiva y solicita, consecuentemente, la aplicación de la pena correspondiente.

Se debe advertir que los procesos declarativos pueden ser contenciosos o voluntarios, a diferencia de los procesos normativos, que son siempre del primer tipo. Consiguientemente, en los primeros las partes actúan de común acuerdo o bien en el marco de una controversia, mientras que en los segundos actúan por lo común en el segundo contexto.

4. PRETENSIONES Y RESOLUCIONES

Señala Carrió, que *“el deber de resolver las controversias judiciales posee dos sentidos diferentes, según sea el tipo de proceso de que se trate. En cada uno de*



ellos, esa obligación genérica se traduce en obligaciones específicas variables en relación a hipótesis diversas⁸³. Las hipótesis que señala el autor citado pueden resumirse de forma sucinta así:

1) *Sentencias declarativas*. En el caso de los procesos declarativos, si el actor pretende que se declare que un determinado caso individual pertenece a un determinado caso genérico y el juez considera que es así, debe hacer lugar a la demanda y formular la declaración pretendida en tal sentido; si llega a la conclusión contraria, en cambio, debe rechazar la demanda y formular la declaración inversa, esto es, que el caso individual no pertenece al caso genérico.

2) *Sentencias normativas*. Tratándose de sentencias normativas, es necesario distinguir diferentes situaciones a fin de determinar las relaciones existentes entre el carácter normativo de las conductas de los sujetos partes y de los jueces competentes en la aplicación del derecho.

⁸³ Carrió, Genaro. SOBRE LOS JUECES Y SU STATUS NORMATIVO. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1986. Pp. 175.



Esta cuestión ha sido tratada por los autores con suficiente rigor, aunque siempre con resultados coincidentes en todas las hipótesis. Mendonca señala las siguientes:

- a) *“Conducta obligatoria. Si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a la decisión del tribunal es obligatoria (el demandado tiene la obligación de llevarla a cabo), el juez tiene el deber de condenarlo a ejecutar dicha acción, haciendo lugar a la demanda.*

- b) *Conducta facultativa. En cambio, si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a la decisión del tribunal es facultativa (está permitida su ejecución y su omisión) el juez debe rechazar la demanda, pues a aquél le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga.*

- c) *Conducta prohibida. La misma solución anterior debe darse para el caso de que la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión esté prohibida, pues si el acto está prohibido, ello implica que su omisión está permitida y, por consiguiente, el juez debe rechazar la demanda, reconociendo el derecho del demandado de abstenerse de ejecutar la acción pretendida.*

- d) *Conducta no regulada. Por último, si la cuestión metida a la decisión del tribunal no se halla específicamente regulada por el sistema, es necesario determinar*



si dicho sistema posee o no una norma de clausura declarando permitidas todas las acciones no reguladas por él. Si existe una norma con tal característica, se estaría en la situación reflejada en el caso b), relativo a las conductas facultativas. En cambio, si el sistema carece de dicha norma de clausura y la conducta del demandado resulta indeterminada normativamente por el sistema, el juez no tiene obligación genérica de resolver (haciendo lugar a la demanda o rechazándola, alternativamente)⁸⁴.

5. FUNCIÓN DE FUNDAR LAS RESOLUCIONES

También el deber de fundar los fallos judiciales adquiere sentidos diferentes según el tipo de cuestión de que se trate, de manera que dicha tarea se traduce en operaciones diferentes en procesos declarativos y procesos normativos. Consiguientemente, por las características propias de cada tipo de proceso, se hace necesario distinguir al menos dos modelos o conceptos distintos de justificación.

En gran medida, sin embargo, la mayor parte de los autores no se plantea esta distinción y ofrece una noción de justificación que sólo permite dar cuenta de la

⁸⁴ Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 274.



operación requerida en los procesos normativos, obviando la existencia de procesos de otra índole.

6. EL MODELO DE LA SUBSUNCIÓN

“La justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos legales”⁸⁵.

En el ya reiterado caso propuesto por Dworkin (1985)⁸⁶, por ejemplo, se trata de determinar el alcance de la expresión legal “los contratos sacrílegos son nulos” para resolver, ante un supuesto dado, si los contratados celebrados en domingo son sacrílegos y, por consiguiente, nulos. En la hipótesis, el juez debe, en concreto, determinar si es verdadera la proposición “el contrato celebrado entre A y B es sacrílego”, lo que supone, en otras palabras, determinar si los contratos celebrados

⁸⁵ Bulygin, Eugenio. SENTENCIA JUDICIAL Y CREACIÓN DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 184.

⁸⁶ Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 187.



en domingo tienen la propiedad de ser sacrílegos, si la extensión del predicado “sacrílego” incluye la de “contratos celebrados en domingo”.

Sobre esa base, para dar cuenta del problema, Alchourrón y Bulygin⁸⁷, han distinguido dos sentidos diferentes de la expresión “subsunción”, y han acuñado la denominación de “subsunción individual” y “subsunción genérica” para cada uno de ellos, a continuación, exponemos de forma resumida las tesis expuestas por estos autores:

Por *subsunción individual* entienden el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales contingentes de la forma “Fa” (a es F), donde “F” representa un predicado del lenguaje y “a” el nombre de un objeto individual. La resolución de este problema exige determinar si el objeto individual posee la propiedad designada por el predicado en cuestión.

Por *subsunción genérica*, en cambio, entienden el problema de determinar la relación existente entre dos predicados, de modo que la discusión versa sobre un enunciado metalingüístico acerca de los predicados de la forma “F<G” (F está incluido en G). Importa tener presente que el enunciado universal “(x) (Fx -> Gx)” (para todo x,

⁸⁷ Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO. Op. Cit. Pp. 209..



si x es F, entonces x es G) es analítico dado que su verdad está basada en el significado de los predicados involucrados “F” y “G”.

No debe perderse de vista que las reglas semánticas que determinan el significado de estos predicados son ya existentes (si existe un uso establecido) o bien deben ser estipuladas por el juez por vía de interpretación. Así Alchourrón y Bulygin han insistido en señalar que, en lo posible, los jueces deben emplear los términos jurídicos con los significados que ellos poseen en el lenguaje técnico o en el lenguaje natural y no atribuirles significados ajenos a los que les corresponden en esos contextos.

En el ejemplo ofrecido, se pueden simbolizar sus elementos del siguiente modo: “S” representa “(es) sacrílego”, y “N” representa “(es) nulo”; “D”, “es celebrado en domingo”; “x” representa “cualquier contrato” razonamiento justificatorio que tendría la siguiente forma:

- | | | |
|-----|-----|------------|
| (1) | (x) | (Sx -> Nx) |
| (2) | (x) | (Dx -> Sx) |
| (3) | (x) | (Dx -> Nx) |
| (4) | Da | -> Na |
| (5) | Da | |
| (6) | Na | |



En el razonamiento, (1) representa la disposición legal según la cual todo contrato sacrílego es nulo; (2) representa el resultado de la estipulación parcial del significado del término “sacrílego”, de manera que todo contrato celebrado en domingo es sacrílego; (3) es consecuencia lógica de (1) y (2), pues sigue de ellas que todo contrato celebrado en domingo es nulo (por sacrílego); (4) representa la especificación universal en virtud de la cual se sustituye en la formulación dada en (3) la variable universal (todo contrato) por el individuo (el contrato a, en particular): si a es un contrato celebrado en domingo, entonces a es un contrato nulo; (5) representa una afirmación de hecho según la cual el contrato individual en cuestión ha sido celebrado en domingo; (6) representa la conclusión del razonamiento, en base a las premisas (1) a (5): el contrato a, en concreto, es un contrato nulo.

Es interesante advertir que en los razonamientos de este tipo parecen involucrados enunciados peculiares, vinculados a la función operativa (realizativa o performativa) del lenguaje.

En particular, los enunciados (1) y (6) –premisa representativa de la disposición legal y conclusión, respectivamente– parecen asociados al uso operativo, esto es, al uso en virtud del cual se efectúa cierta calificación o constitución de determinados estados de cosas o entidades.



El enunciado (1), más allá de su apariencia descriptiva, mejor podría ser concebido como un caso de enunciado operativo destinado a atribuir a ciertas entidades particulares (contratos sacrílegos) determinada propiedad (nulidad).

De manera similar, el enunciado (6) contiene una calificación específica mediante la cual un contrato determinado es reputado nulo. De este modo, todo parece indicar que en procesos declarativos la función dominante es la operativa, a diferencia de lo que sucede en los procesos normativos, donde la función propia es directiva o prescriptiva.

Una fuente adicional de dificultades para la resolución de estos casos radica en la falta de información acerca de las circunstancias de hecho relevantes.

En muchas ocasiones los jueces carecen de información acerca de ciertos datos que resultan necesarios para decidir sobre las cuestiones sometidas.

En el caso propuesto, por ejemplo, es necesario determinar el día en que fue celebrado el contrato, puesto que todo depende de que haya sido celebrado en domingo.



Si las partes discreparan a este respecto sería necesario someter a prueba la cuestión, recayendo sobre aquéllas la tarea de probar la verdad o la falsedad de la afirmación contenida en la premisa (5) del razonamiento, según la cual el contrato entre A y B ha sido celebrado en domingo.

De este modo, además de dificultades semánticas, los jueces deben atender cuestiones fácticas para decidir en procesos declarativos.

Finalmente, cabe advertir que no debe pensarse que la operación de subsunción es exclusiva de este modelo, es necesario subsumir el caso individual en algún caso genérico, determinar la solución que el sistema asigna a tal caso genérico y, a partir de ella, derivar la solución para el caso individual. Por consiguiente, el problema de la subsunción reaparece en el modelo nomológico dentro de un esquema de justificación más complejo.

El análisis realizado por Alchourrón y Buligyn, nos parece, es exhaustivo y con fundamento lógico en sentido fuerte, bastante explicativo a nuestro juicio, del modelo de la subsunción.



7. EL MODELO NOMOLÓGICO

En el ámbito de las ciencias empíricas se concibe una *explicación* como un razonamiento deductivo cuyas premisas son *leyes* universales (L1, L2,... Ln) y determinados enunciados singulares, denominados *condiciones iniciales* (C1, C2,... Cn), que expresan afirmaciones acerca de hechos concretos, y cuya conclusión es un enunciado (E), que describe el fenómeno que se pretende explicar.

“A tal conjunto de leyes y condiciones iniciales, que conforman las premisas del razonamiento, se denomina explanans (lo que explica), y a la conclusión explanandum (lo que debe ser explicado)”⁸⁸.

Como figuran en las premisas leyes generales (o enunciados nomológicos, como también se les denomina) que expresan ciertas regularidades, y como el *explanandum* se deduce del *explanans*, se afirma que configuran un modelo explicativo *nomológico-deductivo*. Se sigue de lo expuesto que toda explicación de este tipo responderá a la siguiente forma esquemática, como lo exponen Alchourrón y Bulygin:

⁸⁸Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1974. Pp. 145.



L1,	L2,	...	Ln	
C1,	C2,	...	Cn	<i>Explanans</i>
<hr/>				
E				<i>Explanandum</i>

“En el ámbito de las ciencias normativas la situación es, en cierto sentido, muy similar. En este contexto, sin embargo, se pretende *justificar* las acciones humanas y no explicarlas”⁸⁹.

Lo que interesa, en concreto es el *status* normativo de una acción determinada, de acuerdo con cierto sistema de normas. No se interroga, pues, por qué un sujeto determinado ejecutó cierta acción, sino por qué el sujeto en cuestión debe, no debe o puede ejecutarla, dado que lo primero supondría la pretensión de indicar los motivos que determinaron causalmente la conducta.

De este modo, justificar normativamente la calificación deóntica de una acción mediante un sistema de normas consiste en mostrar que de dicho sistema se infiere la obligación, la prohibición o la permisón de la conducta de referencia.

⁸⁹ Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. Op. Cit. Pp. 192.



En este contexto, *justificar o fundar* una decisión consiste en construir un razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Consiguiente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general, en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de hecho) y, eventualmente, analíticas (interpretativas).

“Aquí, de nuevo, la sentencia es concebida como la totalidad conformada por los considerandos y la resolución o parte dispositiva, de modo tal que aquélla puede ser reconstruida como un razonamiento cuya conclusión es la resolución y cuyas premisas se encuentran en los considerandos”⁹⁰.

Cabe aclarar que no todos los elementos que aparecen en los considerandos constituyen premisas necesarias del razonamiento para la obtención de la conclusión.

⁹⁰ Caracciolo, R. EL SISTEMA JURÍDICO. PROBLEMAS ACTUALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988. Pp. 206.



Al menos dos tipos de elementos son necesarios para la pretendida inferencia: *normas generales*, que constituyan el fundamento normativo de la resolución, y *proposiciones* (enunciados descriptivos) relativos a los hechos del caso debidamente probados; la resolución derivada consiste, sobre esta base, en una *norma individual*.

En no pocas ocasiones, se hace necesario incluir *definiciones* en las premisas, es decir, enunciados que determinan el significado de una expresión o la extensión de un concepto.

De esta manera Mendonca señala que “*el esquema más simple de la estructura lógica de una sentencia sería el siguiente:*”

$$\begin{array}{l} N1, \quad N2, \quad \dots \quad Nn \\ P1, \quad P2, \quad \dots \quad Pn \\ \hline R \end{array}$$

A manera de ejemplo, suponiendo la existencia de una norma en virtud de la cual (1) todo contrato válido debe ser cumplido por las partes en el plazo estipulado; suponiendo, además, que son verdaderas las siguientes proposiciones: (2) A y B han



celebrado el contrato C; (3) C es válido; (4) P es el plazo estipulado para el cumplimiento de C.

Con tales premisas, es posible inferir válidamente la siguiente conclusión: (5) C debe ser cumplido por A y B en P. Es importante advertir que los elementos (1) y (5) del razonamiento son normas de deber –donde (1) posee carácter general, a diferencia de (5), que posee carácter individual, pues alude a sujetos determinados– mientras que los elementos (2), (3) y (4) configuran el conjunto de proposiciones relativas a los hechos concretos del caso. Los elementos (1) a (4) constituyen las premisas del razonamiento y determinan los considerandos del fallo sobre la base de los cuales se dispone o resuelve (5)⁹¹.

No se debe perder de vista que, en el ámbito jurisdiccional, el procedimiento destinado a determinar el valor de verdad de las proposiciones acerca de los hechos sufre restricciones importantes, en cuanto al tipo y la cantidad de pruebas admisibles, así como el plazo en que dichas pruebas deben producirse.

⁹¹ Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 276.



El propio sistema establece esas limitaciones y fija las condiciones en las cuales los jueces están autorizados a decidir si una afirmación determinada se halla probada o no.

El mismo sistema, además, fija los límites dentro de los cuales es posible discutir la verdad de tales proposiciones en el proceso. Es obvio, sin embargo, que el carácter final de ciertas decisiones judiciales de ningún modo supone infalibilidad y mucho menos convierte en verdaderas, proposiciones falsas.

Sobre toda esta base, se ha detectado una marcada analogía estructural entre la explicación y la justificación, dado que en ambos casos se trata de demostrar que un cierto enunciado (proposicional o normativo) es deducible de un sistema (teórico o normativo) y ciertos enunciados descriptivos de las condiciones iniciales o del caso, respectivamente.

De igual manera, también existe una similitud importante desde el punto de vista funcional: así como la explicación puede perseguir los propósitos de explicar y predecir fenómenos pasados o futuros, respectivamente, la justificación puede efectuarse con la finalidad de guiar acciones futuras o de justificar (en un sentido más restringido) acciones pasadas. Ambas operaciones poseen la misma estructura lógica



y responden a idéntica finalidad: proceder racionalmente en la explicación y justificación de las creencias y acciones.

8. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA

Manifiesta Mendonca que: *“de acuerdo con una distinción difundida, es conveniente considerar dos nociones de justificación en contextos normativos, una centrada en la conclusión de una inferencia y otra en las premisas de dicha inferencia.*

En el primer sentido, denominado “justificación interna”, ésta consiste en una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de un razonamiento; en el segundo sentido, denominado “justificación externa”, en cambio, la justificación requiere no sólo la existencia de tal relación deductiva, sino además el empleo de determinadas premisas calificadas (adecuadas, justas o correctas). Consiguientemente, ambos sentidos difieren sustancialmente en un aspecto; la justificación interna es ajena a la corrección material de razonamiento, mientras que la justificación externa es dependiente de ella”⁹².

⁹² Mendonca, Daniel, Op. Cit. Pp. 178.



En los razonamientos teóricos, las nociones de verdad y validez guardan una relación especial, dado que un razonamiento puede ser válido y contener exclusivamente proposiciones falsas: el razonamiento es válido porque si sus premisas fueran verdaderas, su conclusión también tendría que ser verdadera, aun cuando de hecho sean todas falsas.

Hay razonamientos válidos con conclusiones falsas, así como razonamientos inválidos con conclusiones verdaderas.

Consiguientemente, la verdad o falsedad de la conclusión no determina la validez o invalidez de un razonamiento. La validez de un razonamiento tampoco garantiza la verdad de su conclusión.

Por tal razón, para referirse a un razonamiento válido cuyas premisas son todas verdaderas y, por consiguiente, su conclusión es necesariamente verdadera, se ha acuñado la denominación de “razonamiento sólido”.

Sobre esta base, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico (razonamiento que



conduce a la justificación de una acción o decisión) su validez no supone corrección, bondad o justicia de sus premisas.

Y, como en el caso de los razonamientos teóricos sólidos, es posible concebir razonamientos prácticos sólidos, cuya estructura o forma lógica garantice que de las premisas buenas, justas o correctas (moralmente) se obtendrá necesariamente una conclusión buena, justa o correcta. En otras palabras, pues, es posible concebir la justificación externa en razonamientos prácticos sólidos, donde por “razonamiento sólido” debe entenderse razonamiento basado en premisas moralmente correctas y con conclusión de igual carácter.

Una manera esquemática de presentar estas dos concepciones de la justificación sería la siguiente:

- 1) *Justificación interna.* La decisión D está justificada, en relación a un conjunto de premisas C, sí y sólo si, se deduce lógicamente de C.

Esta es la concepción defendida por Alchourrón y Bulygin, para quienes “*el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo*



*menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular*⁹³.

Lo relevante de la explicación resulta que, al recurrir a normas jurídicas como elementos de justificación, no se pretende que ellas sean moralmente adecuadas y que, por consiguiente, la decisión sea axiológicamente correcta. Todo lo que se pretende es que, una vez identificadas las normas jurídicas y descritos los hechos particulares del caso, la decisión se halle justificada en relación con esas premisas.

De acuerdo con esta concepción, como justificar una decisión significa subsumirla en un sistema normativo, existen tantas justificaciones como sistemas exista.

De este modo, resulta perfectamente admisible una justificación jurídica que no presuponga recurso a principios valorativos, sino exclusivamente a normas jurídicas. En este contexto, asignar a las normas jurídicas el carácter de premisas de justificación

⁹³ Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO. Op. Cit. Pp. 281.



no supone que ellas sean moralmente aceptables y, menos aún, que sean las únicas moralmente aceptables.

2) *Justificación externa.* La decisión D está justificada si, y sólo si, se deduce lógicamente del conjunto de premisas C, axiológicamente correcto.

De acuerdo con esta concepción, la premisa principal de un razonamiento justificativo es, necesariamente, una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de decisiones judiciales implica el empleo de estándares de este tipo.

Por tal motivo, si la justificación de decisiones requiere invariablemente pautas morales, la exigencia de justificar en derecho una decisión judicial resulta imposible de satisfacer.

Carlos Santiago Nino ha defendido enfáticamente esta concepción de la justificación al sostener que “*no hay una justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación jurídica es una especie de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas*”⁹⁴.

⁹⁴ Nino, Carlos Santiago. LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985. Pp. 159.



Conforme a esta concepción, es necesaria una única respuesta a la pregunta acerca de la decisión adecuada. Se sigue de ella, por consiguiente, que inevitablemente debe negarse un pluralismo axiológico, puesto que, de lo contrario, quedaría abierta la posibilidad de múltiples marcos de justificación igualmente plausibles para una decisión cualquiera.

El problema radicaría, entonces, en opinión de Mendonca: *“en identificar el marco correcto que justifique la respuesta correcta. Esta dificultad, por cierto, no parece fácilmente superable, dada la ausencia de un método intersubjetivamente válido, generalmente aceptado, para resolver los problemas valorativos”*⁹⁵.

9. OBLIGACIÓN DE APLICAR LAS NORMAS

Satisfacer la exigencia de que las decisiones judiciales se hallen fundadas en derecho supone la ejecución de una serie de operaciones dirigidas a determinar cuáles son las normas del sistema jurídico en cuestión que deben ser utilizadas en la justificación de cada caso.

⁹⁵ Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 280.



Es necesario, ante todo, determinar la composición del sistema de referencias mediante ciertos criterios, para luego seleccionar, mediante criterios adicionales, aquellas normas del sistema que resultan aplicables al caso individual.

De este modo, hay en juego dos tipos de criterios que hacen posible satisfacer la exigencia de fundar las decisiones en derecho: criterios de pertenencia de las normas al sistema y criterios de selección de las normas aplicables al caso concreto.

10. CRITERIOS DE PERTENENCIA

Vernengo, manifiesta que, la cuestión relativa a cuándo una norma forma parte de cierto sistema jurídico reclama la formulación de un criterio, o conjunto de criterios, de pertenencia de normas a sistemas. *“En este sentido, existen al menos tres concepciones del derecho basadas en criterios de identificación significativamente diferentes: “formalista”, “realista” y “naturalista”, respectivamente”*⁹⁶. Resumimos la propuesta de Vernengo como sigue:

⁹⁶ Vernengo, R. CURSO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1991. Pp. 134.



1) *Concepción formalista*. Pertenecen al sistema jurídico S las normas dictadas por las autoridades competentes instituidas por S y las que se derivan lógicamente de ellas.

Esta concepción se aproxima a la caracterización propuesta por Alchourrón y Bulygin, pues centra la identificación del hecho en dos criterios centrales: el de la legalidad, para las normas expresamente promulgadas por las autoridades competentes, y el de deducibilidad, para las normas derivadas lógicamente de las primeras.

Sobre esta base Alchourrón y Bulygin han concebido los sistemas normativos como sistemas de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa y de acuerdo con la definición de “sistema”, éste constituye un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. De este modo, los sistemas normativos, y como subclases de ellos los sistemas jurídicos, son concebidos como sistemas deductivos.

2) *Concepción realista*. Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las que serían probablemente



reconocidas por ellos, si la ocasión se presentara, para resolver los casos sometidos a su decisión.

De acuerdo con esta propuesta, para definir la pertenencia de una norma particular, a un sistema concreto se exige su reconocimiento efectivo o potencial por parte de determinados órganos estatales, los órganos encargados de su aplicación en casos específicos.

La identificación de las normas del sistema depende, pues, en definitiva, de ciertas prácticas judiciales, actuales o eventuales. En buena medida, esta concepción refleja las sugerencias de Ross, en el sentido de reconstruir el concepto de derecho a partir del de vigencia.

También Raz⁹⁷ ha insistido en el reconocimiento por parte de órganos primarios (órganos de aplicación) lo que parece ser decisivo para afirmar que cierta norma pertenece a un sistema determinado.

⁹⁷ Raz, Joseph. EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO. UNAM. México. 1986. Pp. 274.



3) *Concepción naturalista*. Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las normas que, de acuerdo con determinados principios morales, aquéllos deben aplicar para resolver los casos sometidos a decisión.

Una concepción similar a la anterior ha sido propuesta, en particular, por Dworkin (1977)⁹⁸. Conforme a ella, el sistema jurídico contiene las normas que resultan, de hecho, reconocidas por los jueces, y aquellas normas que, basadas en estándares morales, deben ser tenidas en cuenta al resolver las controversias pendientes de decisión.

Estas últimas normas pertenecen al sistema no por su origen o por su admisión por parte de ciertas autoridades, sino por su contenidos, reputado justo o correcto.

Dworkin sostiene que los jueces no pueden justificar sus juicios únicamente en el hecho de que deben aplicar cierta norma a un caso dado sólo en el hecho de que existe cierta práctica social de reconocimiento de dicha norma, puesto que, en su

⁹⁸ Dworkin, Ronald. Op. Cit. Pp. 278.



opinión, para justificar ese tipo de juicios, los jueces deben recurrir a juicios valorativos que determinen la corrección de la práctica en cuestión.

Pero más allá de las discrepancias teóricas, en la práctica jurídica parece aceptarse en forma extendida un criterio de identificación de acuerdo con el cual una norma pertenece a un sistema si el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenece al sistema en cuestión.

En concreto: determinar si una norma N1, con un contenido C, dictada por una autoridad A, siguiendo un procedimiento P, pertenece a un sistema S, requiere indicar la pertenencia de una norma N que autoriza a A a dictar N1 en base al procedimiento de P y con el contenido C y aprobar el dictado efectivo de N1 por parte de A en las condiciones apuntadas.

Pero es obvio que los eslabones de la cadena así establecida no pueden ser infinitos, puesto que en algún lugar habremos de encontrarnos con una norma cuya pertenencia al sistema no podrá depender de que el acto de dictarla esté autorizado por otra norma, por la sencilla razón de que no existirá tal otra norma que autorice la emisión de la norma en cuestión.



Esta circunstancia exige criterios adicionales para tales normas, denominadas “soberanas” u “originarias”, pero cuya legitimación es controvertida en la teoría del Derecho.

11. APLICACIÓN Y APLICABILIDAD DE LAS NORMAS

Parece necesario distinguir con claridad dos conceptos centrales respecto del deber de aplicar las normas de derecho en la fundamentación de las resoluciones judiciales: los conceptos de *aplicación* y de *aplicabilidad*. Estos dos conceptos, sin embargo, en opinión de Mendonca, no han sido objeto de suficiente análisis por parte de los teóricos del derecho. Exponemos a continuación lo expuesto por Mendonca:

1) *Aplicación*. Una norma *N* es la aplicada por un juez *J* de un sistema *S* en un caso individual *I*, si, y sólo si, *N* es usada por *J* para la resolución de *I*.

En buena medida, ésta parece ser la idea defendida por Ross acerca de la noción de la aplicación, por cuanto que, según su propia explicación “la “aplicación” práctica, sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que



funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba”.

De acuerdo con una aclaración de Bulygin al respecto, es condición necesaria y suficiente de la aplicación de una norma que el juez base en ella su sentencia del caso, es decir, que justifique en ella su decisión del caso en cuestión.

2) Aplicabilidad. Una norma N es aplicable por un juez J de un sistema S en un caso individual I si, y sólo si, se dan las condiciones previstas en S para la aplicación de N por J en la resolución de I.

De acuerdo con este concepto, para que una norma sea aplicable es necesario que se satisfagan las condiciones establecidas en el sistema para la aplicación de dicha norma; los mismos sistemas jurídicos contienen, por cierto, criterios más o menos claros que permiten determinar qué normas son aplicables en la resolución de los casos sometidos a sus órganos jurisdiccionales”⁹⁹.

⁹⁹ Mendonca, Daniel. Op. Cit. Pp. 288.



Dicho de otra manera, la aplicabilidad de una norma depende de que estén reunidas las condiciones pueden ser múltiples y diversas y variantes de un sistema a otro. Por lo común, esos criterios de aplicabilidad guardan relación con factores temporales, espaciales, personales y materiales y poseen un grado de generalidad importante.

Se sigue de los conceptos descritos, que es posible que una norma determinada resulte aplicada a un caso dado sin que tal norma sea aplicable a él.

También se sigue que es posible que una norma determinada sea aplicable para la resolución de un caso dado sin que tal norma resulte aplicada o haya sido aplicada de hecho en la resolución de dicho caso.

Esto significa, básicamente, que no siempre los jueces aplican efectivamente las normas aplicables, es decir, que no siempre justifican sus decisiones con las normas que, de acuerdo con los criterios establecidos en el sistema, justificarían válidamente esas decisiones.



Estas circunstancias (los jueces aplican normas inaplicables y no aplican normas aplicables) dan lugar a la revisión de los fallos así emitidos ante tribunales superiores por vía de recursos previstos al efecto (apelación, nulidad, casación, etc.).

En estos casos, se discute la legalidad de las decisiones judiciales de alzada, los afectados por la decisión, si consideran que los fallos no se hallan ajustados a derecho, los impugnan y, por lo general, corrigen los fallos o disponen que los casos sean nuevamente resueltos.

Se debe tener en cuenta que el deber de resolver los casos sometidos a la decisión sobre la base de las normas del sistema se vuelve de cumplimiento imposible para los jueces en el supuesto de que el sistema no contenga norma alguna aplicable al caso en cuestión.

Esto es lo que sucede en cada caso de laguna legal, concebida como aquella circunstancia en que el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución correlacionada con él, el caso individual no puede ser resuelto según las previsiones del sistema a su respecto.



Resulta evidente, pues, que si el sistema nada dice acerca del caso sometido, el juez no puede cumplir con su obligación de fundar su decisión en ese sistema, cualquiera que sea la decisión que adopte.

A lo sumo, lo que puede hacer el juez es modificar el sistema, agregando una solución para el caso genérico, y luego fundar su decisión en el sistema modificado. Esta operación exige, sin embargo, una autorización expresa dirigida al juez, en el sentido de concederle la atribución de integrar el sistema en caso de laguna.

Si dicha atribución le fuera negada, necesariamente dejará de cumplir alguna obligación: si resuelve el caso individual sin solucionar previamente el caso genérico, su decisión no estará fundada en el sistema y, por consiguiente, violará el deber de resolver los casos conforme al derecho; si soluciona el caso genérico (lo que le está prohibido por hipótesis), modificará el sistema y ejecutará un acto prohibido; y si se abstiene de juzgar, violará el deber de resolver los casos sometidos a su decisión.

De este modo, los tres deberes en juego (resolver, fundar y aplicar el derecho) resultarán incompatibles en caso de laguna y sólo resultarán coexistentes si el sistema es completo.



12. BALANCE O PONDERACIÓN

Un tema neoconstitucionalista, referido a la teoría de la interpretación o argumentación constitucional— es el balance o ponderación: la solución de los conflictos entre principios que en el derecho constitucionalizado es proporcionada paradigmáticamente por los jueces constitucionales.

Esta es, sin embargo, tan solo la forma jurídica y más conocida de un razonamiento ético (moral, político, jurídico) mucho más difundido: el balance entre todos los intereses, derechos o valores relevantes. Sea cual sea la extensión (judicial, jurídica o incluso ética) que se atribuya al propio concepto de ponderación, cabe constatar que en la teoría jurídica, al menos desde el Dworkin de “Los Derechos en Serio”¹⁰⁰(1977), se sostiene que reglas y principios tienen dos formas de aplicación diferentes: las primeras se aplicarían en sentido estricto, deductivamente o por subsunción; los segundos en sentido amplio, argumentativamente o por ponderación.

En realidad, la distinción no es tajante. Las reglas son aplicables solo deductivamente, pero no dejan de ser derrotables, es decir, sujetas a excepciones

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Op. Cit. Pp. 345.



implícitas en la aplicación; y en caso de derrotabilidad, las reglas funcionan como principios, es decir, como normas desde las cuales se buscan otras normas.

“Los principios, a su vez, son aplicables directamente solo especificando reglas aplicables deductivamente; pero de hecho se llaman principios incluso a verdaderas reglas, aplicables deductivamente a la conducta, como muchas rationes decidendi del Derecho Común y muchos principios generales del Derecho Civil”¹⁰¹.

Además, los propios neoconstitucionalistas usan el término “ponderación”, por metonimia (*pars pro toto*), para subrayar que –tal vez, y tan solo potencialmente siempre– para aplicar un principio no es suficiente especificarlo en reglas, cabe ponderarlo con otro, en conflicto con aquel.

Aquí Guastini y Ferrajoli¹⁰² comparten con Jürgen Habermas y con muchos iuspositivistas una actitud crítica hacia la ponderación: se trataría tan solo de una herramienta de los jueces constitucionales para librarse de uno entre dos principios conflictivos; el de “balance” no sería siquiera un verdadero concepto, sino “una burbuja

¹⁰¹ García Figueroa, A. PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1998. Pp. 193.

¹⁰² Ferrajoli, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. Op. Cit. Pp. 207.



terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desarrolladas de vaciamiento y de mala aplicación de las normas constitucionales”.

Para algunos autores, “*la práctica de la ponderación está explicada y justificada por el pluralismo de los valores (value pluralism)*¹⁰³: valoraciones muy abstractas como valores éticos y principios constitucionales son plurales, genéricas y siempre potencialmente conflictivas entre sí”¹⁰⁴.

Karl Marx señaló que las constituciones liberales expresan “contradicciones” entre principios; en realidad, hay al menos dos razones teóricas acerca de por qué todas las constituciones desde el siglo XVII, son redactadas así y quizá no pueden serlo diversamente.

La primera razón es el propio pluralismo de los valores: mientras que las formas de gobierno, que instituyen los poderes, pueden y debe ser específicos, las denominadas Cartas de Derechos no pueden más que ser genéricas, si quieren

¹⁰³ Pluramismo de los valores (value pluralism) falta o debilitación de un sistema homogéneo de normas o valores. El sistema de normas alcanza desde los valores absolutos aceptados como universalmente válidos pasando por las normas morales hasta la explicación de la conducta.

¹⁰⁴ Barberis, M. LIBERTAD. Editorial Nueva Visión.



buscar compromisos entre valores políticos y morales básicamente conflictivos, como requiere hoy en día una cultura de la justificación difundida globalmente.

La segunda razón es la propia democracia: *“si el Parlamento debe conservar un espacio de decisión autónomo incluso en el Estado constitucional, la Constitución no puede hacer otra cosa que esbozar muchos mundos constitucionales posibles, entre los cuales elegirán las cambiantes mayorías parlamentarias”*¹⁰⁵.

Si se adopta una aproximación a la deliberación como la del activismo judicial, entonces la redacción de textos constitucionales –y *a fortiori* su interpretación y aplicación– necesita de la ponderación; y, si constituyentes, legisladores y jueces no pueden dejar de ponderar, es mejor que lo hagan explícitamente.

Pero aquí surgen al menos tres problemas.

El *primer* problema tiene que ver con la distinción entre las aplicaciones respectivamente de reglas (deductivas) y de principios (argumentativas); actividades que, como destaca la teoría hermenéutica, no tiene relaciones lineales, sino

¹⁰⁵ Moreso, J.J. LA INDETERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. Pp. 167.



circulares. En particular, hay una doble aplicación de los principios: una, antes de la propia interpretación, que se podría llamar pre-aplicación y que consiste en un juicio sobre la relevancia del principio para el problema práctico a resolver; y otra, después de la interpretación, que conlleva siempre la especificación del principio en una regla y -pero solo potencialmente- su ponderación.

El *segundo* problema, denunciado por Ferrajoli, “*es la debilidad normativa de los principios. Cabe distinguir aquí entre las dimensiones cognoscitiva y normativa del problema. Desde el punto de vista cognoscitivo ya valorativo del positivismo metodológico, normas diferentes pueden funcionar de forma diversa en la argumentación constitucional: pero de hecho muchas disposiciones constitucionales de principio, por ejemplo las relativas a las garantías penales, son interpretadas como verdaderas reglas, al fin de garantizar los derechos de libertad*”¹⁰⁶. Como subraya Iddo Porat, en efecto, incluso los realistas americanos, quienes fueron los primeros en defender el balance, no la proponían para todo el *judicial review*, sino tan solo para ponderar los intereses. Pero esto, en realidad, atañe ya a la segunda dimensión del problema, la normativa: la cual puede ser distinguida como un *tercer* problema.

¹⁰⁶ Ferrajoli, Luigi. Op Cit. Pp 275



“Desde el punto de vista normativo y valorativo (de la Filosofía del Derecho) la debilidad normativa de los principios puede ser expresamente definida. En efecto, como para todos los pluralistas de los valores, la debilidad de los principios constitucionales puede ser defendida normativamente por dos razones, es decir, por el doble respeto debido, de un lado, a todos los principios constitucionales, que pueden ser todos relevantes y que no tienen una jerarquía fija en sí, y, por otro, a todas las mayorías democráticas, siempre que lo hagan dentro de los confines de la propia Constitución”¹⁰⁷.

Que los principios constitucionales no se vuelvan demasiado débiles, al final solo puede asegurarse mediante instituciones destinadas a ello, como la justicia constitucional.

13. LA METODOLOGÍA DE LA PONDERACIÓN

Para Alexy *“la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”¹⁰⁸.*

¹⁰⁷ Barberis, M. ÉTICA PARA JURISTAS. Op Cit. Pp 85

¹⁰⁸ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Op Cit. Pp 90



Para Guastini¹⁰⁹ consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, y como resultado de ésta un principio (el considerado superior) desplaza al otro y resulta aplicable.

Para García Figueroa “*el juicio de ponderación consiste en considerar o evaluar la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga, tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en este supuesto concreto*”¹¹⁰.

La ponderación es entendida como un límite a los límites de los derechos fundamentales, esto es, cuando mediante una medida del legislador, una Ley pretende limitar un derecho fundamental y la ponderación opera para controlar si ese límite es adecuado y necesario para cumplir con los fines que garanticen los derechos fundamentales; esto es, se ponderan los dos principios en conflicto a fin de determinar cuál prevalece sobre el otro.

¹⁰⁹Guastini, Riccardo. Citado por: Moreso, José Juan. GUASTINI SOBRE LA PONDERACIÓN. ITAM. México. 2002. Pp 231

¹¹⁰ García Figueroa, Alfonso J. & Gascón Avellan, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005. Pp 306



Sobre las concepciones de la ponderación, por un lado autores como Guastini la conciben como una actividad discrecional no sujeta a parámetros de control racional, y por otro, autores como Alexy y Prieto Sanchís la consideran como un procedimiento racional y por lo tanto que precisa de justificación racional.

14. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para Alexy *“el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios, entendidos como mandatos de optimización que como tales implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama regla de proporcionalidad, que comprende tres sub-reglas: la regla de adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto”*¹¹¹.

El principio de proporcionalidad es reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y por la Suprema Corte de Justicia de México, como puede apreciarse en la siguiente tesis emitida por este último Tribunal:

¹¹¹ Alexy, Robert. DERECHOS RAZONAMIENTO Y DISCURSO RACIONAL. ISONOMÍA. ITAM. México. 1994. Pp 46



“SUSPENSIÓN. EL AMPARO DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) *La idoneidad*; II) *La necesidad*; , III) *La proporcionalidad*. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada: el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”¹¹².

Como puede apreciarse en la anterior tesis de los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación en México, estos han aceptado el principio de proporcionalidad con sus tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de

¹¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época. Tomo XXII. Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. México. Octubre 2005. Pp. 172.



proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es una realidad la aplicación de este método por tales Tribunales, sin perjuicio de la discusión sobre la racionalidad de las decisiones judiciales cuando se trata de resolver conflictos entre principios.

Según esta metodología, el principio de proporcionalidad se descompone en tres sub-principios, el de adecuación y necesidad, que se deriva del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto orienta la optimización en relación a las posibilidades jurídicas:

1) *Subprincipio de adecuación*, de acuerdo con Alexy, este principio señala que si una acción no es adecuada para promover la realización de un principio, pero lo es para inhibir la realización de otro principio, está entonces prohibida en relación con ambos principios.

Dicho de otra manera, un medio es apto e idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado. Para lograrlo se requiere: *a)* que el fin perseguido en la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo, y *b)* que la medida sea adecuada o idónea para la objeción o consecución del fin.



2) *Subprincipio de necesidad*, establece que una acción, con respecto a la que existe una alternativa, por lo menos, promueve la realización de uno de los principios, e inhibe de forma atenuada el otro principio. Es decir, este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. También este principio sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“En resumen, de acuerdo con este principio la medida legislativa que pretende restringir un derecho fundamental debe cumplir con las siguientes condiciones: a) la medida es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; b) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor”¹¹³.

¹¹³ Sánchez Gil, Rubén. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. UNAM. México. 2007. Pp 45



Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible, de tal modo que expresan la idea de óptimo de Pareto.

3) *El principio de proporcionalidad en sentido estricto* que referido a las posibilidades jurídicas se encuentra expresado en la Ley de la Ponderación que expresa: cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro.

En la aplicación de este sub-principio relativo a las posibilidades jurídicas es donde la argumentación adquiere mayor importancia porque cuanto más se sacrifica un derecho y más se acerca a su núcleo o esencia, mayor necesidad reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso de la importancia del bien constitucional que se contrapone.

15. CLASES DE PONDERACIÓN

Para Manuel Atienza la ponderación puede ser de tres tipos:



“a) Ponderación entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción, por ejemplo, entre la norma que prohíbe atentar el derecho la intimidad y la que garantiza la libertad de expresión.

b) Ponderación entre directrices, entendidas como el proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas a partir de una o varias directrices, por ejemplo, la propuesta de medidas dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda.

c) Ponderación entre principios en estricto sentido y directrices, que se presentaría cuando colisionan una norma de acción y una medida tendiente a desarrollar, por ejemplo, una garantía social frente a una garantía individual”¹¹⁴.

16. ETAPAS DE LA PONDERACIÓN

La ponderación es un método que permite la solución de conflictos entre principios y que tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por Robert

¹¹⁴ Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Op Cit. Pp 169



Alexy: *“Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”*¹¹⁵.

La ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio que es el principio de proporcionalidad, el cual se descompone en los tres sub-principios ya mencionados: el principio de idoneidad o adecuación, el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, los dos primeros se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible, mientras que el tercero se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas.

Prieto Sanchís señala las siguientes fases en la aplicación de la ponderación:

- a) *“Que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro fin o derecho;*
- b) *Acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, esto es, la actuación que afecte a un principio constitucional a*

¹¹⁵ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Op Cit. Pp 102



demostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud establece;

- c) *La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria, esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva, es decir, entre una pluralidad ha de escogerse la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio en pugna;*
- d) *Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor, y es aquí donde propiamente rige la ley de ponderación”¹¹⁶.*

Para este autor, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.

¹¹⁶ Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta-UNAM. Madrid. 2003. Pp 150



Para Manuel Atienza, la ponderación se realiza en las siguientes etapas:

- a) *“Se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver), existen principios, valores, que tienen direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo;*
- b) *Después se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen razones para ello;*
- c) *Finalmente se construye una regla (una regla de acción) que se supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente”¹¹⁷.*

Carlos Bernal, siguiendo a Alexy, señala que al momento de aplicar la ley de la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto se siguen los siguientes pasos:

¹¹⁷ Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Op Cit. Pp 170



- a) *“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios;*
- b) *En el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;*
- c) *En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”¹¹⁸.*

Para Alexy una vez llegado a analizar el principio de proporcionalidad en sentido estricto a efecto de determinar la prioridad de los principios antinómicos, la ponderación se descompone en tres etapas que son las siguientes:

- a) *“En la primera etapa se establecer los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio;*
- b) *En la segunda etapa se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto;*

¹¹⁸ Bernal Pulido, Carlos. ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN. Doxa. No. 26. Alicante. 2003. Pp 227



- c) *En la tercera etapa se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio*¹¹⁹.

Cuando se afecta a un principio constitucional o derecho fundamental por una disposición legislativa la interferencia puede tener diversa intensidad, por lo que Alexy desarrolla la escala tríadica de pesos que puede ser leve, moderado y grave, la cual depende de la mayor intensidad con que se afecte a un principio, pero si no fuera suficiente esta escala se puede graduar cada una de las afectaciones y así pudiera establecer las siguientes invasiones a los principios:

- a) Grave
 - 1- Bastante grave
 - 2- Realmente grave
 - 3- Extremadamente grave
- b) Moderado
 - 1- Bastante moderado
- c) Leve
 - 1- Muy leve

¹¹⁹ Alexy Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Op Cit. Pp 182



Posteriormente Alexy ha construido la “fórmula del peso” con la cual ha recibido las más fuertes críticas debido a que para su aplicación es necesario establecer un grado de afectación a cada uno de los principios en colisión de acuerdo a escalas numéricas, lo cual supone que el intérprete de manera arbitraria establezca la escala de pesos y grado de afectación; algo que, pese a la apariencia de objetividad, dependerá en última instancia de valoraciones subjetivas.

17. CRÍTICA AL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Contra el método de ponderación se han desarrollado críticas por autores como Habermas¹²⁰ y Pedro Serna, quienes han sostenido que la ponderación o balance de dos principios en conflicto es un procedimiento arbitrario que se deja a discreción del intérprete, sin ser posible su racionalidad mediante parámetros objetivos, las principales son las siguientes:

- a) La jerarquía que se establece entre los principios al momento de ponderarlos no es suficiente para resolver litigios, porque en ellos lo que se plantean son las pretensiones de las partes y no la colisión entre principios;

¹²⁰ Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Editorial Ariel. Barcelona. 2003. Pp 272



- b) No existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tiene los principios, en la mayoría de los casos se acude a criterios subjetivos que dependen enteramente del juez;
- c) La ponderación implica sacrificar un derecho, pues al momento de preferir un principio sobre el otro siempre va a haber un dilema que va a afectar a una de las partes en el juicio, pues detrás de cada principio constitucional existe un derecho que beneficia a uno de los interesados en el proceso;
- d) El balance es arbitrario porque depende enteramente de la discrecionalidad de quien resuelve el conflicto entre principios, y también es utilitarista porque al final o como último paso de la ponderación se establece la elección en términos de sacrificios, daños y beneficios;
- e) La ponderación de valores no se puede pesar en números, porque siendo los principios constitucionales o derechos fundamentales, instrumentos para desarrollar los más altos valores del ser humano, no existe una jerarquía en ninguna Constitución que determina cuál principio tiene más valor, esta crítica se dirige contra Alexy y su fórmula del peso que incluye valores numéricos;



- f) Tiene un déficit de racionalidad que no se puede controlar fácilmente, por lo que dependerá de cada caso concreto y de los procedimientos que para ponderar los principios realice el aplicador;

Carlos Bernal Pulido¹²¹, señala como objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad las siguientes:

- a) El principio de proporcionalidad es un criterio irracional y subjetivo, pues este principio es un argumento formal, vacío, solo una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, que gracias a su fuerza persuasiva ostenta una gran capacidad para enmascarar las valoraciones subjetivas e irracionales del Tribunal que no pueden ser explicadas ni controladas mediante criterios jurídicos;
- b) La falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, un punto de apoyo semejante sólo podía consistir en un orden jerárquico de los diversos derechos y sus contenidos, a partir del cual se pudiese establecer en cada caso concreto, qué derecho debe prevalecer sobre los demás;

¹²¹ Bernal Pulido, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005. Pp 161



- c) La falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad, ya que expresiones como: razonable, idóneo, importante, proporcionado, adecuado, necesario o indispensable no están dotadas de un sentido depurado en el uso común y por lo tanto dan lugar a confusiones cuando se utilizan como criterios decisivos para optar por una u otra solución en casos concretos;

- d) El argumento de la inconmensurabilidad, esto es, no se puede medir lo que no es susceptible de ser medido, pues el examen de proporcionalidad en sentido estricto no dispone de un rasero común para establecer si el menoscabo de un derecho fundamental se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva;

- e) Las dificultades para identificar los derechos y bienes objeto de la ponderación, es decir, cuáles son los derechos o bienes que ostentan la capacidad de producir un conflicto constitucional que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad y esta dificultad se dirige en primer lugar a determinar cuáles son las disposiciones de derecho fundamental que aparecen en la Constitución; en segundo lugar, es necesario especificar qué tipo de disposiciones legislativas dan lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad; en tercer lugar se dificulta definir cuáles son los bienes y derechos capaces de justificar las intervenciones legislativas en los derechos



fundamentales y que por lo tanto deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Frente a estas críticas han salido en defensa del principio de proporcionalidad o método de la ponderación Alexy y Prieto Sanchís, este último no cree que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío, porque si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, sí indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto entre el derecho y su límite, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación.

En opinión de este autor, el método de ponderación de Robert Alexy permite una mayor racionalidad en la argumentación para dar prioridad a un principio, en lugar del sistema que siguen los Tribunales consistente en una jerarquía axiológica que depende enteramente del arbitrio del intérprete.

Carlos Bernal Pulido, sin perjuicio de sus críticas al método de la ponderación, señala el siguiente procedimiento para su realización:



- a) *Adscripción de la posición y uso fundamental prima facie.* En este primer momento se debe determinar si uno de los principios afectados son fundamentales o garantías individuales de nivel constitucional;
- b) *Catalogación de la norma legislativa como una intervención en el derecho fundamental.* Esto consiste en verificar que una ley derivada de un derecho fundamental constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante, es decir, que hay una disposición que pretende restringir o afectar un derecho fundamental, por eso el principio de proporcionalidad funciona como un límite a los límites de los derechos fundamentales;
- c) *Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental.*
- i) *Examen de idoneidad de la intervención.* El sub-principio de idoneidad consiste en determinar si el grado de afectación a un principio, es una medida idónea, es decir, si la intervención tiene un objetivo legítimo y si es idóneo para alcanzarlo o por lo menos para favorecer a su intención;



- ii) *Examen de necesidad de la intervención.* El sub-principio de necesidad consiste en determinar si los objetivos perseguidos con intervención del principio en el derecho fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido; se trata de determinar si la autoridad disponía de medidas alternativas por lo menos igualmente idóneas para alcanzar sus propósitos y que además implicarán restricciones menos gravosas que afectarían al principio;
- iii) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto.* La proporcionalidad en sentido estricto supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho. Este sub-principio es probablemente el más importante, pues aquí es donde se ponderan propiamente los dos principios que colisionan.

En opinión del citado autor, siguiendo estos pasos se alcanza una decisión más racional porque permite en cada uno de ellos realizar una argumentación a favor de uno de los principios que están en conflicto, lo cual se puede lograr tanto en sede judicial como en sede legislativa; esto es, los legisladores pueden ponderar o realizar el test de proporcionalidad cuando un principio o derecho fundamental pretende



afectar a otro principio antes de hacer una reforma o crear una ley y con ello garantizaría *ex ante* su racionalidad.



CONCLUSIÓN

De la investigación realizada pueden inferirse algunas conclusiones cuyo contenido se plantea utilizando elementos de Teoría y de Filosofía del Derecho, como lugares comunes que ayudan a visualizar de forma crítica y de manera racional los planteamientos de los modelos argumentativo y subsuntivo en el razonamiento jurídico.

En primer lugar, se pone de manifiesto la evidente ambigüedad residente en la tesis neoconstitucionalista de la argumentación moral de la Constitución (punto de vista externo) en contraposición a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y de la autonomía del iuspositivismo metodológico.

Contra tal ambigüedad se puede señalar que, si bien se puede sostener que el legislador aplica la Constitución, esta actividad no es aplicativa en el mismo sentido en que lo es la del Juez, pues el legislador no debe motivar sus decisiones y sobre todo, no lo hace en la misma forma que lo hacen los Jueces.

Por otro lado, en una visión correcta desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, la función de los jueces es interpretar el Derecho positivo existente y no crear nuevo Derecho; pues de lo contrario, estarían dejando de lado al legislador y asumirían



no una actividad de interpretación y aplicación del Derecho, sino una actividad política dirigida a la producción normativa.

Un modelo axiológico-normativo (argumentativo) de la Constitución sería un modelo teórico e ideal, al que el Derecho positivo debería tender, si bien la función – tal vez principal- de la Filosofía del Derecho es precisamente la estimativa jurídica, es decir, la visión crítica del Derecho positivo, este consiste, específicamente, en un objeto externo y separado de cualquier sistema axiológico e identificable por medio de alguna regla de reconocimiento, de lo contrario, habría de admitirse necesariamente la existencia de un pluralismo axiológico, que haría imposible la identificación de cuales principios pertenecen a tal orden; pudiendo justificarse la decisión judicial –en ausencia de un rasero común identificativo- por cualquier orden moral que el juez decidiera discrecionalmente.

El modelo argumentativo entonces, siempre nos lleva o nos conduce al “intérprete privilegiado”, cuando un argumento vence o convence más que los que se desechan, para construir el discurso justificativo de las decisiones constitucionales.

Entonces el intérprete abandona el papel de “legislador negativo” y se transforma en “legislador concurrente”, formulando la denominada “Constitución-norma” – la concepción elegida por su sistema moral- y esta puede ser escogida dentro o fuera del marco lingüístico del texto constitucional.



El uso no neutral del término “Constitución”, propio del neoconstitucionalismo, induce a creer que el método interpretativo de tal instrumento normativo es diverso del método que debería utilizarse para interpretar una Constitución neutral, lo que lleva a calificar de *buena* o *mala* tanto la Constitución como el método, esto por supuesto es un claro error metodológico pues no utiliza “Teoría” sino “Ideología” y establece la tendencia a considerar como constitucionales, sólo las instituciones que están protegidas por constituciones inspiradas en ciertas ideologías.

Si el Derecho consiste en aplicar normas a casos concretos, deviene en un sinsentido desechar la subsunción argumentando su inaplicación cuando se trata de principios, pues estos, si se pretende otorgarles fuerza normativa, necesariamente deben concretizarse en una regla para su aplicación concreta, por lo que un método lógico-racional conduce de nuevo a la subsunción.

Desde nuestro punto de vista, las hipótesis planteadas –que se exponen a continuación- pueden confirmarse en esta conclusión, sin perjuicio de que cualquiera puede realizar intentos de refutarlas:

- a) Desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, los elementos que se deben comparar entre el método subsuntivo y el método argumentativo de in-



interpretación y aplicación del derecho constitucional para establecer una diferenciación objetiva son: a) el tipo de deliberación; b) las formas de discurso; c) la validez de las normas; d) la posición científica del Derecho.

- b) Si bien los principios pueden constituir un medio entre el Derecho y la moral que permita introducir la justificación externa en las decisiones constitucionales, esta relación establecida es contingente y no necesaria, pues el derecho no necesita justificación externa si ha sido producido de manera democrática, de lo contrario, el principio democrático queda deslegitimado.



BIBLIOGRAFÍA

1. Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. UN TRATADO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
2. Aarnio, Aulis. SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DE BIENESTAR. Editorial Fontamara. México. 2000.
3. Aguiló Regla, Josep. SOBRE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Leonard Moutoner Editor. Mallorca. 2008.
4. Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. ANÁLISIS LÓGICO Y DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
5. Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.
6. Aleinikoff, T. Alexander. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA PONDERACIÓN. Editorial Palestra. Lima. 2010.
7. Alexy, Robert. DERECHO Y CORRECCIÓN. Editorial Comares. Granada. 2005.
8. Alexy, Robert. DERECHOS RAZONAMIENTO Y DISCURSO RACIONAL. ISONOMÍA. ITAM. México. 1994.



9. Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007.
10. Almanza Altamirano, Frank Robert & Pacheco Mandujano, Luis Alberto. RAZONAMIENTO LÓGICO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Flores. México. 2015.
11. Aristóteles. RETÓRICA. Editorial Gredos. Madrid. 1990.
12. Armando S., Andruet. TEORÍA GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN FORENSE. Alveroni Ediciones. Argentina. 2003.
13. Arriola Cantero, Juan Federico (Coordinador). LA FILOSOFÍA DEL DERECHO HOY. Editorial Porrúa. México. 2010.
14. Atienza, Manuel & Ferrajoli, Luigi. JURISDICCIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. UNAM. México. 2005.
15. Atienza, Manuel & Vigo, Rodolfo L. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. TEORÍA Y PRÁCTICA. Editorial Porrúa. México. 2011.
16. Atienza, Manuel. CURSO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Trotta. Madrid. 2013.
17. Atienza, Manuel. DEBATE SOBRE EL POSITIVISMO. Editorial Ariel. Barcelona. 2011.
18. Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2006.



19. Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2013.
20. Barberis, M. ÉTICA PARA JURISTAS. Editorial Trotta. Madrid. 2005.
21. Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO, LA TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Palestra. Lima. 2011.
22. Barberis, N. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Palestra. Lima. 2002.
23. Barranco de Busaniche, Graciela (Coordinadora). ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. ESTUDIOS SOBRE NEIL MACCORMICK. Ediciones UNL. Argentina. 2003.
24. Bernal Pulido, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
25. Bernal Pulido, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.
26. Bernal Pulido, Carlos. ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN. Doxa. No. 26. Alicante. 2003.
27. Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Debate. Madrid. 1993.
28. Bobbio, Norberto. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial IDICO. Editorial Adeledo Perrot. Buenos Aires. 1995.



29. Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1989.
30. Bulygin, Eugenio. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. Doxa. Isonomía. México. 1991
31. Bulygin, Eugenio. SENTENCIA JUDICIAL Y CREACIÓN DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
32. Bulygin, Eugenio. UNA ANTINOMIA EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN. Ratio Iuris. Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales. Buenos Aires. 1990
33. Calonge, Concha. TÉCNICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Editorial Arazandi. Navarra. 2007.
34. Camargo González, Ismael, Esquivel Leyva, Manuel de Jesús & Davizón Corrales, Guadalupe. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO. Editorial Flores. México. 2012.
35. Caracciolo, R. EL SISTEMA JURÍDICO. PROBLEMAS ACTUALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988.
36. Carbonell, Miguel (Editor). NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta-UNAM. Madrid. 2003.
37. Cárdenas Gracia, Jaime. LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO. UNAM. México. 2005.
38. Carrió, Genaro. SOBRE LOS JUECES Y SU STATUS NORMATIVO. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1986.



39. Comanducci, Paolo. EL ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Editorial Trotta. Madrid. 1989.
40. Comanducci, Paolo. FORMAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO. UNA CONCEPCIÓN METATEÓRICA. Editorial Trotta. Madrid. 2002.
41. Comanducci, Paolo. POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Fontamara. México. 2013.
42. Comanducci, Paolo. RAZONAMIENTO JURÍDICO, ELEMENTOS PARA UN MODELO. Editorial Fontamara. México. 1999.
43. Correas, Oscar. METODOLOGÍA JURÍDICA. UNA APROXIMACIÓN FILOSÓFICA. Tomo I. Editorial Fontamara. México. 1998
44. Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980.
45. Díez Picazo, Luis. EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel. Madrid. 1973.
46. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
47. Dworkin, R. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1977.
48. Dworkin, Ronald. EL IMPERIO DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003.
49. Falcón y Tella, María José. EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN EL DERECHO. Editorial Civitas. España. 1991.



50. Faralli, Carla. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA. Editorial Hispania Libros. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2007.
51. Ferrajoli, Luigi. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
52. Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997
53. Ferrajoli, Luigi. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL E INTERPRETACIÓN OPERATIVA. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
54. Ferrajoli, Luigi. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Carbonell, Miguel. TEORÍA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta-UNAM. Madrid. 2007.
55. Galindo Sifuentes, Ernesto. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO Y DEL JUEZ. Editorial Porrúa. México. 2013.
56. García Figueroa, A. PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1998.
57. García Figueroa, Alfonso J & Gascón Avellan, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005.
58. García Figueroa, Alfonso J. & Gascón Avellan, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005.
59. García Maynez, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.



60. García Maynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.
61. García Maynez, Eduardo. POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y IUSNATURALISMO. Editorial Fontamara. México. 2002.
62. García Restrepo, Luis E. ELEMENTOS DE LÓGICA PARA EL DERECHO. Editorial Temis. Colombia. 2003.
63. Garzón Valdés, Ernesto & Laporta, Francisco J. EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Segunda Edición. Editorial Trotta. Madrid. 2000.
64. González Meneses, Manuel. CÓMO HACER DICTÁMENES. Colegio Notarial de Madrid. España. 2007.
65. Guastini, Riccardo. Citado por: Moreso, José Juan. GUASTINI SOBRE LA PONDERACIÓN. ITAM. México. 2002.
66. Habermas, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Editorial Ariel. Barcelona. 2003.
67. Hart, H. L. A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.
68. Kelsen, Hans. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 1988.
69. Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editora Nacional, S.A. México. 1981.
70. Kelsen, Hans. SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN. Editorial Colofón. México. 2010.



71. Laporta, Francisco. EL IMPERIO DE LA LEY. UNA VISIÓN ACTUAL. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
72. Lara Chagoyán, Roberto. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. ESTUDIOS PRÁCTICOS. Editorial Porrúa. México. 2012.
73. Levy-Bruhl, Henri. SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1966.
74. López Villegas, Eduardo. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Edoe Ediciones. Bogotá. 2001.
75. Mackie, J. LA TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Paidós. Barcelona. 2001.
76. Martínez Roldán, Luis & Fernández Suárez, Jesús A. CURSO DE TEORÍA DEL DERECHO. Ariel Derecho. Primera Edición. Barcelona. 1997.
77. Matteucci, N. ORGANIZACIÓN DEL PODER Y LIBERTAD. Editorial Trotta. Madrid. 2008
78. Mendonca, Daniel. APLICACIÓN DEL DERECHO. Editorial. Trotta. Madrid. 2000.
79. Mitrophanous, Eleni. POSITIVISMO SUAVE. Editorial Bosch. Barcelona. 2002.
80. Montesquieu. EL ESPÍRITU DE LAS LEYES. Editorial Itsmo. Madrid. 2002.
81. Moreso, J. J. LA CONSTITUCIÓN: MODELO PARA ARMAR. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009.



82. Moreso, J.J. LA INDERTERMINACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
83. Nino, Carlos Santiago. EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
84. Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.
85. Nino, Carlos Santiago. LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1985.
86. Olano García, Hernán Alejandro. INTERPRETACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Porrúa. México. 2006.
87. Pampillo, Juan Pablo. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA. PERPLEJIDADES, PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS. Editorial Porrúa. México. 2010.
88. Pérez Luño, Antonio Enrique. TEORÍA DEL DERECHO. Una Concepción de la Experiencia Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. 1997.
89. Pino, Giorgio. PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. Editorial Palestra. Lima. 2012.
90. Pozzolo, Susanna. NEOCONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2011.



91. Prieto Sanchís, Luis. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. En: Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta-UNAM. Madrid. 2003
92. Puy Muñoz, Francisco. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. PROBLEMAS DE CONCEPTO, MÉTODOS DE APLICACIÓN. Universidad Santiago de Compostela. España. 2004.
93. Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Wiesel, Hans. DERECHO INJUSTO Y DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
94. Ramírez Cardona, Alejandro. EL ESTADO DE JUSTICIA. Editorial Temis. Colombia. 1996.
95. Raz, J. LA AUTORIDAD DEL DERECHO. UNAM. México. 1982.
96. Raz, Joseph. ENTRE LA AUTORIDAD Y LA INTERPRETACIÓN. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2001.
97. Raz, Josph. EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO. UNAM. México. 1986
98. Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980.
99. Redondo, C. EL PARADIGMA CONSTITUCIONALISTA DE LA AUTORIDAD JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2002.
100. Romero Martínez, Juan Manuel. ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. UNAM. IJ. México. 2015.
101. Sánchez Gil, Rubén. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. UNAM. México. 2007.



102. Santiago Nino, Carlos. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001.
103. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época. Tomo XXII. Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. México. Octubre 2005.
104. Stammler, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Nacional. México. 1974.
105. Taruffo, Michell. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. Editorial Taurus. Madrid. 1988.
106. Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977.
107. Truyol y Serra, Antonio. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 2. Editorial Alianza Universidad Textos. Madrid. 1995.
108. Vernengo, R. CURSO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1991.
109. Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997.
110. Vilanova, José. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.
111. Von Ihering, Rudolf. EL FIN EN EL DERECHO. Editorial Heliasta. 1978.
112. Von Ihering, Rudolph. LA LUCHA POR EL DERECHO. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
113. Von Savigny, Friedrich Karl. METODOLOGÍA JURÍDICA. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.



114. Waluchow, Wilfrid J. POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. Editorial Madrid Pons. Madrid. 2007
115. Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. METODOLOGÍA JURÍDICA. Editorial McGraw-Hill. México. 2002.
116. Wright, George Henrik von. NORMA Y ACCIÓN, UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.
117. Zagrebelsky, G. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Madrid. 1992.