

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**LA INCIDENCIA DE LA DERROTABILIDAD EN LA  
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DE LOS  
ESTADOS CONSTITUCIONALES**

Tesis para optar el título de Abogado que presenta el Bachiller:

**MIGUEL ANGEL QUIROGA VIZCARRA**

**ASESOR: JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ MONTERO**

LIMA, 2019

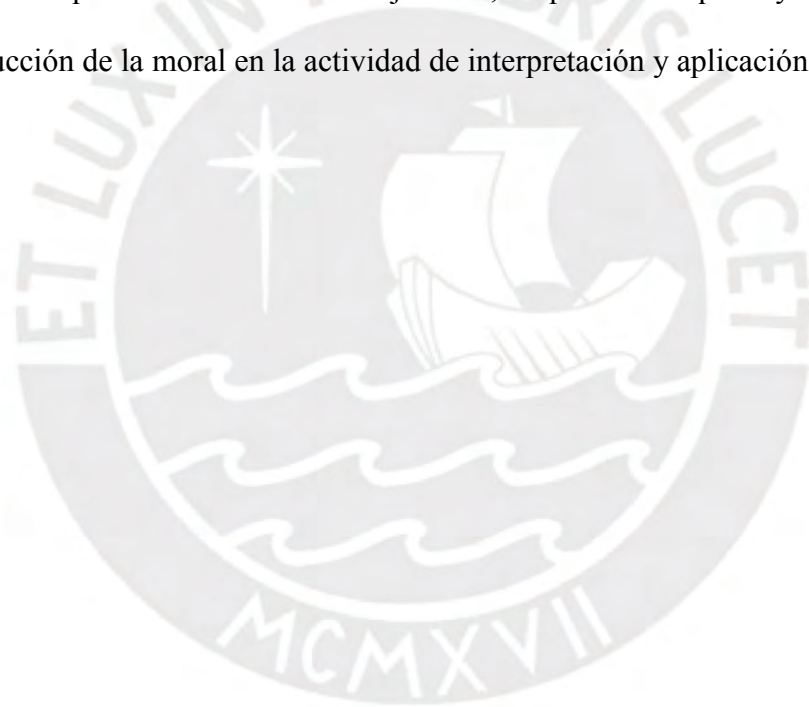
*A mis padres, Silvia y Ángel, y a mi hermano.*



## RESUMEN

El objetivo principal de la tesis es descubrir hasta qué punto la característica de la derrotabilidad, presente en las normas jurídicas, influye en la labor de interpretación de las normas constitucionales que se hace en el marco de los Estados constitucionales. Para lograr este objetivo, en el primer capítulo se expone el desarrollo del Estado de derecho hasta llegar a los actuales Estados constitucionales, y se muestra cómo en estos se dan las condiciones efectivas para la acción de la moral en la aplicación e interpretación del Derecho (debido a que en ellos las normas constitucionales adquieren una real fuerza jurídica). En el segundo capítulo se explican las diferencias conceptuales y estructurales entre principios y reglas, así como las diversas formas de aplicación de los principios y las reglas, para lo cual se analizan comparativamente, en este punto, el método de la ponderación y el método de la subsunción. En la parte final del capítulo segundo se muestra que los principios se constituyen en la vía mediante la cual se introducen factores axiológicos en el Derecho. En el tercer capítulo se estudia exhaustivamente la característica de la derrotabilidad, tanto en los razonamientos cotidianos, la lógica y en el plano práctico; como en el ámbito jurídico. Seguidamente, el último capítulo está dedicado a explicar la incidencia de la derrotabilidad en la interpretación constitucional en el marco de los Estados constitucionales; para ello se analizan los aspectos generales relativos a la interpretación y se la compara con la argumentación jurídica. Concluye el capítulo indicando que las principales consecuencias que trae la derrotabilidad para la interpretación constitucional son, de un lado, la configuración de la interpretación como una actividad condicionada fuertemente por el factor axiológico o valorativo; y, de otro lado, la aparición de lagunas axiológicas. Se llega a la conclusión general de que la derrotabilidad de

las normas jurídicas posibilita la introducción del factor valorativo en la interpretación de las normas constitucionales, lo cual trae como consecuencia que interpretaciones formalmente correctas, pero inadecuadas desde el punto de vista axiológico, sean consideradas como no propiamente respuestas normativas; lo que lleva a considerar que en estos casos existen en el sistema “lagunas axiológicas” (situaciones en las cuales existe una respuesta normativa, pero que se considera inadecuada o deficiente axiológicamente). Esta situación se ve potenciada de especialmente en los Estados constitucionales, ya que en ellos las disposiciones y principios constitucionales adquieren verdadera fuerza jurídica, lo que lleva a que haya un mayor ámbito para la introducción de la moral en la actividad de interpretación y aplicación de las normas.



## ÍNDICE

ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I.....	11
EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO .	11
1. Las transformaciones del Estado de derecho: del Estado legislativo al Estado constitucional	
.....	11
1.1 Aproximación general al concepto de Estado de derecho. Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit .....	11
1.2 El desarrollo del Estado de derecho: del Estado legislativo al Estado constitucional.....	18
2. El neoconstitucionalismo como discurso jurídico acerca del Estado constitucional.....	38
2.1 La idea general de neoconstitucionalismo. La plurivocidad de la expresión “neoconstitucionalismo”: neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.....	38
2.2. El neoconstitucionalismo teórico.....	50
2.3. El neoconstitucionalismo ideológico.....	70
3. El “contexto neoconstitucional” como marco y condición para la acción de la moral en la interpretación y aplicación del Derecho. ....	74
CAPÍTULO II.....	79
EL LUGAR DE LOS PRINCIPIOS EN LA ACTIVIDAD JURÍDICA DENTRO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES.....	79
1. La distinción entre principios y reglas.....	79
1.1 Sobre la idea general de principios.....	79
1.1.1 Conceptualización, clasificación y funciones.....	79
1.1.2 Características de los principios .....	84
1.2. Las dos tesis acerca de la distinción entre principios y reglas: la tesis de la distinción fuerte y la tesis de la distinción débil. ....	89
1.2.1. La tesis de la distinción <i>fuerte</i> .....	90
1.2.2. La tesis de la distinción <i>débil</i> .....	99

1.3. Las propuestas de los representantes de la distinción fuerte .....	102
1.3.1. La propuesta de Ronald Dworkin .....	102
1.3.2. La propuesta de Robert Alexy .....	108
1.3.3. La propuesta de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero .....	114
2. Las formas de aplicación de los principios y las reglas: la ponderación o balance frente a la subsunción .....	125
2.1. El método de la subsunción .....	126
2.2. El método de la ponderación o balance .....	132
2.2.1. Sobre la idea y concepto de ponderación .....	132
2.2.3. La estructura de la ponderación .....	141
2.2.4. El desarrollo de la ponderación .....	160
3. La función de los principios en los contextos constitucionales y la introducción de la moral en el derecho .....	166
3.1. Del “derecho de reglas” al “derecho de principios” .....	166
3.2. El lugar de los principios: la introducción de la moral en el derecho a través de los principios .....	171
CAPÍTULO III .....	178
LA DERROTABILIDAD COMO CARACTERÍSTICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS .....	178
1. La idea general de derrotabilidad .....	178
1.1. Aproximaciones terminológicas. El adjetivo “derrotable” .....	178
1.2. Derrotabilidad y los razonamientos cotidianos y de sentido común .....	180
1.3. Derrotabilidad y lógica no monotónica .....	192
1.4. Derrotabilidad en el ámbito práctico .....	207
1.4.1. Derrotabilidad y obligaciones <i>prima facie</i> .....	207
1.4.2. Aproximación a la idea de obligación <i>prima facie</i> .....	208
1.4.3. Formalismo y carácter categórico del cumplimiento de las obligaciones en Kant .....	211
1.4.4. La negación kantiana de la posibilidad de conflicto entre obligaciones o deberes .....	218
1.4.5. La crítica de Ross a la teoría de los deberes kantiana y la propuesta de la existencia de obligaciones <i>prima facie</i> .....	226
2. La idea de derrotabilidad en el ámbito jurídico .....	232
2.1. La existencia de excepciones implícitas como condición de problemas jurídicos y la concepción de la estructura de las normas como condicionales derrotables .....	232
2.2. Derrotabilidad y colisión de normas jurídicas. La relación entre principios y reglas .....	242
2.2.1. Derrotabilidad y colisión de normas jurídicas .....	242
2.2.2. Derrotabilidad y relación entre principios y reglas .....	248
3. Incidencia del factor valorativo en la derrotabilidad normativa .....	257

CAPÍTULO IV .....	259
LA INCIDENCIA DE LA DERROTABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL NEOCONSTITUCIONALISTA .....	259
1. Aspectos generales acerca de la interpretación jurídica .....	259
2. Interpretación y argumentación jurídica en el Estado constitucional. La argumentación como justificación intersubjetiva de las razones en el discurso práctico jurídico. ....	284
2.1. La distinción entre interpretación y argumentación .....	284
2.2. El concepto de argumentación jurídica .....	290
2.3. La función de la argumentación jurídica .....	304
2.4. Explicación, justificación y argumentación jurídica. ....	308
2.4.1. La distinción entre explicación y justificación .....	308
2.4.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Justificación interna y justificación externa.....	313
<b>a) Contexto de descubrimiento y contexto de justificación</b> .....	313
<b>b) Justificación interna y justificación externa</b> .....	322
i. Los conceptos de justificación interna y justificación externa.....	322
ii. Criterios de distinción entre justificación interna y justificación externa .....	328
2.5. Concepciones de la argumentación jurídica .....	331
2.6. La argumentación jurídica en el Estado constitucional .....	340
3. La interpretación de normas constitucionales derrotables.....	346
3.1. Particularidades de la interpretación constitucional por la naturaleza política y axiológica de la Constitución .....	347
3.2. Interpretación valorativa de las normas.....	353
3.3. Aparición de lagunas axiológicas .....	363
3.3.1. Lagunas normativas .....	363
3.3.2. Lagunas axiológicas .....	369
<b>3.3.2.1. Distinción conceptual entre lagunas normativas y lagunas axiológicas</b> .....	369
<b>3.3.2.2. Propiedades relevantes de un caso</b> .....	374
<b>3.3.2.3. Tesis e hipótesis de relevancia</b> .....	378
<b>3.3.2.4. Relevancia y lagunas axiológicas</b> .....	381
3.3.3. Generación de lagunas axiológicas y derrotabilidad .....	385
CONCLUSIONES.....	397
BIBLIOGRAFÍA .....	423

## INTRODUCCIÓN

Los Estados como entidades políticas no tienen necesariamente como uno de sus elementos constitutivos el “ser de Derecho”, es decir, el cumplir con las condiciones de imperio de la ley, separación de poderes y reconocimiento de garantías y libertades para los ciudadanos. Esto es claro, desde el momento de que la existencia del Estado se ha dado durante siglos sin que estén presentes estos elementos. De hecho, la existencia de Estados de derecho es relativamente reciente.

La inicial manifestación del Estado de derecho es como Estado legislativo, es decir, como un Estado en el cual las autoridades están sometidas a la ley en sentido estricto. En este contexto, las Constituciones aparecen básicamente como normas políticas, es decir, normas que apuntan principalmente a la distribución del poder. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX –debido a las circunstancias históricas y políticas– el Estado legislativo va siendo reemplazado por el llamado Estado constitucional, un modelo de Estado en el cual las autoridades no se someten solo a la ley (en sentido estricto) sino también, y preponderantemente, a la constitución. Es así que la constitución deja de ser un mero instrumento de distribución de competencias, para pasar a contener disposiciones sustantivas, generalmente expresadas en el reconocimiento de garantías, libertades y derechos, con plena fuerza jurídica. Esto se muestra de la mejor manera en la importancia y relevancia normativa que han adquirido los principios en el contexto jurídico de los Estados constitucionales. Ahora bien, este papel preponderante que alcanzan los principios refleja, además, el lugar central que



toma la moralidad en el nuevo contexto constitucional. En efecto, los principios son definidos como normas con una alta carga axiológica, y en tanto estos han adquirido centralidad en el constitucionalismo contemporáneo, bien se puede decir que el factor valorativo entonces también ocupa un espacio central en el contexto jurídico de los Estados constitucionales.

Por otro lado, últimamente, se ha destacado la cuestión de la derrotabilidad de las normas jurídicas, es decir, la característica de las normas según la cual, bajo ciertas circunstancias la susodicha norma es aplicada, pero, al introducirse o considerarse nuevas condiciones, la misma norma ya no resulta siendo aplicable al caso de que se trata. Generalmente, estas nuevas condiciones aparecen cuando la tal norma se enfrenta a otra norma, la cual puede terminar desplazándola o “derrotándola”. Esto usualmente ocurre en el caso de los principios y disposiciones constitucionales, que, o bien desplazan a otros principios, o aún a reglas (normas de aplicación concluyente). Ahora bien, la razón por la cual ocurren estos “desplazamientos” se debe, mayormente, a razones axiológicas o valorativas, es decir, porque, si bien ambas normas aparecen como aplicables al caso concreto, una de ellas (la que finalmente se impone) resulta ofreciendo una solución axiológicamente más adecuada, que la que ofrecía la norma que es “derrotada”. Ahora bien, en la medida que, como se ha dicho, en los estados constitucionales se da un mayor espacio para lo valorativo, ocurre que estas situaciones de derrotabilidad normativa son bastante frecuentes, lo cual implica un cambio con respecto a la forma misma de aplicar el derecho.

Todo el panorama descrito hasta aquí se va a reflejar ciertamente en la labor interpretativa de las normas, especialmente de las normas constitucionales, las que se ha dicho, se caracterizan por tener un contenido sustantivo y una alta carga axiológica. En efecto, la interpretación

constitucional se encontrará condicionada o, mejor dicho, informada, por esta exigencia axiológica, de forma que no se tratará de una interpretación “mecánica”, o meramente formal, sino que se mantendrá dirigida a lograr un sentido axiológicamente adecuado.

Así pues, la presente tesis buscará responder a una pregunta central: ¿Hasta qué punto influye la característica de la derrotabilidad de las normas jurídicas en la labor de interpretación de las normas constitucionales en el contexto del Estado constitucional de derecho? Por supuesto, para responder a esta pregunta principal va a tener que responderse a otras preguntas secundarias, como son: ¿Cuáles son las características principales de los llamados Estados constitucionales frente a los llamados Estados legislativos?; ¿cuáles son las tesis principales del neoconstitucionalismo como teoría sobre los Estados constitucionales?; ¿en qué consiste la derrotabilidad como característica de las normas jurídicas?; ¿cuál es el papel de la moral en la interpretación de las disposiciones constitucionales en los Estados constitucionales?; etc. Lo que se plantea como hipótesis general es que la característica de la derrotabilidad de las normas jurídicas posibilita la introducción del factor valorativo en la interpretación de las normas constitucionales, lo cual trae como consecuencia que interpretaciones formalmente correctas, pero inadecuadas desde el punto de vista axiológico, sean consideradas, desde un punto de vista práctico, como no propiamente respuestas normativas (se plantea en estos casos que existe una “laguna axiológica” en el sistema). Esta situación se potencia de manera especial en los Estados constitucionales, ya que en ellos las constituciones (y por lo tanto, las disposiciones y principios constitucionales) adquieren una verdadera fuerza jurídica (distinta a lo que ocurría en los Estados legislativos), lo cual lleva a que haya un mayor ámbito para la introducción de la moral en la actividad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

# CAPÍTULO I

## EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

### 1. Las transformaciones del Estado de derecho: del Estado legislativo al Estado constitucional

#### *1.1 Aproximación general al concepto de Estado de derecho. Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit*

Es un hecho generalmente reconocido que, en las últimas décadas, se ha dado un “cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del «Estado legislativo» al «Estado constitucional»<sup>1</sup>. Para entender este cambio, es necesario primeramente precisar tres conceptos: “Estado legislativo”, “Estado constitucional” y “Estado de derecho”.

Se llama “Estado de derecho”, en general, a aquel tipo de Estado en el cual, en pocas palabras, el Derecho somete al poder, es decir, aquel Estado en el cual los que ejercen el poder se someten a la ley. El Estado de derecho, como modelo político, tiene, ciertamente, otros rasgos definitorios (los cuales mencionaremos más adelante), pero el referido es, sin duda, el más característico. Ahora bien, un Estado es de derecho cuando las autoridades están sometidas

---

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Editorial Ariel, 2006, p. 17.

primordialmente a la ley “legislativa”, a la ley en sentido estricto; en este caso se llamará a este Estado con el nombre de “Estado legislativo de derecho”, o simplemente “Estado legislativo”. Pero, también es de derecho aquel Estado en el cual las autoridades no se someten solo a la ley (en sentido estricto) sino también, y preponderantemente, a la constitución; en este caso, el Estado se conocerá como “Estado constitucional de derecho”, o simplemente “Estado constitucional”. Lo que debe quedar claro es que tanto el “Estado legislativo” como el “Estado constitucional”, son ambos de Derecho, expresiones o formas de Estado de Derecho.

Pues bien, lo anterior viene al caso porque en no pocos textos se usa el término “Estado de derecho” a secas de forma que se abarca con él tanto al Estado legislativo como al Estado constitucional; no se hace, entre estas dos expresiones mayor distinción denominativa, aunque se trata de precisar que se pueden reconocer dos momentos o formas dentro del concepto general de “Estado de derecho”. En otros casos, en cambio, parecería que se habla de “Estado de derecho” en oposición al simple “Estado legislativo” (como si este no fuese –como también sí lo es- una forma de Estado de derecho). Aparentaría que “Estado de derecho” se estuviese identificando con –solo- “Estado constitucional” (o, en el mejor de los casos, se estaría indicando que éste es la forma auténtica o verdadera de aquél). “Estado de derecho” equivaldría –solo- a “Estado constitucional”. Sin embargo, analizando más detenidamente el asunto, nos daremos cuenta que en estos casos lo que ocurre es que, más bien, se dice “Estado de derecho” por querer decir “Estado constitucional de derecho”, pero sin que esto implique negar que el “Estado legislativo” es también de derecho. Esto podría obedecer a una razón de “comodidad”, a una presuposición o a la aceptación de algo implícito (aunque esto implique el riesgo de una ambigüedad o imprecisión): como la mayoría de Estados democráticos de hoy

en día son Estados constitucionales de derecho, y no solo Estados legislativos (algo más común entre las democracias de hasta mediados del siglo XX), se habría visto más fácil, cuando se quisiese hablar del Estado constitucional, mencionarle simplemente como Estado de derecho, ya que aquél es la forma más representativa de éste en la actualidad. Se estaría sobreentendiendo que al decir “Estado de derecho” lo que se quiere decir más precisamente es “Estado constitucional de derecho”. Las características que en estos textos se adjudican al “Estado de derecho”, tras un análisis atento, descubrimos que son las que se consideran específicamente propias del Estado constitucional (y no tanto del Estado legislativo); lo cual demuestra que el término “Estado de derecho” se usa aquí para hablar no del Estado de derecho en sentido amplio, ni del Estado legislativo (al cual sí se le reconoce las características generales de todo Estado de derecho y las específicas del Estado legislativo), sino solo del Estado constitucional.

Entonces, tanto el Estado legislativo como el Estado constitucional son formas de Estado de derecho. Por tanto, se puede utilizar el término “Estado de derecho” tanto para hablar de uno como de otro, o, en general, para hablar de ambos de forma global; o se puede hablar de Estado de derecho para referirse solo al Estado constitucional, pero en este último caso no debe interpretarse que se quiera dar a entender que el Estado legislativo no es de derecho, sino solo que, al ser este una forma de Estado de derecho menos común hoy en día, merece ser señalado con su nombre preciso, mientras que el Estado constitucional, al ser actualmente la forma más común, puede ser mencionado simplemente como Estado de derecho.

Ciertamente, la idea de un sistema que garantice la limitación del ejercicio del poder político y evite la arbitrariedad de las autoridades, tiene, en la historia de Occidente, una larga tradición,

la cual se puede retrotraer hasta las teorías de los filósofos griegos y romanos<sup>2</sup>, de entre los cuales sobresalen especialmente Platón<sup>3</sup> y Aristóteles<sup>4</sup>, para quienes claramente el “gobierno de la ley” es superior al “gobierno de los hombres”. Lo importante de esta condición de un “gobierno de leyes y no de hombres” es que resulta un requisito para asegurar la independencia y dignidad de los ciudadanos<sup>5</sup>. Esta idea, la cual también es conocida como “imperio de la ley”, es una condición para la autonomía individual porque “si las decisiones del poder son arbitrarias, en el sentido de erráticas e impredecibles, entonces la información que para formar planes de vida necesita un individuo acerca de las consecuencias previsibles de sus acciones queda inevitablemente mermada”<sup>6</sup>. Este ideal del imperio de la ley, valioso en tanto condición de la autonomía individual, se materializa en una serie de exigencias relativas a la configuración del derecho: la necesidad de que el derecho esté conformado por normas identificables mediante circunstancias fácticas y no por consideraciones valorativas; que esas normas del derecho sean generales, abstractas, prospectivas, estables, públicas y claras; y,

---

<sup>2</sup> GROTE, Rainer. “Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, año VIII, número 8, p. 127.

<sup>3</sup> “A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades”. PLATÓN. *Las Leyes*. 715d [PLATÓN. *Las Leyes*. Introducción, traducción y notas de Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 227]

<sup>4</sup> Véase: ARISTÓTELES, *Política*. Libro III, capítulos 15-16. Por ejemplo: “Por eso precisamente no es más justo gobernar que ser gobernado, y el hacerlo por turno es justo. Esto es a una ley, pues el orden es una ley. Por consiguiente, es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos, y por esa misma razón, aun si es mejor que gobiernen varios, éstos deben ser establecidos como guardianes y servidores de las leyes. Pues es necesario que existan algunos magistrados, pero no es justo, se dice, que tenga el poder uno solo, al menos cuando todos son iguales”. *Política*, Libro III, Capítulo 16, 1287a, 3-4. [ARISTÓTELES. *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos, 1988, pp. 206-207].

<sup>5</sup> MacCORMICK, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”. En: *Isegoría: revista de filosofía moral y política*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, número 21, 1999, p. 5.

<sup>6</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 188.

además, que la aplicación de esas normas esté sujeta a una serie de condiciones institucionales garantistas: separación de poderes, control jurisdiccional e imparcialidad procesal<sup>7</sup>.

Ahora bien, esta idea ha venido a constituirse en el núcleo de lo que ya modernamente se ha venido a conocer como Estado de derecho como sistema político, y que también ha venido a ser denominado –en diferentes contextos- como *Rule of Law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit*. Claro que, estrictamente, cada una de estas denominaciones se refieren a conceptos que tienen entre sí algunas diferencias destacables; no obstante, comparten por otro lado, una esencia común consistente en la preocupación por el control del poder político y la limitación por la actuación de la autoridad<sup>8</sup>. Aquí nos parece pertinente hacer una referencia a los estos tres conceptos (*Rule of Law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit*) para especificar sus características propias (las cuales, como se verá, no obstante, no implican la negación del núcleo esencial que consiste en la idea de control del poder).

El concepto de *Rechtsstaat* se construye sobre la idea de Estado kantiano. En esta, el principal objetivo del cuerpo político es la protección de la autonomía individual, de manera que las leyes del Estado deberían servir al propósito de asegurar la libertad individual y la propiedad (como condición para ejercer esa libertad). Bajo esta teoría, los Estados dejan de tener como fin la implementación de valores trascendentales (noción clásica de Estado), y pasan a buscar la preservación y promoción de la libertad y la propiedad, lo cual lleva a reconocer una serie de derechos fundamentales. En este modelo de Estado, sin embargo, no se incluye la demanda por la separación de los poderes, en la medida que se vio en ello una amenaza para la unidad

---

<sup>7</sup> Ibid, pp. 188-189.

<sup>8</sup> GROTE, Rainer. *Op. Cit.*, p. 128.

del poder del Estado<sup>9</sup>. Esta última característica –la división de poderes- ha sido, en cambio, un rasgo distintivo del modelo inglés del *rule of law* desde mucho tiempo atrás, algo ya descrito y estudiado por Montesquieu, quien, precisamente, a partir del análisis de la experiencia política de la Revolución inglesa del siglo XVII y de las teorías políticas clásicas (principalmente Platón, Aristóteles y Polibio) elaboró su célebre teoría de la separación de poderes<sup>10</sup>. Aquí, entonces, se puede encontrar una diferencia entre los conceptos de *rule of law* y *Rechtsstaat*.

Con todo, hay que precisar que el concepto de *Rechtsstaat*, con la llegada del positivismo jurídico, se transforma, haciendo que se decline la centralidad de los derechos fundamentales, de modo que ahora el concepto de *Rechtsstaat* principalmente pasaba a concebirse como un puro principio de legalidad: “Su elemento principal era el principio de que la Administración solamente podía interferir en la libertad personal o en la propiedad privada sobre la base de la autorización legal que le confería capacidad para hacerlo. Las decisiones tomadas por la Administración en casos individuales quedaban sujetas a control judicial sobre su legalidad”<sup>11</sup>. Es así como, en el contexto del *Rechtsstaat*, se va girando a una situación en la cual la judicatura –en especial, la constitucional- adquiere una relevancia suma; algo similar a un “gobierno de los jueces”. En oposición, en Francia, el concepto de *État de Droit* excluye la idea de “gobierno de los jueces”, básicamente porque la tradición política francesa se sustenta en el tajante rechazo a ese “gobierno de los jueces”, lo cual supone la exclusión de “cualquier

---

<sup>9</sup> Ibid, pp. 138-139.

<sup>10</sup> Véase: MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Segunda parte, Libro X, Capítulo VI [MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Hyspamérica Ediciones Argentina S.A. – Ediciones Orbis S.A., 1984, pp. 143-151.

<sup>11</sup> GROTE, Rainer. *Op. Cit.*, pp. 141-142.



mecanismo constitucional en el cual los tribunales jueguen un papel predominante”<sup>12</sup>; en otras palabras, no existe –bajo los parámetros del *État de Droit*- lugar a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Se puede mencionar así, como síntesis de las especificidades del *État de Droit*, lo siguiente:

El control del *Conseil Constitutionnel* es confinado al campo legislativo y otras medidas definidas del Parlamento. No tiene competencia constitucional para realizar un control directo sobre los actos del Gobierno y del presidente de la República (...) escapan a todo control judicial dado que ninguna se encuentra bajo la jurisdicción del *Conseil Constitutionnel* ni bajo la del *Conseil d'État* (...). Además de ello el *Conseil Constitutionnel* puede solamente revisar la constitucionalidad de las leyes del Parlamento que no han sido aún promulgadas. Los ciudadanos particulares no tienen la posibilidad de presentar casos ante el *Conseil* argumentando que determinadas cláusulas legales violan los derechos fundamentales que les corresponden según estos están protegidos por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Preámbulo de la Constitución de 1946 (...). El mecanismo de revisión ante el *Conseil Constitutionnel*, por lo tanto, retiene su carácter “objetivo”. Su aplicación depende de la elección de los políticos elegidos y escapa al control tanto de los jueces como de los ciudadanos (...) persiste aún la actitud hostil contra “un gobierno por jueces”, tradición que aparta a Francia de estados como Alemania o como los Estados Unidos<sup>13</sup>.

Como se ve, el *État de Droit* contiene una serie de características (sobre todo relacionadas con el papel de la judicatura en el control de la constitucionalidad de las leyes) que diferencian de los conceptos de *Rechtsstaat*, y también de *rule of law*.

Por lo demás, la noción inglesa de *rule of law* se diferencia principalmente de los conceptos de *Rechtsstaat* y de *État de Droit*, en el hecho de que estos últimos implican una concepción más legalista y formal de los mecanismos de control político (existencia de códigos y normas en documentos constitucionales), mientras que el *rule of law* implica una concepción informal y

---

<sup>12</sup> Ibid, pp. 156-157.

<sup>13</sup> Ibid, pp. 160-161.

menos “positiva” (debido, puntualmente, al hecho de que en el Reino Unido no hay un documento constitucional que defina la estructura institucional de la autoridad y sus límites de actuación frente a los ciudadanos)<sup>14</sup>. “De este modo el *rule of law* descansa más en la naturaleza democrática de las instituciones políticas del país que en cualquier elaborado mecanismo constitucional”<sup>15</sup>. Es decir, mientras que en los contextos del *Rechtsstaat* y el *État de Droit*, los mecanismos institucionales de control tienen un asiento formal, en el *rule of law*, por el propio diseño institucional inglés, carente de un documento específico, el mecanismo de control se sustenta más bien en la base popular de sus instituciones. Es un control más democrático que formal.

### *1.2 El desarrollo del Estado de derecho: del Estado legislativo al Estado constitucional.*

De la comparación que se ha llevado a cabo de los conceptos de *rule of law*, *Rechtsstaat* y *État de Droit*, queda claro que entre ellos existen algunas diferencias específicas. Sin embargo, los tres tienen en común algo más profundo, y es que las tres nociones “se refieren al problema de la imposición de límites efectivos al ejercicio de la autoridad pública para salvaguardar los derechos y libertades del ciudadano”<sup>16</sup>. Estrictamente, este tema surge como problema recién en los inicios de la Modernidad, cuando la visión estática del poder político, ligada a normas inmutables de derecho divino y natural, es reemplazada por la visión dinámica de la relación entre política y derecho. Solo en ese momento, se vuelve un tema de análisis la cuestión de

---

<sup>14</sup> Ibid, pp. 161-162.

<sup>15</sup> Ibid., p. 163.

<sup>16</sup> Ibid, p. 173.

cómo limitar el poder a través de las leyes<sup>17</sup>. En un primer momento, el mecanismo de control del poder político a través del sometimiento a la ley (Estado de derecho), fue concebido como un sistema político-jurídico de control que se limitaba a garantizar el cumplimiento de los requisitos procesales establecidos en el proceso legislativo y de los aspectos formales de las normas emitidas. Este modelo es del Estado de derecho legislativo o Estado legislativo, propio del siglo XIX, del cual antes se ha hablado. Sin embargo, diversos acontecimientos sucedidos en el siglo XX (la crisis de la República de Weimar, las dos Guerras Mundiales, etc.) terminaron por desacreditar el modelo formal del Estado de derecho, el cual terminó siendo reemplazado por un modelo “sustantivo”, basado en la moderna noción de Constitución<sup>18</sup>. Este nuevo modelo es el del llamado Estado constitucional de derecho o Estado constitucional. En este nuevo modelo, que viene a reemplazar al modelo “formal” o “legislativo” de Estado de derecho, “la constitución no solamente contiene normas sobre la distribución de poderes entre los distintos órganos estatales, sin que también incorpora valores sustantivos en la forma de garantías para los derechos fundamentales que dirigen y limitan el ejercicio de la autoridad pública”<sup>19</sup>. En este nuevo contexto, la noción de Estado de derecho deja de ser identificada solamente con un concepto legal, sino que pasa a caracterizarse por su carácter programático, lo cual significa que el Estado de derecho pasa a comprender todo un conjunto de principios, los cuales se establecen como rectores de la actividad del poder público de una sociedad determinada<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibid, p. 174.

<sup>18</sup> Ibid., p. 174.

<sup>19</sup> Ibid, loc cit.

<sup>20</sup> Ibid, p. 175.

Ahora bien, cabe precisar que, ciertamente, el concepto general de Estado de derecho implica mucho más que solamente la idea de control sobre el poder público (lo que antes hemos denominado “imperio de la ley” o “gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres”), ya que también se puede considerar que, en el concepto de Estado de derecho, se incluye la exigencia de que legitimidad de origen del legislador sea democrática, y que además goce de una específica legitimidad de ejercicio, vinculada al cumplimiento de ciertas exigencias de contenido de las normas que promulga (específicamente, el respeto de los derechos básicos) y no solo limitada al respeto a la forma o estructuración de los productos legislativos<sup>21</sup>. Sin embargo, siendo lo anterior cierto, resulta que el “imperio de la ley” (el primado del principio de legalidad) viene a ser el elemento *necesario* de la concepción clásica de Estado de derecho<sup>22</sup>.

Ahora bien, a todo esto hay que tener presente que cuando se está hablando de Estado de derecho, se está hablando de «una *ideología* jurídica, pues no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”»<sup>23</sup>. En efecto, con excepción de algunas opiniones (como la de Kelsen, que prácticamente entendía al Estado como la personificación del derecho<sup>24</sup>), en

---

<sup>21</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 189.

<sup>22</sup> *Ibid*, loc cit.

<sup>23</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003, p 15

<sup>24</sup> «De acuerdo con la opinión tradicional [...] un sistema de normas posee la unidad y la individualidad en virtud de las cuales llevan el nombre de orden jurídico nacional, únicamente porque en una u otra forma se halla referido a un Estado como hecho social preexistente; porque es creado “por” un Estado o tiene validez “para” él [...] Estado y derecho son, de acuerdo con dicha tesis, dos objetos diferentes [...]

«Sin embargo, tal dualismo es teóricamente indefendible. El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye [...] la comunidad no es otra cosa que el orden normativo regulador del comportamiento recíproco de los individuos [...]

«Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el “Estado” y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es “su” orden legal...» KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. [traducción de Eduardo García Maynez] México D.F: Imprenta

general, se ha considerado que los elementos constitutivos del Estado son la población, el territorio y la autoridad de un gobierno; no considerándose necesaria la existencia de un ordenamiento o sistema “de derecho” (o sea, una estructuración en la cual la autoridad del gobernante se halla limitada por la ley), aunque sí de un poder efectivo que someta a los integrantes de la población (y el cual puede ser ejercido autoritaria o arbitrariamente, o sin parámetros institucionalizados o formales establecidos, con lo cual, difícilmente se puede hablar de la existencia, propiamente dicha de una “sistema jurídico”). En ese sentido, puede ayudar la siguiente cita:

Su concepto [de Estado] más generalizado se refleja en distintas definiciones doctrinales entre las que se encuentra la de SÁNCHEZ AGESTA que transcribimos: “una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad”. De esta manera, la idea de Estado integra la de comunidad: el Estado es la comunidad organizada. Pero en esta concepción subyace la distinción entre Estado-organización, de una parte, y Estado-nación o Estado-comunidad política, de otra, distinción que viene a salvar la que media entre Estado y sociedad. Otros autores, como MARITAIN, circunscriben el concepto de Estado a su organización estricta, es decir, al conjunto de órganos estatales considerados como meros instrumentos de la comunidad política, contraponiendo así de manera más abierta las ideas de Estado y sociedad. [...] Especialmente desde el punto de vista del concepto más usual de Estado, se consideran elementos del mismo el pueblo regido por él, el territorio sobre el que ejerce su poder, y el poder mismo que ostenta<sup>25</sup>.

Por eso, acertadamente dice Atienza que

---

Universitaria-Universidad Nacional Autónoma de México, 1958, pp. 216-217. Véase también: KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho (segunda edición)*. [traducción de Roberto Vernengo] México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 291 y ss.

<sup>25</sup> FUNDACIÓN TOMAS MORO. «Estado». En: ESPASA CALPE. *Diccionario Jurídico Espasa*. [Disco Compacto]. Madrid: Fundación Tomás Moro – Espasa Calpe S.A., 2001

No todo Estado es un Estado de Derecho sino únicamente el que cumple determinados requisitos [los cuales son]: 1) imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular; 2) división de poderes, con primacía del legislativo; 3) legalidad de la Administración; 4) garantías de los derechos y libertades fundamentales<sup>26</sup>

Sánchez Agesta indica acertadamente que la cuestión del Estado de derecho, “como perspectiva contemporánea de las relaciones entre política y Derecho, debe concebirse como la respuesta a un problema ético general: la necesidad de someter el poder público al Derecho”<sup>27</sup>. Esto quiere decir que, si bien no es necesario para la configuración de un Estado el ser *de Derecho*, es decir, no hay una obligación material de que sea *de Derecho*; sí, en cambio, se impone como un requisito de carácter ético, en los Estados modernos, que la organización y el ejercicio del poder se dé mediante su sometimiento al Derecho. Es decir, en los Estados modernos, el requisito de ser *de Derecho* no viene a ser una exigencia natural (*de ser*), pero sí una exigencia ética (*de deber ser*): un Estado moderno no *tiene que ser* de derecho, pero (se espera que) *debería de serlo*.

Para el mismo Sánchez Agesta, un Estado de derecho es

aquel en que se ha producido un equilibrio entre el impulso del poder y de la libertad (de la acción política subjetiva), y el orden regulador del Derecho (orden político institucionalizado); esto es, aquel en que el Derecho positivo encarna de una forma satisfactoria los valores de justicia y seguridad que son función del Derecho y encuentra en estos valores la fuerza necesaria para contener el poder y la libertad<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico* Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1993, p. 154.

<sup>27</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 131.

<sup>28</sup> *Ibid*, loc cit.

Si se da lo anterior, el Estado realiza su ideal ético (que sus normas reflejen los valores de justicia y seguridad y que, a la vez, esto le otorgue legitimidad y la “fuerza necesaria para contener el poder y la libertad), cumpliendo así con el “requisito” ético que lo vuelve *de Derecho*. En definitiva

Estado de Derecho es aquel que sirve a los valores éticos del Derecho mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política. Supone, pues, la respuesta a problema del equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden. O más analíticamente expresado, implica la adopción de una serie de técnicas que vinculan el poder público al Derecho y la libertad al orden jurídico que la define y ampara<sup>29</sup>

Las técnicas de las cuales se habla pueden considerarse como “modos operativos que vinculan el poder y lo *predisponen* a realizar valores de justicia y de paz jurídica, y permiten el ejercicio de un poder y de una libertad responsable”<sup>30</sup>. Por eso se dice que en un Estado de Derecho, o sea, “cuando la sumisión al Derecho se extiende a los detentadores del poder [...] el ordenamiento jurídico se convierte en orden jurídico y [...] hay justicia en ese Derecho”<sup>31</sup>. Entre las técnicas para lograr ese fin tenemos: impedir los privilegios o exenciones que no sean necesarios para realizar una función; prevenir el abuso del poder; definir el ámbito de la libertad y el ejercicio de los derechos y *eliminar la arbitrariedad de las decisiones* (obligación de justificar jurídicamente una decisión o de adoptarla mediante un procedimiento formal)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibid, loc cit.

<sup>30</sup> Ibid, loc cit.

<sup>31</sup> BLANCO, Víctor. «Los límites de la Justicia». En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*. México D.F. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), año 1, n° 2, abril 1995, pp 148-149.

<sup>32</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Op. Cit., pp. 132-133

El ideal del Estado de derecho se ha sostenido, además, porque se concibe como un modelo político que garantiza una serie de valores, necesarios para la convivencia ordenada y jurídicamente estable, tales como los valores de certeza y seguridad jurídica (los cuales, para algunos, vienen a ser los valores más importantes asegurados por el Estado de derecho):

Entre los valores que puede asegurar [el Estado de derecho] ninguno es tan importante como la certeza jurídica, excepto quizás su camarada, la seguridad de expectativas jurídicas y la seguridad de los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria de los Estados y de sus agentes.

Si el Estado de Derecho es respetado, la gente puede tener una razonable certeza previa relativa a las reglas y estándares por los cuales su conducta será juzgada y a las exigencias que ellos deberán satisfacer para dar validez jurídica a sus transacciones. Pueden entonces tener una razonable seguridad en sus expectativas hacia la conducta de otros, y en particular de aquellos que ocupan posiciones oficiales bajo el Derecho. Pueden cuestionar los actos estatales que afecten a sus intereses, exigiendo una justificación jurídica clara para la acción oficial, o la anulación de los actos no justificados a través de su revisión por una judicatura independiente. Esto es posible, se dice a menudo, siempre y cuando exista un sistema jurídico compuesto principalmente de reglas enunciadas con bastante claridad, que operen normalmente sólo de manera prospectiva, que estén expresadas en términos de categorías generales, no de órdenes particulares que señalen singularmente a individuos o pequeños grupos para una especial consideración. Las reglas deberían establecer exigencias de conducta realmente alcanzables, que formen en conjunto algún modelo coherente, y no un caos de exigencias en conflicto arbitrario<sup>33</sup>.

Ahora bien, en su evolución el Estado de derecho inicialmente se manifestó por el sometimiento de la autoridad administrativa y penal a la ley, en sentido estricto, es decir a la norma emanada de los Parlamentos. Hoy por hoy, en cambio, la exigencia de sometimiento a la ley (en sentido amplio) llega hasta a los mismos Parlamentos; algo que queda en manifiesto en el establecimiento de los recursos de inconstitucionalidad frente a las leyes<sup>34</sup>. Este cambio

---

<sup>33</sup> MacCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 8

<sup>34</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Op. Cit p. 134



expuesto no es nada más que el paso de una forma de Estado de derecho a otra: del llamado “Estado legislativo de derecho” (o simplemente, “Estado legislativo”) al llamado “Estado constitucional de derecho” (o simplemente, “Estado constitucional”).

Y es que en efecto, el Estado de derecho, aparece inicialmente en su expresión de Estado legislativo. Como bien refiere Gascón Abellán, en Europa el Estado de derecho (es decir, su primera manifestación, el Estado legislativo de derecho) nace con la Revolución Francesa. Su aparición se da con un objetivo claro: garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios de clase; lo cual se pretende mediante el reconocimiento de un bloque de derechos y libertades a los ciudadanos, y la organización del Estado basada en la separación de poderes y la “sumisión del poder a derecho” como garantía del respeto de aquellos derechos y libertades<sup>35</sup>. Ahora bien, como deja entrever la misma autora, en esta etapa la conjunción de factores políticos y la ideología “legalista” que concebían a la ley como norma esencialmente justa impiden que se desarrolle la idea de Constitución como norma vinculante<sup>36</sup>. De hecho, en este periodo, el ideal de “imperio de la ley” o “sumisión del poder al derecho”, va a ser entendido básicamente como primacía del principio de legalidad, de forma tal que este no solo se va a constituir en un elemento necesario, sino *suficiente* de la noción de Estado de derecho<sup>37</sup>,

(...) porque, en ausencia de constituciones rígidas, dotadas de catálogos de derechos que definan las condiciones de validez desde el punto de vista material de la legislación y en las que se instaure un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, son evidentemente éstas las que cuentan con la última palabra para trazar el contorno de lo que no queda entregado a la

---

<sup>35</sup> GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op. Cit.*, p. 16

<sup>36</sup> *Ibid loc cit*

<sup>37</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p.189.

libertad privada (es decir, desde el punto de vista del ciudadano, el contorno preciso de todo lo que no puede hacer; desde el punto de vista de la administración, el contorno preciso de todo lo que está habilitada para hacer)<sup>38</sup>.

En tanto la Constitución no va a ser entendida aún como norma vinculante para los poderes, no podrá tampoco funcionar como límite para la actuación del Estado ni como garante de los derechos de los ciudadanos. Es más bien la ley en sentido estricto, en tanto que entendida como el producto válido y por excelencia del ejercicio de la soberanía, aquello que sí va a ser aceptado como legítimo y efectivo límite al poder y garantía de derechos.

Hay que recordar que, en este contexto, la soberanía es aún entendida como absoluta, por ser manifestación de la voluntad del pueblo; y son los parlamentos, precisamente, los depositarios de esta soberanía y donde se manifiesta plenamente el ejercicio de ella, justamente a través de la dación de leyes, las cuales no son sino asumidas como la cabal expresión de la autonomía (en el sentido kantiano del término, es decir, como la capacidad de darse uno mismo las leyes a las que se quedará sometido<sup>39</sup>) de la comunidad política. Un claro ejemplo de que en esas circunstancias había un gran celo por respetar los fueros del Legislativo, es que el mismo Kelsen<sup>40</sup> (que, como es sabido, fue el padre teórico del Tribunal Constitucional) siempre fue

---

<sup>38</sup> Ibid., pp. 189-190

<sup>39</sup> «De acuerdo [...] con el postulado de la libertad, según el cual, “una persona no puede estar sometida a otras leyes que a aquellas que ella se da a sí misma, bien sola, bien de consuno con otras”, el sometimiento a esta “voluntad unida” [la voluntad del pueblo en términos kantianos] no contradice la autonomía individual., ya que en él no se contiene más que el sometimiento de cada uno a su propia voluntad, objetivada en una unidad de decisión permanente». GONZALEZ VICEN, Felipe. «La filosofía del Estado en Kant». En: KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, p. 130

<sup>40</sup> “Con todo, no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los «límites» de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Sólo que dicha pregunta, en este contexto, no debe plantearse acerca del *concepto de jurisdicción*, sino acerca de la mejor configuración de su función de acuerdo a sus fines, y que ambos problemas deben mantenerse claramente separados. Si se desea restringir el poder de los Tribunales, y con ello el carácter político de su función –tendencia esta que aparece especialmente en la monarquía constitucional, pero que puede observarse en la república democrática–, entonces debe limitarse lo más posible el espacio de la *libre discrecionalidad* que las leyes conceden en su aplicación. Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con

muy reacio a que se inserten disposiciones de principio en la Constitución, por el temor de que el Tribunal Constitucional pueda sobreinterpretarlas, lo que podría llevar a la expropiación de una parte del poder legislativo a los Parlamentos democráticamente elegidos<sup>41</sup>.

De allí que la ley en sentido estricto tenga el máximo de legitimidad, sea admitida como absoluta y justa, y como verdadero y supremo límite *jurídico* de lo permitido y lo prohibido (dejando a las constituciones solo como “cartas políticas”, meros documentos contenedores de principios, equivalentes a las declaraciones, con, tal vez, valor moral, político, y con propósito directivo, pero sin real fuerza jurídica vinculante):

La sumisión del poder a derecho (el Estado de derecho [en este primer momento]) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solutus*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control [...] Por ello el Estado de derecho se configura como Estado legislativo, y más que de principio de legalidad en sentido amplio, cabe hablar de *imperio de la ley en sentido estricto*: de un lado, las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación; de otro, el consagrado principio de separación de poderes no supuso la articulación de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, sino simple y llanamente la subordinación al legislativo de los otros poderes. En suma, el Estado de derecho se desarrolla en Europa como *Estado legislativo* de derecho, y significa (sólo) la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, que, por cuanto norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia<sup>42</sup>.

---

las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como «libertad», «igualdad», «justicia», etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, «que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento». Pero este no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es *asimismo válido para las relaciones entre la ley y los Tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican*” [énfasis en el original]. KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995, pp. 33-34.

<sup>41</sup> BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003, p.263.

<sup>42</sup> GASCON ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op. Cit.*, p. 16-17

Es en este contexto que el positivismo clásico (con su propuesta de centralidad de la ley como fuente de derecho) que se constituye en la teoría jurídica por excelencia del Estado legislativo.

La sumisión del aparato administrativo del Estado a la ley se manifestaba en el hecho de que la Administración solo podía actuar previa habilitación legislativa, ya que para ella “todo lo que no está permitido está prohibido” (principio que, por lo demás, aún rige, puesto que el ente administrativo solo tiene competencia para realizar aquello que la ley le autoriza; lo cual es diametralmente opuesto al principio que rige para las personas, las cual pueden hacer todo aquello que no está prohibido<sup>43</sup>, hasta el punto que impedirlo constituye –en nuestro ordenamiento- un delito<sup>44</sup>).

Por lo que respecta a la sumisión del Juez a la ley, esta implicaba que la actuación del magistrado era calificada como aceptable en la medida que podía ser vista como la exacta aplicación de la ley; y esto era así porque la legitimidad del juez tenía una naturaleza “técnica” o “de oficio” (su legitimidad se basaba en lo correcto de su desempeño), distinta a la legitimidad política o “de origen” (basada en la representación popular), que era propia del legislador<sup>45</sup>.

La situación cambia al pasar del Estado legislativo a la “segunda etapa” del Estado de derecho: el Estado constitucional. En el modelo del Estado constitucional junto con la ley,

---

<sup>43</sup> *Constitución Política del Perú*. «**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: [...] **24.** A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: **a.** Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.»

<sup>44</sup> *Código Penal*. «**Artículo 151º. Coacción.** El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años».

<sup>45</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op. Cit.*, pp. 17-18

existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez<sup>46</sup>

Lo anterior entraña un cambio fundamental en la configuración del sistema jurídico del Estado. En efecto, hasta ese momento no se le reconocía a la constitución como verdadera norma vinculante. Si bien es cierto que, en su origen, las constituciones surgen como aquellos instrumentos que definen la estructura superior de un Estado, también es cierto que poco después estas van a sufrir –en Europa- el embate de la derecha y de la izquierda: la primera, terminará por reconocerles solo su contenido formal relativo al sistema político superior; la segunda, más bien, considerará que ellas no son más que “máscaras” convencionales que sirven para ocultar la estructura (en sentido marxiano) del poder real<sup>47</sup>. Específicamente, con respecto a la crítica de izquierda, hay que recordar que en la teoría marxista, el Derecho no es más que parte de la “superestructura” de la sociedad (junto con el arte, la religión, la ideología, etc.), y como tal, no es más que el reflejo de las condiciones y relaciones económicas imperantes, las cuales constituyen la “base” o “estructura” de la sociedad. Para el marxismo, el Derecho es la “voluntad elevada a la categoría de ley, de la clase dominante; su contenido está determinado por las condiciones materiales de la vida de esa clase y los intereses de la misma.

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 21

<sup>47</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1981, p. 41-42.

[Además] como parte de la superestructura, el derecho se halla determinado por las relaciones de producción imperantes en la sociedad [...]”<sup>48</sup>. Teniendo estas ideas acerca del derecho como premisas, no es difícil concluir que las normas, y específicamente las constituciones como documentos que contienen los “principios más generales” o el “espíritu” del derecho de una sociedad, no son más que “máscaras” que ocultan, más bien, los intereses de la clase dominante –que se verán encarnados en esos “principios generales” constitucionales-, clase que es a la que termina por reconocérsele derechos reales, mientras que a los demás solo formales<sup>49</sup>.

Como consecuencia de esto

[...] va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX [...] La teoría jurídica reflejará este hecho. La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento<sup>50</sup>

Además, hay que tener presente que a lo largo del siglo XIX en Europa continental, las constituciones o no tenía parte dogmática o, si la tenían, a penas eran expresadas en principios muy generales, cuya positivización técnica requería de leyes ordinarias, sin las cuales no podían operar<sup>51</sup>; es decir, en general, las constituciones europeas del XIX eran documentos

---

<sup>48</sup> ROSENAL-IUDIN. «Derecho». En: *Diccionario filosófico*. Buenos Aires, Ediciones Universo, 1973, p. 113

<sup>49</sup> Para una introducción a las ideas de Marx acerca de la relación entre la base económica y cómo esta condiciona la superestructura social y sus manifestaciones, puede consultarse: KORSCH, Karl. *Karl Marx*. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, pp. 233 y ss.

<sup>50</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 42

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 56

bastante generales y abstractos (diferente a lo que es una ley ordinaria, que es concreta, precisa, con miras a normar un aspecto determinado de la realidad).

Es más bien gracias al constitucionalismo norteamericano es que la situación va cambiando hacia el establecimiento del valor normativo superior de la constitución y su inmunidad frente a las leyes ordinarias<sup>52</sup>, excluyendo así la llamada “soberanía del Parlamento”. Históricamente, una serie de desarrollos van a darse dentro del constitucionalismo en los Estados Unidos, los cuales van a ir forjando la doctrina de la supremacía normativa de la constitución, la cual va tener su expresión instrumental en el principio de *judicial review*. Finalmente, esta doctrina va a ser recogida por la Corte Suprema en la célebre sentencia de Marbury vs. Madison que establece que “la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del Legislativo”<sup>53</sup>.

Al final, la doctrina de la superioridad de la constitución va a introducirse al ámbito europeo, hasta aceptarse que la constitución (no solo en sentido formal, aún cuando no haya un texto constitucional) no solo es una norma, sino la “norma fundamental”, la primera y superior del ordenamiento, y esto basado en varias razones. La primera de ellas,

[...] porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho [...] en ese sentido, es la primera de las «normas de producción», la *norma normarum*, la fuente de fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional [...] tiene una pretensión de permanencia [...] lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ibid., pp. 51-52.

<sup>53</sup> Ibid., pp. 54-55.

<sup>54</sup> Ibid., pp 49-50.

En conclusión, se llega a aceptar que «se encuentra ya superada la opinión según la cual las normas constitucionales eran consideradas como simples “programas de acción política”, destinados a ser desarrollados por las leyes. Porque “en el pensamiento jurídico moderno no se duda ya que la Constitución es una fuente del Derecho y precisamente la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado”»<sup>55</sup>. En este contexto, la constitución posee la fuerza para reconocer u otorgar derechos a los ciudadanos frente al Estado; “[y] porque así lo determina, vincula también, además de a los poderes públicos, a los propios ciudadanos, erigiéndose, en definitiva, en verdadera norma jurídica de carácter general. Logra, pues superar una condición meramente política, no ausente pero tampoco exclusiva y, desde luego, compatible con aquella condición normativa”<sup>56</sup>.

En suma, en el Estado constitucional, la constitución no solo va a adquirir una supremacía política, sino también y derivadamente, una supremacía jurídica o supralegalidad; y es, justamente resaltando este último aspecto, que se dice que el Estado constitucional no solo es una fase más de la idea de Estado de derecho, sino su culminación, su momento más desarrollado, porque, mientras que en el Estado legislativo la Administración y el juez se sometían a la ley (dejando al Legislador como supremo e independiente, como encarnación de la soberanía), en el Estado constitucional el Legislador *también* está sometido a derecho, específicamente a la constitución. Por ello se dice que el Estado constitucional incorpora junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad<sup>57</sup>. En ese sentido, la constitución se vuelve no «solo “norma de autorización” y límite del Derecho infra-constitucional: ella

---

<sup>55</sup> ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986, p. 26.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 23

<sup>57</sup> GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op. Cit.*, pp. 21-22



presenta un contenido que garantiza el sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se expresa sobre todo en el uso de algunos principios como aquel de racionalidad y proporcionalidad, a la manera de “súper principios”, y en la crítica al uso de la técnica de la subsunción bajo reglas jurídicas a favor de una ponderación de los valores y de los principios constitucionales»<sup>58</sup>.

En este punto se impone una precisión. La idea de la Constitución como documento que marca o establece límites al poder político (o lo que es lo mismo, que contiene las disposiciones que establecen los límites al poder), es una idea antigua, y se encuentra vinculada a la aparición de los ordenamientos estatales de índole liberal (liberal-garantista). Específicamente, esta idea está presente en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), en donde se dice que: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos no reconocida la división de poderes, no tiene Constitución” (artículo 16). Aquí pues, “Constitución” se concibe como límite al poder; se establece una sinonimia entre Constitución y limitación de poder. De aquí se deduce que no todo Estado tiene “Constitución”: los Estados autoritarios, despóticos, etc., “no tienen Constitución” (se entiende, aun cuando puedan tener un documento que se llame constitución). Los únicos Estados que tienen Constitución son los Estados liberales, en los cuales se garantizan los derechos y se reconoce la división de poderes (según lo dicho en la Declaración). Según este punto de vista, solo estos son verdaderamente “Estados *constitucionales*”. Sin embargo, este modo de usar el término “Constitución” es hoy anacrónico<sup>59</sup>, y no corresponde a la idea de Constitución que venimos trabajando. Porque, si

---

<sup>58</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 66

<sup>59</sup> GUASTINI, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: CARBOBELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp.16-17.

bien es cierto que esas Constituciones post revolucionarias y decimonónicas, estaban pensadas como límites al poder; como ya se ha dicho, no tenía real fuerza normativa, por lo cual eran más que todo declaraciones de principios, guías y marcos de acción, pero no verdaderas normas que puedan aplicarse directamente. Para su aplicación necesitaban obligatoriamente de la mediación legislativa. Y ese el punto esencial que marca la transformación de las constituciones decimonónicas a las contemporáneas: estas sí son verdaderos límites al poder, pero *por sí mismas*; porque no necesitan de la mediación de la legislación para ser efectivas, en tanto pueden ser aplicadas (por el juez) de manera directa, teniendo, además, real fuerza normativa; se trata, por tanto, de verdaderas normas jurídicas.

Por lo demás, como síntesis del concepto Constitución que aparece a partir de la segunda mitad del siglo XX, se puede decir que estas destacan por dos características esenciales: el ser normas que limitan al legislador y por ser normas directivas fundamentales. Estos rasgos (no presentes en las constituciones decimonónicas, del Estado “legislativo”) van a generar una serie de consecuencias jurídicas y políticas: debido a su condición normativa garantizada, las constituciones van a dejar de ser consideradas solo como normas programáticas, o como un conjunto de recomendaciones para el legislador, y van a pasar a ser auténticas normas jurídicas, con eficacia directa e inmediata (sin necesidad de mediación legislativa); de otro lado, las constituciones empezarán a tener contenidos materiales, conformados por principios, directrices y valores<sup>60</sup>. Es más, las constituciones se van a entender como documentos que imponen tareas a los poderes públicos, a la vez que condicionan la legitimidad de estos; es así

---

<sup>60</sup> SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 240-241.

que “para ser legítima, la acción de los poder tiene que resultar conforme a los valores y principios expresados por la Constitución”<sup>61</sup>.

Brevemente, vale la pena hacer referencia al modelo de Constitución propio del Estado constitucional. Siguiendo a Pozzolo<sup>62</sup>, se puede afirmar que este modelo va a presentar tanto una dimensión procedimental como sustantiva, ya que van a contener tanto reglas organizativas como principios y valores encaminados a dirigir la labor del Legislador. A su vez, este modelo de Constitución moderna va a poder ser entendido bajo dos concepciones: una descriptiva y otra preceptiva. Según la primera concepción, “la Constitución es un conjunto de reglas jurídicas positivas consideradas como superiores o fundamentales respecto de las otras reglas del sistema que organiza (...) tiene la función de regular el poder”<sup>63</sup>. La concepción preceptiva, en cambio, además de reconocer lo anteriormente señalado, afirma que las reglas constitucionales lo son básicamente por el contenido que tienen; de forma tal que “[c]ualquier disciplina fundamental de los poderes públicos no puede ser calificada como «Constitución», sino solo aquella que expresa ciertos valores. De esta forma es posible discriminar las constituciones «verdaderas» de las «aparentes»”<sup>64</sup>. Todo esto, en la medida que esta concepción preceptiva no solo concibe a la Constitución como norma suprema en lo

---

<sup>61</sup> POZZOLO, Susanna. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 173.

<sup>62</sup> Véase: POZZOLO, Susanna. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, *op cit.*, pp. 168-170.

<sup>63</sup> *Ibid*, p. 168

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 169

jurídico, sino que, además, le otorga una supremacía axiológica: está en la cúspide de la jerarquía formal y valorativa<sup>65</sup>.

Así pues, como momento culminante de la evolución del Estado de derecho, el Estado constitucional asimilará los rasgos del Estado legislativo y los perfeccionará, de tal forma que su configuración termine definida por lo siguiente:

- Supremacía del Derecho, en el doble sentido de legalidad constitucional y de legalidad legal.
- Control efectivo de la legalidad, en sus dos acepciones.
- Representación política efectiva, por una parte, y responsabilidad eficaz de los representantes, por otra.
- Determinación y protección de derechos de los individuos frente al poder público, con base en la igualdad formal ante la ley y la libertad, y sistema de solución de controversias.<sup>66</sup>

Pero, además, por el hecho de “la *orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución*”<sup>67</sup>. Esto último va a reflejarse claramente en la actividad del juez, quien ahora va a estar vinculado tanto a la ley como a la constitución, pero con la precisión de que sólo estará obligado a aplicar las leyes constitucionales (aquellas de las que cabe hacer una interpretación conforme a la constitución), de forma tal que, si la ley no resulta constitucional, entonces no estará vinculado a ella<sup>68</sup>. Por ello, como dice Susanna Pozzolo, -en la línea de lo hasta aquí expuesto- se va a establecer que las constituciones no solo son

---

<sup>65</sup> Ibid, p. 170

<sup>66</sup> BLANCO, Victor. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>67</sup> GASCON ABELLAN, Marina y Alfonso GARCIA FIGUEROA. *Op cit.*, p. 23

<sup>68</sup> Ibid., p. 24

programas de poder político, sino que también son (en concordancia con su naturaleza de normas efectivas y supremas) límites, en el sentido de que establecen “puntos intransitables para cualquier mayoría, protegiendo al individuo y a las agrupaciones sociales”. De esta forma, las reglas que como límite va a establecer la constitución “marcan el confín entre lo que la política puede hacer y lo que no puede hacer”; porque la constitución va a personificar “el derecho que se encuentra por encima de la voluntad positiva de los ciudadanos”<sup>69</sup>. En este contexto, “[p]ara controlar que el límite no sea nunca superado y que sean, por el contrario, actuados los programas que esta [la constitución] prevé se ha puesto un órgano fuera del juego, no representativo, substraído a la lógica de la relación mayoría-minoría: la Corte [o Tribunal] constitucional”<sup>70</sup>.

En fin, el paso del Estado legislativo al Estado constitucional implica el fin de la soberanía absoluta del Legislativo y, por ello, que el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) termina por entenderse como un poder limitado y que, en ese sentido, “tiene que justificarse en forma mucho más exigente”. Esto supone que ahora ya

No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional [...] supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón [...] Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de la decisiones de los órganos públicos<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Op cit, p. 68.

<sup>70</sup> Ibid, loc cit.

<sup>71</sup> ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Op cit., p. 17

Es decir, en la medida que el Estado constitucional supone el máximo sometimiento del poder al Derecho (aún más que en el Estado legislativo, ya que en Estado constitucional hasta el legislador debe someterse a la constitución), entonces ese poder, en su proceder necesitará de una mayor justificación para su actuar, ya que ahora no le bastará con su sola autoridad ni con solo alegar la validez del procedimiento para lograr la legitimidad de sus decisiones; además requerirá de justificaciones sustantivas, las que para configurarse plenamente deberán recurrir a una sólida argumentación jurídica.

## **2. El neoconstitucionalismo como discurso jurídico acerca del Estado constitucional.**

### *2.1 La idea general de neoconstitucionalismo. La plurivocidad de la expresión “neoconstitucionalismo”: neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.*

El término “neoconstitucionalismo” es relativamente reciente (aunque haga referencia a un fenómeno de ya algunas décadas de desarrollo). Fue usado por primera vez por la profesora italiana Susanna Pozzolo en el XVIII Congreso de la Asociación Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, en 1997, para hacer referencia “a un movimiento teórico que comprarte algunas tesis y perspectivas especiales en torno a la concepción, interpretación y aplicación del derecho, así como a los problemas que traen aparejadas dichas actividades”<sup>72</sup>. Por la generalidad de la referencia, se puede intuir que el concepto de neoconstitucionalismo está muy lejos de ser pacífico, al punto que se puede afirmar que, más que una concepción

---

<sup>72</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 212.

unitaria, coherente y bien estructurada del derecho, denota más precisamente una “atmósfera cultural”, ya que teorías del derecho muy diferentes, y aún pertenecientes a tradiciones de investigación opuestas (así el neiuspositivismo de Ferrajoli; como el antipositivismo de Dworkin, Alexy o Zagrebelsky), han llegado a ser etiquetadas como “neoconstitucionalistas”<sup>73</sup>. Esta supuesta convergencia de posturas disímiles no es, por lo demás, reflejo de la existencia de un “pensamiento único” iusteórico, sino, por el contrario, más bien mostraría la dificultad que tiene el pensamiento jurídico contemporáneo para dar cuenta de manera cabal, con los instrumentos conceptuales tradicionales, la realidad del actual modelo de derecho hoy vigente en las contextos jurídico-políticos democráticos y constitucionales<sup>74</sup>. Sin embargo, desde una perspectiva más positiva, se puede considerar que esta heterogeneidad y variedad de puntos de vista “neoconstitucionales” no necesariamente puede considerarse como una limitación, sino, por el contrario, como un potencia atractivo; y que, más bien, no es adecuado persistir en tratar de representar al neoconstitucionalismo como un movimiento uniforme y monolítico. Es, en ese sentido, que se ha sugerido la metáfora del “vitral de iglesia” para representar de manera adecuada lo que sería el neoconstitucionalismo; porque, así como

(...) un vitral está integrado por partes de distintos colores, tamaños, formas...pero que organizados dan cuenta de una figura que se distingue por el sentido de la obra, y no sólo de elementos, de quien realiza el trabajo. [De igual forma] En lugar de hacer referencia al neoconstitucionalismo como una teoría sistemática y perfectamente delineada, podría sustentarse la existencia de variopintas escuelas y doctrinas que desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones teóricas y contextos geográficos, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación. Las similitudes y coincidencias permiten

---

<sup>73</sup> SCHIAVELLO, Aldo. “¿Neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos?” En: ORTEGA, Santiago (editor). *¿Existe el neoconstitucionalismo?: razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores, 2013, p.115.

<sup>74</sup> Ibid., loc cit.

utilizar el mismo concepto para referirse a los modelos existentes como un canon neoconstitucional, en la medida en que elementos medulares del mismo han sido coherentemente receptados<sup>75</sup>.

Si se tuviese que ubicar históricamente el surgimiento del neoconstitucionalismo, se vería que este tiene su origen tras la Segunda Guerra Mundial, a través de las constituciones y las elaboraciones jurisprudenciales de los tribunales constitucionales europeos surgidas tras ese periodo<sup>76</sup>. Estos habrían generado al menos tres consecuencias determinantes en la aparición del neoconstitucionalismo: La primera sería la redefinición del concepto de ordenamiento jurídico, lo que incluye la postulación de la Constitución como norma jurídica plena. La segunda consecuencia habría sido la elaboración de un marco teórico nuevo idóneo para la aplicación y desarrollo de la nueva tendencia (neoconstitucional). Finalmente, la tercera consecuencia sería el replanteamiento del juez constitucional, el cual pasa a abandonar la subsunción como método de aplicación de las normas, y ahora asume un rol casi de creador del derecho, reelaborando las significaciones de los conceptos jurídicos bajo la luz de los derechos fundamentales<sup>77</sup>. Precisamente, con respecto a esto último, se ha dicho que, si se tratase de reducir el neoconstitucionalismo a un punto esencial, había que decir que el propósito central del neoconstitucionalismo está dado por los derechos fundamentales: “Toda la teorización, la instrumentalización, la actividad jurisdiccional se orienta, se vincula con la dignidad, con los derechos fundamentales (...)”<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Op. Cit.*, pp. 245-246.

<sup>76</sup> SANTIAGO, Alfonso. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”. En: *Dikaion. Revista de la Universidad de la Sabana*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Año 22, número 17, diciembre de 2008, p. 135.

<sup>77</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. “Neoconstitucionalismo o constitucionalización del orden jurídico. ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial?”. En: BOTERO BERNAL, Andrés (coordinador académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012, pp. 577-578.

<sup>78</sup> *Ibid*, p. 580.



Ahora bien, el término “neoconstitucionalismo” (y sus equivalentes, “constitucionalismo contemporáneo”, “constitucionalismo avanzado”, “constitucionalismo de derechos” o “constitucionalismo” sin más, aunque distinguiéndolo del “constitucionalismo antiguo” o “constitucionalismo decimonónico”) no es unívoco. No obstante, no pocas son las propuestas que buscan sintetizar de manera general lo que se puede entender por (neo)constitucionalismo.

Así, Faerrajoli, nos dice:

Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del *Estado legislativo de derecho* (...)

Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más solo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por lo tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión. (...) Bajo este aspecto el constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho [legislativo], como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional<sup>79</sup>.

Es interesante, a partir de la cita anterior, y de otras afirmaciones ya realizadas en este trabajo, resaltar que el neoconstitucionalismo se presenta (en su diversidad) como una corriente

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, pp. 71-72.

alternativa al positivismo jurídico. Por la variedad de “propuestas” neoconstitucionalistas, no nos atrevemos a definirla tajantemente como antipositivista (como sí lo hace Atienza, por ejemplo); por eso lo consideramos prudentemente como “alternativa”<sup>80</sup>. No obstante ello, creemos necesario mencionar que las opiniones que consideran al neconstitucionalismo y al positivismo como corrientes no solo diferentes sino contrarias, no son pocas. García Amado<sup>81</sup>, por ejemplo, enumera una serie de factores que diferencian –a su parecer- profundamente a estas dos propuestas teóricas. Para García Amado, el constitucionalismo positivista se caracterizaría por asumir las siguientes tesis: a) Las constituciones son cerradas, es decir, en lo que mandan claramente sus términos y enunciados (y nada más); b) en las zonas de vaguedad o penumbra la constitución es abierta y puede ser concretada pero siempre que no sea de forma contraria a la semántica constitucional; c) la elección de la interpretación en casos de duda o indeterminación solo corresponde a los intérpretes autorizados, que para el constitucionalismo positivista son, en este orden: el legislador, y luego el juez y el Tribunal constitucional; d) los jueces (ordinarios y constitucionales) tienen como labor principal el control constitucional el cual debe ser (solo) negativo: inaplicar y declarar la

---

<sup>80</sup> Un interesante debate en torno al neoconstitucionalismo (su concepto, características y limitaciones) específicamente en contraposición al “constitucionalismo positivista”, puede encontrarse en: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, Parte III: Debate sobre el neoconstitucionalismo, pp. 211 y ss. En el primer ensayo de esta parte (“El constitucionalismo de los derechos”, pp. 213-235), Luis Prieto Sanchís defiende el modelo neoconstitucional, además de exponer las consecuencias político-jurídicas que implica este nuevo paradigma. En el segundo ensayo (“Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, pp. 237-264), Juan Antonio García Amado critica la propuesta de Prieto Sanchís, defendiendo, más bien, el modelo que denomina “constitucionalismo positivista”. Posteriormente, Prieto Sanchís expone su réplica a García Amado (pp. 265-288). La sección termina con un lúcido ensayo de Carlos Bernal Pulido (“Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, pp. 289-325) donde el profesor colombiano resume y analiza, por separado, las tesis principales de Prieto Sanchís y García Amado, que son el centro del debate; para luego, tomar posición, defendiendo la doctrina neoconstitucional, pero planteando respuestas particulares a los problemas planteados, exponiendo así una versión propia del neoconstitucionalismo.

<sup>81</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 239-240

inconstitucionalidad; e) el legislador, en cambio, sí tiene la facultad de realización constitucional; finalmente, f) se propugna como fundamento político la defensa de la preponderancia del legislador democrático y de la soberanía popular<sup>82</sup>.

En contraste, para García Amado, el neoconstitucionalismo defendería las siguientes tesis: a) El contenido de las constituciones no se agota en el significado de sus enunciados; ella dice más de lo que sus términos significan; b) a pesar de que sus términos son abiertos y sufren de indeterminación semántica, sus mandatos son precisos; c) los intérpretes constitucionales no tienen como labor elegir entre interpretaciones posibles de los enunciados constitucionales, sino que su labor es lograr que se realicen máximamente esos mandatos (“en la mayor medida posible”); d) los jueces (ordinarios pero sobre todo constitucionales) cumplen funciones de control negativo-positivo: inaplican o declaran la inconstitucionalidad de toda norma que no realiza esa maximización; e) consiguientemente, se supone que tanto el legislador, como especialmente el juez constitucional, son capaces de “determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos”; f) el trasfondo ideológico es la desconfianza frente al legislador y su confianza suma en el juez<sup>83</sup>.

Con todo, nos parece más adecuado (desde el punto de vista expositivo y teórico) que el concepto de neoconstitucionalismo puede abarcar (y de hecho, lo hace) diferentes significados, y es plurireferencial. En ese sentido, nos parece acertado seguir lo que propone Prieto Sanchís, cuando afirma que esta expresión puede tener hasta tres acepciones distintas.

---

<sup>82</sup> Ibid, p. 239.

<sup>83</sup> Ibid, pp. 239-240.

Así,

(...) el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada<sup>84</sup>.

Es decir, con el término “neoconstitucionalismo” (o constitucionalismo), se puede hacer referencia, tanto a un tipo de Estado, es decir, a un tipo de organización o realidad política; como a una teoría acerca de este tipo de Estado (es decir, un discurso con pretensiones descriptivas y explicativas); o a una ideología, es decir, un discurso justificativo y valorativo (positivo) de esa forma política. Todo esto muestra que el término “neoconstitucionalismo” puede hacer alusión a distintos aspectos de lo que sería una nueva cultura jurídica<sup>85</sup>.

Entonces, el primer sentido se refiere a una realidad, a un hecho; el segundo, a una teoría (objetiva) sobre ese hecho; y el tercero, a la justificación (positiva) de la existencia de ese hecho. Como se acaba de decir, mientras el primer sentido tiene que ver con una realidad, los dos siguientes son discursos<sup>86</sup>; pero, mientras el primer discurso se supone que es objetivo, descriptivo y valorativamente neutral (no se pronuncia por la conveniencia o no de ese hecho), el segundo no es descriptivo sino prescriptivo, y valorativamente lo juzga como positivo o conveniente, y pretende su defensa.

---

<sup>84</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, pp. 109-110.

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 109.

<sup>86</sup> Entendemos aquí discurso en su sentido más común, es decir, como cualquier conjunto de enunciados con que se expresa, de forma escrita u oral, un pensamiento, razonamiento, sentimiento, deseo; o se describe, analiza, defiende, valora o justifica algo, a través del lenguaje.

Cabe aquí precisar que la distinción hecha por Pietro Sanchís es una adaptación del esquema propuesto por Paolo Comanducci para diferenciar los distintos sentidos de neoconstitucionalismo. No obstante, la principal diferencia entre la propuesta de Prieto Sanchís y la de Comanducci es que esta última solo reconoce dos sentidos distintos de neoconstitucionalismo:

[Constitucionalismo y neoconstitucionalismo] Designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designan en cambio algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales<sup>87</sup>.

Como se puede notar, en el esquema de Comanducci, solo se hace una distinción entre, por un lado, lo que es el hecho político o situación (la existencia de un tipo de estado de derecho particular), que ha venido a llamarse *neoconstitucionalismo*; y de otro lado, los discursos contruidos a propósito o a partir de esa (nueva) realidad política, y que también se han denominado *neoconstitucionalismo*. Más o menos en la misma línea está Miguel Carbonell, quien señala que, cuando se habla de neoconstitucionalismo

“(…) se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte (...) a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, con el término “neoconstitucionalismo” se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que ha propugnado en

---

<sup>87</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Isonomía : revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 16, abril de 2002, p. 89.

el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos<sup>88</sup>.

Pues bien, como se ve, Comanducci pone en un solo grupo todo discurso “neoconstitucionalista”, frente a la “realidad neoconstitucional”, sin distinguir si ese discurso es teórico o justificativo (como sí lo hace Prieto Sanchís). El esquema de Comanducci puede parecer menos exhaustivo que el de Prieto Sanchís (que propone más distinciones); sin embargo, una ventaja que nos parece tiene la propuesta del profesor italiano, es que, al considerar en una sola categoría lo teórico y lo justificativo, frente a lo fáctico, se deja claro que la expresión “neoconstitucionalismo” se mueve en dos dimensiones: la de los hechos y la del discurso.

Lo que se ha dicho hasta aquí sirve para dejar claro que el término “neoconstitucionalismo” está muy lejos de ser unívoco. Por ello, algunos han estimado que es justificado hablar en plural, de *neoconstitucionalismos*, dando a entender que no existe uno, sino varios neoconstitucionalismos<sup>89</sup>. Ahora bien, el neoconstitucionalismo como modelo de Estado constitucional corresponde con el tipo de Estado que en el punto anterior ha sido denominado como Estado constitucional de derecho. Siendo esto así, en este apartado nos centraremos en explicar los sentidos teórico e ideológico (o justificativo) del término neoconstitucionalismo.

Desde un punto de vista discursivo, sin embargo, es posible diferenciar hasta tres sentidos de neoconstitucionalismo. Esta tripartición es análoga a la distinción que hace Bobbio entre tres

---

<sup>88</sup> CARBONELL, Miguel “Nuevos tiempos para el Constitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, segunda edición, 2005, pp. 9-10. Nótese que, si bien Carbonell solo habla de “teoría del Derecho”, indirectamente también hace referencia a la dimensión ideológica y justificativa que puede manifestarse en un discurso “neoconstitucionalista”.

<sup>89</sup> Ibid, p. 9.

acepciones de la expresión “positivismo jurídico”. Como se sabe, Bobbio<sup>90</sup> planteó que la expresión “positivismo jurídico” podía tener hasta tres sentidos, ya sea que se tome esta como teoría, como ideología o como método. Así, podían reconocerse hasta tres “tipos” de positivismo jurídico: el positivismo jurídico teórico, el positivismo jurídico ideológico y el positivismo jurídico metodológico. El primero de ellos supone una concepción del derecho, y por lo tanto, implica un conjunto de aseveraciones sobre la descripción, interpretación, generalización y unificación de un grupo de fenómenos de la realidad; el segundo, una ideología acerca de la justicia, y consiste en una toma de posición con respecto a una realidad (jurídica) dada, a partir de unos determinados valores, y expresando unos ciertos juicios acerca de esa realidad; mientras que el tercero supone un modo de acercarse o modelo de estudio del derecho, y lo que trata es de delimitar el objeto de investigación (de la ciencia del derecho)<sup>91</sup>. En pocas palabras, plantea Bobbio que el positivismo jurídico *metodológico*, es el que afirma que el objeto de estudio de la ciencia jurídica es el derecho vigente, no preocupándose del “derecho ideal”, “supra positivo” o “natural”<sup>92</sup>; el positivismo metodológico, establece –en ese sentido- que es siempre posible identificar y describir el derecho “como es”, y distinguirlo del derecho “como debería ser” (derecho ideal). El positivismo jurídico *teórico*, por otro lado, es la concepción según la cual el derecho vigente no es más que el conjunto de normas que son formuladas y aplicadas por el Estado<sup>93</sup>. Finalmente, el positivismo jurídico *ideológico* es el que asume que el derecho, por el solo hecho de serlo, tiene intrínsecamente un valor positivo;

---

<sup>90</sup> Véase: BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1997.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 40

<sup>92</sup> Véase: BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 41-43.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 43.

de aquí que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas; su obediencia es un deber moral<sup>94</sup>.

Pues bien, sobre la base de este esquema de Bobbio se pueden definir –análogamente– los distintos sentidos que puede tener el término “neoconstitucionalismo”, como teoría, como ideología o como metodología. Para efectos de este acápite nos interesa principalmente el sentido del neoconstitucionalismo como teoría y como ideología, sin embargo, cabe explicar brevemente qué se entiende por neoconstitucionalismo metodológico.

Primeramente, hay que decir que este se presenta como una toma de posición metodológica, la cual está presupuesta especialmente –aunque no exclusivamente– en el neoconstitucionalismo ideológico<sup>95</sup>. Cuando se está hablando aquí de “metodología” se está entendiendo como una forma de estudio o método de identificación de un objeto de estudio (en este caso, el derecho). Claramente, entonces, el neoconstitucionalismo metodológico aparece como la contraparte (neoconstitucionalista) del positivismo metodológico. Ahora bien, una consecuencia de la tesis principal del positivismo metodológico es la necesaria aceptación de la separación conceptual entre derecho y moral; es decir, que no es necesario, para identificar al derecho o para conceptualizarlo, recurrir a elementos morales:

La identificación de un conjunto de normas como jurídicas, esto es, como constituyendo un “derecho” o formando parte del “derecho”, no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos. Se puede dar respuesta a la pregunta “¿Qué es el derecho?” sin necesidad de apelar a propiedades valorativas (sean estas morales o de otro

---

<sup>94</sup> Ibid., pp. 46-47.

<sup>95</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 101.



tipo). En otras palabras, no existe relación conceptual entre derecho y moral (lo que no implica negar la existencia de otro tipo de relaciones entre ellos)<sup>96</sup>.

Pues bien, en contrapartida, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene, en cambio, la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral (por lo menos en los contextos de Estados constitucionales, donde los derechos fundamentales y los principios constitucionales actuarían como puente entre el derecho y la moral)<sup>97</sup>.

Como explica Sergio Estrada Vélez<sup>98</sup>, el neoconstitucionalismo metodológico busca la fijación del objeto del derecho (que luego será estudiado teóricamente); no se preocupa, por tanto, de defender algún valor (relacionado con el neoconstitucionalismo); intenta responder a la pregunta sobre qué es el derecho. Asume que la Constitución, para su estudio cabal, debe ser aceptada como norma de normas, y todos sus elementos integrantes son igualmente normas jurídicas. Además, para el reconocimiento del estatus jurídico de las normas constitucionales, el neoconstitucionalismo metodológico afirma que es necesario atender no solo a su consagración en los textos constitucionales, sino –sobre todo– a su condición de derechos inherentes a la persona, por lo que se redefine la idea de validez, la cual va más allá de lo formal para incorporar la dimensión material, “entendida como la correspondencia de una norma jurídica con los elementos axiológicos-deontológicos establecidos en la Constitución”<sup>99</sup>. Por otro lado, el neoconstitucionalismo metodológico debe servir para reconocer que en la Constitución se pueden distinguir elementos jurídicos, como también políticos y morales; en otras palabras, “que no todo lo que está en la Constitución es una

---

<sup>96</sup> BONORIO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 23.

<sup>97</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>98</sup> ESTRADA VÉLEZ, Sergio. “Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo”. En: BOTERO BERNAL, Andrés (coordinador académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012, pp. 544 y ss.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 545.

norma jurídica, ni todo lo que es Constitucional está en el texto de la Constitución”, lo que implica “distinguir los elementos jurídicos de los no jurídicos dentro del sistema de normas constitucionales”<sup>100</sup>

## 2.2. *El neoconstitucionalismo teórico.*

Por neoconstitucionalismo teórico, o neoconstitucionalismo como teoría, se entiende aquella teoría del Derecho apta para explicar las características del modelo institucional de aquella forma de organización política conocida como Estado constitucional de derecho<sup>101</sup>. Como teoría, parte del objeto de estudio determinado por el neoconstitucionalismo metodológico, y busca describir los logros del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos democráticos actuales. Pretende, en ese sentido, dar cuenta de las transformaciones tanto teóricas (como la positivización de contenidos morales) como metodológicas (relativas a la interpretación y aplicación del derecho) que ha sufrido el derecho con la aparición del constitucionalismo<sup>102</sup>

Así pues, con el rótulo de “neoconstitucionalismo” (teórico) se intenta “describir el funcionamiento del sistema jurídico luego de las transformaciones provocadas por la Constitucionalización del Derecho”<sup>103</sup>; es decir, el proceso “que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes

---

<sup>100</sup> Ibid, p. 547.

<sup>101</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>102</sup> ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.*, p. 543.

<sup>103</sup> NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”. En: *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, número 2, 2012, p. 516.

del despliegue integral del proceso [de constitucionalización] mismo”<sup>104</sup>. En otras palabras, lo que ocurre es que, “dado que la teoría del Derecho pretende explicar o describir los rasgos caracterizadores y el modo de funcionamiento de los sistemas jurídicos, el cambio operado en estos últimos merced al constitucionalismo, reclama nuevos planteamientos teóricos”<sup>105</sup>. Este cambio del que se habla, supone la aparición de un nuevo tipo de modelo de sistema jurídico, el cual se caracteriza por la existencia de una constitución “invasora”, la positivización de los derechos fundamentales, la omnipresencia de principios y reglas en la constitución, así como una serie de nuevas particularidades relativas a la interpretación y aplicación de la ley<sup>106</sup>.

Ahora bien, como acertadamente han señalado algunos, tiene que quedar claro que “[n]o es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de este ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas”<sup>107</sup>. Es decir, el Estado constitucional de derecho (que ha sido explicado en el acápite anterior de este capítulo) ha supuesto un cambio radical en cuanto al modelo político, si se compara con el Estado legislativo; tal cambio, en la medida que ha sido tan profundo y sustancial, reclama una nueva teoría del Derecho que sea capaz de dar cuenta adecuadamente de esa nueva realidad político-jurídica que es el Estado constitucional de derecho. Esta nueva explicación teórica, en buena medida, supone alejarse de los esquemas del llamado positivismo teórico (que, se entiende, era más adecuado para explicar la realidad del Estado legislativo, pero que se muestra insuficiente para describir la realidad del Estado constitucional, sobre todo, a partir de

---

<sup>104</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>105</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>106</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>107</sup> NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 515-516.

la constatación de la “crisis de la ley”, es decir, desde el momento en que “la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época”<sup>108</sup>). Así pues, el neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, resultaría revelando algo realmente interesante: “la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquéllos”<sup>109</sup>. Por lo tanto, el neoconstitucionalismo, como teoría, se presenta como una alternativa al positivismo teórico tradicional, en la medida que las transformaciones sufridas por el objeto de investigación (los sistemas jurídicos), específicamente en los aspectos del estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, hacen que el iuspositivismo teórico no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos actuales<sup>110</sup>.

Históricamente, el neoconstitucionalismo como teoría constitucional, se va desarrollando tras la Segunda Guerra Mundial, tras la dación de las Constituciones italiana (1947) y alemana (1949), portuguesa (1976) y española (1978), y en Iberoamérica, la brasilera de 1988 o la colombiana de 1991, entre otras; todas caracterizadas por la inclusión en ellas de un conjunto de elementos materiales, con lo cual dejaban de ser solo instrumentos para la organización del poder o para el establecimiento de competencias, pasando a convertirse –además- en vías para la concreción de una serie de fines sustantivos<sup>111</sup>. De forma tal que –actualmente, en las realidades de los Estados constitucionales-, “la constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad,

---

<sup>108</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>109</sup> NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 516.

<sup>110</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>111</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?”. En: *Ius et Veritas*, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 18, número 36, 2008, p. 328.

libertad, igualdad, Estado de derecho, democracia y Estado social; la constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico”<sup>112</sup>. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho, tiene como objetivo explicar el conjunto de

(...) textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos<sup>113</sup>.

Por eso, una buena forma de entender al neoconstitucionalismo en este sentido, es como una

(...) *teoría del derecho* que atenta a los cambios normativos que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos (...) trata de dar cuenta de ellos adecuadamente y postula la necesidad de una ciencia jurídica *normativa*, una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido *valorar* dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución (...) <sup>114</sup>.

Por todo esto, es cierta la afirmación de que el neoconstitucionalismo teórico tiene como uno de sus principales temas de análisis la estructura y el papel que los documentos constitucionales asumen en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Ahora bien, este análisis se puede dar desde dos perspectivas: una, adoptando un “modelo descriptivo de la constitución como

---

<sup>112</sup> FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo*. Madrid: Hispania Libros, 2007, p. 83.

<sup>113</sup> CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para una definición”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, tomo 88, junio de 2008, p.16

<sup>114</sup> MORESO, José Juan. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 19, octubre 2003, p. 268

norma”; o, si no, adoptando un “modelo axiológico de la constitución como norma”<sup>115</sup>. En el primer caso, con la palabra “constitución” se designa a “un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por lo tanto, fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)”<sup>116</sup>. En el segundo caso, la constitución tiene todos los rasgos antes mencionados, pero, además, cumple con la condición de que tiene determinados contenidos a los que se les atribuye un valor especial; de modo que –bajo este modelo- la constitución tiene un valor intrínseco, es un valor en sí misma<sup>117</sup>.

Pues bien, según nos dice Prieto Sanchís, esta nueva teoría del derecho (neoconstitucionalismo como teoría) que busca dar cuenta de la realidad del Estado constitucional, tendría cinco características definitorias:

(...) más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas<sup>118</sup>.

De lo antes expuesto se puede concluir que el neoconstitucionalismo teórico puede considerarse como una teoría del derecho

(...) especialmente atenta a los rasgos que caracterizan la evolución de muchos de los ordenamientos jurídicos de las democracias contemporáneas: existencia de una Constitución rígida, institucionalización del control jurisdiccional de la

---

<sup>115</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>116</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>117</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>118</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 121.

constitucionalidad de las leyes, la consideración del texto constitucional no sólo como un texto programático sino como un texto con fuerza vinculante (esto es, con capacidad de generar efectos jurídicos), y que conllevan un análisis más detallado de las peculiaridades de la interpretación constitucional<sup>119</sup>.

Podemos explicar, cada uno de los cinco rasgos de manera más amplia.

1.- Omnipresencia de la Constitución.- Si se tuviese que señalar el rasgo central del neoconstitucionalismo (y que se refleja en el modelo político del Estado constitucional), este sería la supremacía de la Constitución y su concepción como garantía frente al poder a partir del catálogo de derechos fundamentales que consagra y los mecanismo que contiene para defenderlos<sup>120</sup>. Ahora bien, se ha mencionado anteriormente que las constituciones (ya sea que estén contenidas en documentos constitucionales escritos o ya sea que sean constituciones consuetudinarias) actualmente ofrecen un denso contenido material, el cual está compuesto de valores, principios, derechos, directrices políticas, etc.<sup>121</sup>. Así pues, las constituciones de los actuales ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales democráticos, no se limitan a ser meros documentos que establecen reglas adjetivas o formales. Al mismo tiempo, sus disposiciones tienen una fuerza normativa real, por sí mismas, es decir, que no necesitan de la mediación de la ley para hacerse efectivas<sup>122</sup>: “todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio”<sup>123</sup>. Al ser la Constitución centro del orden jurídico, entonces se establece como norma jurídica vinculante, y no solo como simple programa futuro o instrucción para el Ejecutivo; de directriz teórica, pasa a ser orden

---

<sup>119</sup> MORESO, José Juan. *Op. cit.*, p. 271.

<sup>120</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 224-225.

<sup>121</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>122</sup> *Cf.* GUASTINI, Riccardo. “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, segunda edición, 2005, pp. 55-56.

<sup>123</sup> CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para una definición”, p. 21.

imperativa válida para todo el Estado, y aún fuente de derechos y deberes para los particulares; “todas y cada una de las estructuras que la integran, esto es, preámbulo, dogma y organización, tienen significación, obligan”<sup>124</sup>. Pero, ciertamente, para que sea efectivamente una norma, será necesario que se reconozca a la Constitución su capacidad de aplicación directa, sin necesidad de “peaje legal”, o sea, sin necesidad de su “tránsito por el parlamento para la concreción legal”<sup>125</sup>.

Todo esto ha producido que, en los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados, sea difícil encontrar algún problema jurídico que tenga alguna relevancia, que no tenga alguna orientación en el texto constitucional<sup>126</sup>; es decir, la constitución, en los sistemas constitucionalizados, siempre “dice algo” en relación a los problemas jurídicos que tienen alguna importancia. Se trata de un fenómeno que ha sido acertadamente descrito por Riccardo Guastini como la aparición de constituciones “invasoras” o “entrometidas”, o también llamado proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” (que, junto con la transformación de la Constitución en norma directamente aplicable, es uno de los caracteres propios y distintivos del neoconstitucionalismo<sup>127</sup>): “Con la noción de constitucionalización se da a entender la irradiación de la Constitución, y particularmente de los derechos fundamentales, a todo el sistema jurídico, lo cual conlleva la transformación desde y hacia las instituciones centrales del Estado”<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> RICO PUERTA, Luis Alfonso. *Op. Cit.*, p. 588.

<sup>125</sup> *Ibid*, loc cit.

<sup>126</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Op. cit.*, pp. 121-122.

<sup>127</sup> GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Op cit.*, pp. 219-220.

<sup>128</sup> *Ibid*, p. 219.



Esto quiere decir que, en los ordenamientos constitucionalizados, la constitución es “capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”<sup>129</sup>. Así pues, los ordenamientos jurídicos constitucionalizados resultan totalmente “impregnados” por las normas constitucionales, de manera que “la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos”<sup>130</sup>. Se trata así de un proceso “dirigido a tornar la Constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar sea a la legislación, a la jurisprudencia y a los actores políticos. La Constitución, en suma, asume la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de [solo] preservar el máximo de legalidad”<sup>131</sup>. Es así que en este contexto el *legicentismo* (característico del Estado legislativo) se enfrenta y es reemplazado por el *constitucionalismo invasivo* (propio del Estado constitucional).

Ahora bien, que la Constitución sea “invasiva”, es decir, que su interpretación y puesta en vigencia por el juez constitucional permee toda la vida social, tanto pública como privada, no es más que la consecuencia de la centralidad que los derechos fundamentales adquiere en el marco del Estado de derecho; porque, en este contexto, toda operación jurídica, tanto pública como privada, queda sometida a los derechos humanos, de forma tal que, tanto lo público como lo privado, se determinan desde esta perspectiva<sup>132</sup>; y en la medida que estos derechos fundamentales se encuentran reconocidos en los textos constitucionales, entonces estos –por

---

<sup>129</sup> CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. “¿Qué es la constitucionalización del Derecho?”. En: *Quid Iuris*. Chihuahua: Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, número 15, 2011, p. 34. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cont/cnt3.pdf>

<sup>130</sup> CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para una definición”, p. 21.

<sup>131</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, *op cit.*, p. 69.

<sup>132</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. *Op. Cit.*, p. 587.

contenerlos- no pueden si no normar todos los aspectos de la vida social. Específicamente, el hecho de que la Constitución tenga también efecto sobre los entes privados, y que supone la vigencia de los derechos fundamentales sobre los particulares, ha sido denominada como “eficacia horizontal” o “vigencia horizontal” (de la Constitución o de los derechos fundamentales)<sup>133</sup>. Al respecto, cabe mencionar que el trascendental fallo que inició, a nivel jurisprudencial, esta doctrina de la “eficacia horizontal” o entre particulares, se dio en Alemania, y fue el emitido en el conocido *caso Lüth*<sup>134</sup>. Hasta antes de ese momento, era claro que el único sujeto obligado por los derechos fundamentales era el Estado, de forma que la vinculación de los derechos constitucionales solo comprendía a los poderes estatales, y consecuentemente, solo los poderes públicos podían ser imputados como vulneradores de esos

---

<sup>133</sup> Al respecto puede consultarse: BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito (y) FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos. 2004, pp.189-195; ESTRADA, Alexei Julio. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Troyya, 2007, pp. 121-157; también: ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 22, enero-junio de 2010. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>>

<sup>134</sup> En el año de 1950, el realizador Veit Harlan estreno la película *Unsterbliche Geliebte* (Amada Inmortal). Erich Lüth, presidente del club de prensa de Hamburgo, hizo un llamado a boicotear la película de Harlan, basándose en la actividad que el director había realizado durante el régimen nazi, y especialmente por ser el responsable de *Jud Süß* (El judío Süß), la principal película de propaganda antisemita durante el Tercer Reich. El asunto llegó hasta el Tribunal Regional de Hamburgo, que ordenó a Lüth a que cesase de boicotear la película de Harlan, ya que su llamado a boicot infringía un daño intencional a otra persona en una forma que faltaba a las buenas costumbres, algo prohibido por el párrafo 826 del Código Civil. Contra esta sentencia Lüth interpuso un recurso de amparo. Al resolver el caso, el Tribunal Constitucional alemán consideró que el boicot de Lüth estaba dentro del derecho a la libertad de expresión, consagrada en la Ley Fundamental, y que, ponderado frente a la afectación a las buenas costumbres, se debía dar prioridad al primero. En suma, el Constitucional le dio la razón a Lüth. Uno de los aspectos sobresalientes de este caso (y que es el que más nos interesa aquí) es que el Constitucional aceptó la demanda, y por lo tanto, la consideró como una cuestión en la que estaban en juego derechos constitucionales, específicamente, que involucraba la afectación de derechos fundamentales, a pesar de que se trataba de una disputa entre dos particulares. Por ello, a partir del *fallo Lüth* (y en adelante en la jurisprudencia del Constitucional alemán) quedó claro que “la garantía jurídico-constitucional de los derechos individuales no se agota en una garantía de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado” y que “los derechos fundamentales no solamente tienen aplicación a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino, mucho más aún, «a todos los ámbitos del derecho» (...) Estos derechos gozan así de ubicuidad”. ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, pp. 108 y 109.

derechos constitucionales. A partir del fallo *Lüth*, en cambio, el Tribunal Constitucional alemán definió, de ahí en adelante, que los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva, es decir, establecen un orden axiológico objetivo que vale para todo ámbito del derecho, y por lo tanto, tienen también eficacia entre particulares, en otras palabras, consagró el efecto irradiación de los derechos fundamentales sobre la totalidad del ordenamiento jurídico<sup>135</sup>.

Este fenómeno también se explica como el efecto “impregnación”, “irradiación” o “irradiador” de las normas constitucionales (especialmente de los derechos fundamentales, aunque no solamente de ellos) sobre las leyes y todas las normas del sistema jurídico. Este efecto de “irradiación” “(...) supone que las normas especiales de cada área del ordenamiento deben ser acordes a los valores, principios, directrices y demás normas de la Constitución. De este modo, cualquier caso (civil, penal, laboral, etcétera), puede derivar en una discusión de tipo constitucional (...)”<sup>136</sup>. Siguiendo a Alexy<sup>137</sup>, se puede, entonces, afirmar que “la tesis del efecto irradiación implica que la Constitución irradia sus valores objetivos de justicia al ámbito público y privado, lo que permite al juez apreciar el conflicto jurídico bajo la

<sup>135</sup> Sobre el caso *Lüth* y sus consecuencias sobre la doctrina y jurisprudencia constitucional, así como lo relativo a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, puede consultarse: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 516 y ss.; ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, específicamente: pp. 106-109; ESTRADA, Alexei Julio. “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, específicamente: pp 123 y ss, 131 y ss.; HESSE, Konrad. “Etapas de desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Escuela de Graduados. Maestría en Derecho Constitucional, año 5, número 5, específicamente pp. 29 y ss.; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, pp. 485 y ss; HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 110 y ss.

<sup>136</sup> MARCIANI BURGOS, Betzabé. “¿Deben los abogados ser filósofos?”. En: *Ius 360°*. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 20 de setiembre de 2014. Disponible en:

<http://www.ius360.com/columnas/betzabe-marciani-burgos/deben-los-abogados-ser-filosofos/>

<sup>137</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit.

luz de la Constitución como orden valorativo objetivo de todo el ordenamiento jurídico”<sup>138</sup>. Esto trae como consecuencia de que, de alguna forma “todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos”<sup>139</sup>. De forma que es desde la Constitución desde donde se teje la red de relaciones sociales, jurídicas y políticas de la sociedad, y ya no desde la ley, debido a que ningún segmento de la vida colectiva puede estar al margen de los postulados superiores<sup>140</sup> que están contenidos en los textos constitucionales. Este fenómeno por el cual no quedan espacios vacíos del derecho constitucional se entiende como una consecuencia de la “sobreinterpretación” de la Constitución que se lleva a cabo en los ordenamientos constitucionales, y que implica que la Constitución no solo sirve para explicar (“interpretar”) lo propiamente constitucional, sino que “toda decisión legislativa [de cualquier ámbito del derecho] es pre-disciplinada (...) por una u otra norma constitucional [de manera que] no existe ley que pueda escapar del control de legitimidad constitucional (...) no existe espacio para alguna discrecionalidad legislativa”<sup>141</sup>.

Ahora bien, si alguna dificultad se puede señalar de esta nueva condición generada por una constitución “invasiva”, o que “irradia” su fuerza normativa a todo el sistema jurídico, es que, en la medida que la constitución contiene una serie de valores y principios (libertad, igualdad, seguridad jurídica, propiedad privada, honor, etc.), muchos de los cuales llegan en la práctica a colisionar, entonces, se llega a originar no solo una, sino diversas orientaciones normativas a

---

<sup>138</sup> MOGROVEJO JARAMILLO, Diego. *La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011, p. 27.

<sup>139</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>140</sup> RICO PUERTA, Luis Alonso. *Op. Cit.*, p. 587.

<sup>141</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, op cit.*, p. 72.

partir del texto constitucional; y esto, sobre la base de que “detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o contradice”<sup>142</sup>. Obviamente, el que “detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional”, no es sino una manifestación y efecto de la, aquí examinada, omnipresencia de la constitución.

2.- Omnipotencia judicial.- En opinión de Susanna Pozzolo, es especialmente el papel que los jueces adquieren en el Estado constitucional lo que distingue a este modelo jurídico-político del llamado Estado legislativo<sup>143</sup>.

La omnipotencia judicial en los sistemas jurídicos constitucionalizados, es una consecuencia del hecho de que la constitución, en estos sistemas, no solo es una norma plena, sino – específicamente- una norma que está presente en todo tipo de conflictos jurídicos relevantes. Como ya se ha dicho antes, la constitución –en los ordenamientos actuales- “invade” todos los ámbitos legalmente regulados; en ese sentido, “la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución”<sup>144</sup>. Y de entre los diversos órganos con atribuciones judiciales, al que se le ha encargado en primer lugar la labor de vigilar y promover esa “constitucionalización” del ordenamiento es a las Cortes o Tribunales Constitucionales<sup>145</sup> (o a los órganos que funcionen con ellos)<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>143</sup> “Lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama «Estado de derecho» es precisamente el papel del juez. En ese contexto el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de proceso de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporánea”. POZZOLO, Susanna. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucional de la Constitución”. *op. cit.*, p. 182.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>145</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, op cit.*, p. 66.

<sup>146</sup> Un caso a destacar en el contexto sudamericano es el colombiano, donde, precisamente, gracias a la labor de la jurisdicción constitucional es que principalmente se ha llevado a cabo la implementación de la

Ahora bien, “en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía”<sup>147</sup>. En otras palabras, como la constitución –en los sistemas constitucionalizados- alcanza a todos los ámbitos del sistema jurídico, y como es a los jueces a quienes se les encarga la garantía del cumplimiento de las disposiciones constitucionales, entonces, los jueces ven su ámbito de acción ampliado a todas las esferas del sistema jurídico, pudiendo, por tanto, pronunciarse –desde una perspectiva constitucional- sobre potencialmente todos los temas jurídicos que tengan alguna relevancia, sea cual sea el ámbito del derecho al que pertenezcan esos temas (es decir, ya sea derecho civil, penal, laboral, tributario, administrativo, etc.; no limitándose, por tanto, solo al ámbito estrictamente constitucional). Ahora bien, si la judicatura adquiere tal potestad y tal capacidad de acción, tanto en lo relativo a los temas en los que se puede pronunciar, como a los campos del derecho en los que puede actuar; entonces, es claro que esto conlleva una disminución en el poder de decisión, resolución y autonomía del Legislativo; en cambio, el Judicial se acerca mucho a poseer una “omnipotencia” resolutive y funcional. Así pues, ocurre que, cada vez, la primacía del legislador “se torna más formal y desprovista de significado”; sobre todo si se toma en cuenta el lugar central que adquieren los jueces constitucionales al interpretar la constitución y los

---

“constitucionalización” del ordenamiento: “La Constitución insertó en la realidad jurídico-constitucional colombiana un amplio catálogo de derechos, pero fue la jurisprudencia constitucional la que permitió que entrara en vigor. Es solo a partir de la labor comprometida de la Corte [Constitucional] con el catálogo de derechos como las provisiones contenidas en ellos se convierten en verdaderas garantías. La histórica concepción de una Constitución como un mero texto de referencia o principio (...) ha trascendido en Colombia y muchos países de la región hacia una concepción donde los tribunales constitucionales pueden, y deben, crear y desarrollar el derecho, labor que han desempeñado mediante una novedosa y creativa jurisprudencia”. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, *op cit*, p. 225.

<sup>147</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit*, p. 123.

derechos fundamentales; es más, se puede llegar a afirmar que, en el contexto neoconstitucional, los jueces llegan a ser partícipes activos en la creación del derecho<sup>148</sup>.

Ahora bien, finalmente habría que agregar que la acción de la judicatura sobre el sistema jurídico no se hace –o no se debe hacer- de cualquier forma, sino que debe someterse a algunos parámetros. Así, el juez, cuando en un caso concreto se encuentra entre dos posibles interpretaciones de una ley, siempre debe optar por la interpretación que sea más adecuada para cumplir de la mejor manera (o de manera más completa) algún mandato constitucional; consecuentemente, si existen dos interpretaciones de una ley, una que vulnera la constitución y otra que no la vulnera, el juez está obligado a escoger aquella que no vulnera el texto constitucional. A esto es a lo que se ha venido a llamar “interpretación conforme de las leyes”<sup>149</sup>. Con todo, también es necesario precisar que a este papel tan activo de los jueces (sobre todo constitucionales) se han dirigido no pocas críticas (aun teniendo en cuenta los parámetros de acción mencionados en este párrafo). Así pues, se ha acusado que los jueces (constitucionales) al actuar de esta manera (es decir, al poder “convertir” cualquier asunto en un tema constitucional, y por lo tanto, decidir sobre él), se están convirtiendo en una “superintendencia de revisión”, lo que lleva a que se desnaturalicen instituciones como, por ejemplo, el amparo, lo que implica “la quiebra de la seguridad jurídica de los fallos judiciales”<sup>150</sup>; por otro lado, debido al hecho de que, en el neoconstitucionalismo, “apenas quedan cuestiones de «derecho ordinario» e independientes de la Constitución”, lleva a que

---

<sup>148</sup> ESTRADA, Alexei Julio. “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. *Op cit.*, p. 151.

<sup>149</sup> CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para una definición”, pp. 21-22.

<sup>150</sup> ESTRADA, Alexei Julio. *Op. Cit.*, p. 152.

sea sumamente difícil “demarcar los ámbitos cognoscitivos de las jurisdicción constitucional y de la ordinaria”<sup>151</sup>.

3.- Coexistencia de una constelación plural de valores.- El neoconstitucionalismo supone un pacto que se alcanza a través de la reunión de postulados diversos y, a veces, hasta contradictorios. No se logra, por tanto, sobre la base de unos pocos principios comunes y coherentes entre sí; es más, las disposiciones constitucionales (sobre todo de principios y derechos) de manera general, se corresponden con valores que son diferentes y están en tensión<sup>152</sup>.

Esta pluralidad de valores y principios lleva a que no haya norma constitucional sustantiva “que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria”<sup>153</sup>. Así, por ejemplo, frente a la norma constitucional que defiende el derecho al honor se puede (en determinados casos específicos y bajo ciertas circunstancias) oponer la norma que garantiza la libertad de expresión; la norma que garantiza la libertad de asociación puede colisionar con la norma que contiene el derecho a la no discriminación; el derecho de propiedad y la libertad de empresa se puede enfrentar al derecho a un medio ambiente saludable; etc.

4.- Más principios que reglas.- El hecho de que las constituciones modernas contengan valores y principios heterogéneos que, en la práctica, pueden llegar a colisionar al darse ciertos casos específicos, puede llevar a pensar que estas constituciones son internamente contradictorias;

---

<sup>151</sup> Ibid, p. 153.

<sup>152</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, pp. 123 y 125.

<sup>153</sup> Ibid., p. 124.



pero, esto no es así. Las constituciones serían documentos contradictorios y antinómicos, si las normas constitucionales que contienen esos valores funcionasen como reglas; pero, ellas más bien funcionan como principios, y estos –además- predominan sobre las reglas<sup>154</sup>.

Aunque más adelante, en un apartado específico, se desarrollará la diferencia entre principios y reglas, por el momento vale aquí hacer una sucinta explicación. De manera general, se pueden concebir los principios jurídicos como aquellas normas que ofrecen razones para resolver en un determinado sentido, mas no de manera definitiva, sino solamente con un carácter *prima facie* (es decir, mientras no se le oponga una razón mayor o una excepción). No definen, por tanto, un curso que lleva a una aplicación “todo o nada”, sino, más bien, uno en el cual lo que se pretende es la más plena aplicación posible del principio. Es por ello que se dice que funcionan como “mandatos de optimización”, o sea, se “limitan” a ordenar que algo se realice en la mayor medida posible (tal cual sostiene Alexy<sup>155</sup>). Por lo mismo, en el caso de conflicto entre principios, la solución no será el desplazamiento o la exclusión de uno de ellos, sino solo la derrota, para el caso concreto, del tal o cual principio; lo cual no implica que, si en otro caso se enfrentasen esos mismos principios, la solución vaya a volver a ser a favor del principio que predominó en el caso precedente (cosa que sí ocurre para el caso de las reglas). Aquí, en este segundo caso, todo dependerá de las circunstancias, las cuales determinarán la importancia o peso de cada uno de los principios en el caso concreto de que se trata, lo cual establecerá cuál de ellos habrá de prevalecer. Desde una perspectiva lógica, es usual definir a los principios como “condicionales derrotables”, es decir, normas con la estructura condicional (es decir, proposiciones en las cuales se establece que dado un antecedente debe

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 125.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op cit.

seguirse una consecuencia), pero con la característica de la *derrotabilidad*, es decir, no son concluyentes, sino derivan soluciones distintas ante la introducción de condiciones fácticas nuevas, no tomadas en cuenta inicialmente. La razón de esto sería en que los principios, como normas derrotables, estarían sujetas a excepciones implícitas.

En contraposición con los principios, las reglas serían normas que se caracterizan por ofrecer razones para la acción de aplicación concluyente (o, como se dice, “todo o nada”, que se aplican o no se aplican), y porque, en el caso de colisión con otras reglas, el conflicto se resuelve con el desplazamiento de una de las dos reglas antagónicas. Es propio de la oposición entre reglas, por tanto, que en cualquier caso, cualquiera sea la circunstancia, siempre que se enfrenten las mismas reglas, la solución en favor de una de ellas frente a la otra será la misma. Desde el punto lógico, es usual definir las reglas, diciendo que se comportan como “condicionales estrictos”, es decir, como normas con estructura condicional, en donde, dado una condición, en el caso de que esa condición se cumpla, se sigue, necesariamente, una consecuencia determinada, situación que no se ve alterada aun cuando se introduzcan nuevas condiciones al antecedente del condicional.

Las normas constitucionales con carga axiológica, como aquellas que expresan derechos fundamentales, ordinariamente operan como principios en casos de colisión o conflicto. De esta forma, se logra establecer una “jerarquía móvil” (en la acertada terminología de Guastini<sup>156</sup>) entre las diversas disposiciones constitucionales; y cuando hay casos que

---

<sup>156</sup> “Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso”. GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Lima: Tribunal Constitucional, año 2, número 8, agosto de 2007, p. 637.

enfrentan a una norma constitucional con otra (por ejemplo, libertad de expresión versus derecho al honor), el predominio específico para ese caso concreto de una de las normas frente a la otra, no invalida a la que resulta “vencida” en ese caso.

Con todo, como se ha dicho, más adelante se discutirá y analizarán estas definiciones de manera más detallada. Por lo pronto, sirva esto para dar un marco teórico sobre lo que se está tratando; y como pie para precisar que cuando se dice que en los contextos neoconstitucionales hay “más principios que reglas”, se está diciendo, no tanto que existes numéricamente más principios que reglas; sino que aquellos adquieren un papel más relevante y decisivo en la interpretación y resolución de casos de contenido constitucional.

5.- Más ponderación que subsunción.- El hecho de que en los contextos neoconstitucionales se dé una predominancia de los principios sobre las reglas, lleva a la pregunta de si esto implica una nueva teoría de la interpretación jurídica, más acorde con la naturaleza de los principios constitucionales. Esto, en la medida de que se entiende que la forma de interpretación que exigen los principios constitucionales es esencialmente diferente a la que se necesitan las reglas. Según indica Prieto Sanchís, “las Constituciones parecen presentar, en mayor medida que las leyes, un género de normas, que suelen llamarse principios y que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas”<sup>157</sup>. Esta nueva forma interpretativa, adecuada a los principios constitucionales, es la ponderación, la cual viene a ser una técnica sustancialmente distinta a la técnica de la subsunción, que es la que de manera general se usa con las reglas.

---

<sup>157</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. cit.*, p. 127.

Más adelante se explicará en qué consiste la ponderación y la subsunción como técnicas de interpretación/aplicación de las normas; no obstante, se puede ir adelantando brevemente algo aquí. La subsunción puede definirse como el método de resolución de conflictos normativos que involucran el enfrentamiento de reglas, el cual consiste en determinar si el caso en juicio se adecúa (se subsume) a una regla determinada, cosa que si se da, implica la aplicación de dicha regla a ese caso, desplazando cualquier otra regla que haya confluído a esa situación. Lo característico de este proceder es que, una vez establecida la prevalencia de una regla R1 frente a otra regla R2 en un caso C, cualquier otro caso similar en el cual se enfrenten R1 y R2 se ha de decidir a favor de R1, aun cuando se introduzca nueva información en C', a no ser que se incluyan excepciones establecidas explícitamente por el ordenamiento jurídico dentro del cual se resuelve el caso. La subsunción es el procedimiento típico sobre el cual se construye el conocido “silogismo judicial”, es decir, la estructura lógica que entiende el razonamiento judicial como un mero silogismo, en el cual, los casos se resuelven por deducción, teniendo a la norma como premisa mayor del razonamiento, al hecho o comportamiento como premisa menor, y siendo la conclusión la aplicación de la consecuencia prevista en la norma (o más precisamente, la formulación de una proposición normativa que consiste en el mandato de aplicación de la regla al caso).

En contraposición a la subsunción, usualmente se menciona a la ponderación. Esta se entiende como método de resolución de conflictos normativos que involucran, principalmente, la aplicación de principios jurídicos. En la ponderación la solución del caso se da estableciendo una prelación entre los principios, partir de la asignación de un “peso” determinado a cada uno de ellos. De esta forma, el principio al cual se le asigne el mayor peso será el que se aplicará

en el caso a discusión. Lo propio de la ponderación es que estos pesos asignados a cada uno de los principios en juego, valen solo para el caso particular, específico, que se está viendo, y no para otro caso futuro, lo cual implica que la ponderación determina una “jerarquía móvil” (en los términos de Guastini, como ya se ha mencionado) a los principios en juego. De allí también se deriva que la prelación establecida -y que lleva a que en el caso específico se prefiera un principio al otro- no implique que el principio prevaleciente anule al otro principio para los casos futuros. En otras palabras, que el principio P1 haya prevalecido frente al P2 en el caso C1, no implica que para el caso C2, en el cual se vuelven a enfrentar P1 y P2, P1 vuelva a ser el vencedor; para este caso C2 se necesitará una nueva ponderación entre P1 y P2 para ver cuál es el prevaleciente ahora, a la luz de las nuevas circunstancias del caso. Por lo demás, ha de quedar claro que el desplazamiento de un principio (por otro) en un caso específico, no implica la anulación, invalidez o derogación del principio desplazado; sino que este sigue siendo válido, sigue perteneciendo al sistema jurídico (no es expulsado del sistema; cosa que sí ocurre en el caso de conflicto entre reglas: cuando hay una colisión entre reglas en un caso concreto, la regla que no es aplicada resulta siendo invalidada *para todos los casos*, siendo expulsada del sistema jurídico). En el caso del desplazamiento de un principio, cuando esto se da, el principio simplemente es inaplicado (es decir, no surte efectos) para el caso específico; pero -y esto es lo que demuestra que sigue perteneciendo al sistema-, bien podría ser aplicado sin problemas (si es que en ese caso prevalece sobre el principio opuesto) posteriormente en un caso futuro.

### 2.3. *El neoconstitucionalismo ideológico.*

El neoconstitucionalismo teórico es una aproximación descriptiva a los logros del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos; es por ello, una teoría. En cambio, el neoconstitucionalismo ideológico valora positivamente ese proceso de constitucionalización, lo defiende y propugna su expansión (a otros ordenamientos que aún no se haya “constitucionalizados”; como al interior de los sistemas jurídicos ya constitucionalizados, para que abarque la mayor cantidad de ámbitos de la realidad jurídica). Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de defensa de los derechos fundamentales; y resalta la exigencia de que las actuaciones del Legislativo y el Judicial estén dirigidas a la materialización y tutela de los derechos fundamentales. Esto es lo que hace que sea una ideología<sup>158</sup>. Su aproximación no es descriptiva (a-valorativa) sino normativa, es decir, indica un deber ser, manda como supone deben ser las cosas, la realidad jurídica (que es que debe estar “constitucionalizada”). Más que a una teoría, sus criterios se acercan a los de una filosofía política, que considera más adecuados los criterios de justicia de los sistemas constitucionales por sobre aquellos de los sistemas que no lo son<sup>159</sup>.

El neoconstitucionalismo ideológico no se preocupa demasiado por la limitación del poder del Estado. Más bien, lo que le interesa principalmente es la defensa de los derechos fundamentales. Esto se debería al hecho de que, en los sistemas democráticos, el poder estatal

---

<sup>158</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, p. 100.

<sup>159</sup> MORESO, José Juan. *Op. cit.*, p. 272.

no causa tanto recelo, ya que este, en los contextos democráticos, se caracteriza por su apoyo al modelo del Estado constitucional<sup>160</sup>.

Otro de los postulados del neoconstitucionalismo como ideología sería la afirmación de la existencia de una vinculación necesaria entre derecho y moral. Esto llevaría a entender que, en los ordenamientos constitucionalizados, existe una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a ella. El neoconstitucionalismo ideológico, además, afirma la existencia de una esencial diferencia entre la labor interpretativa de la constitución y la interpretación de las leyes ordinarias; así como también se da una distinción entre la aplicación de la constitución y la aplicación de las leyes<sup>161</sup>.

Resume Estada Vélez lo que es el neoconstitucionalismo ideológico diciendo que este se dedica, “no a describir el derecho, sino a valorar los cambios del neoconstitucionalismo dentro de la teoría del derecho”; parte de la idea de que la Constitución pretende la defensa de aquellos valores consagrados en su texto; defiende el carácter jurídico de los valores que contiene la Constitución y afirma la existencia de una jerarquía entre los valores consagrados en la Constitución; plantea que así como la ley se obedece porque es ley, la Constitución debe ser obedecida porque es la Constitución; considera que las normas morales y políticas presentes en la Constitución son también normas jurídicas en virtud de su positivización; de esta forma, el neoconstitucionalismo ideológico se convierte en un medio de promoción de ciertos valores por el solo hecho de que estos están consagrados en la Constitución, y, en consecuencia, así como hay una obligación de obedecer a la Constitución por el hecho de ser

---

<sup>160</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, pp. 99-100

<sup>161</sup> Ibid, p. 100.

la Constitución, habrá una obligación de obedecer los valores presentes en la Constitución por el hecho de estar presentes en la Constitución<sup>162</sup>. Es decir, habría el riesgo de caer en una especie de “constitucionalismo ético”, o sea, “identificar la justicia con la Constitución”<sup>163</sup>.

Sin embargo, hay que precisar que esa obediencia al derecho que propugna el neoconstitucionalismo ideológico no es a “cualquier derecho” (al derecho independientemente de su contenido) sino solo a aquel derecho que tiene un determinado contenido: aquel que está conforme con la constitución. Esta (la constitución) a su vez no puede ser de cualquier tipo, sino que también debe tener un determinado contenido: debe estar formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales<sup>164</sup>. En ese sentido, “la justificación de la obediencia al derecho, no a cualquier derecho, es brindada por una moral que ‘nace’ fuera del derecho, y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un Estado constitucional, y democrático, de derecho”<sup>165</sup>. Es decir, para el neoconstitucionalismo ideológico solo las leyes dadas en un Estado constitucional y democrático de derecho pueden exigir justificadamente una obligación moral de ser obedecidas; ninguna ley dada en Estados que no cumplen con estos requisitos (ser de derecho, constitucionales y democráticos) no puede exigir obediencia absoluta como un deber moral. Esto muestra que, para el neoconstitucionalismo ideológico, ni para todas las leyes hay un deber moral de obediencia, ni el contenido del derecho es irrelevante a la hora de exigir ese deber de obediencia; por el contrario, el contenido es requisito necesario para que se

---

<sup>162</sup> ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.*, pp. 542-543.

<sup>163</sup> SASTRE ARIZA, Santiago. *Op. Cit.*, p. 255.

<sup>164</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Neoconstitucionalismo ideológico y Estado constitucional de derecho”. En: ORTEGA, Santiago (editor). *¿Existe el neoconstitucionalismo?: razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores, 2013, p.247.

<sup>165</sup> *Ibid*, pp. 247-248.



pueda hablar de la existencia de un deber moral de obediencia. Que solo esté justificado el deber de obediencia con respecto a las leyes dadas en un Estado constitucional y democrático de derecho, se debe a que –según este tipo de neoconstitucionalismo- solo en los Estados constitucionales y democráticos de derecho se da plena validez y efectividad a los derechos fundamentales, a la vez que en ellos se dan las condiciones necesarias para su garantía.

En suma, es una tesis central del neoconstitucionalismo ideológico que se debe obedecer al derecho por razones morales. A su vez (y en relación con lo anterior), esta postura ideológica sostiene que los valores morales que justifican la obediencia al derecho se identifican con los derechos fundamentales. Por otra parte, el concepto de derecho que maneja el neoconstitucionalismo ideológico está conformado por cualquier conjunto de normas que sean conformes a los derechos fundamentales<sup>166</sup>.

En fin, para concluir se puede afirmar que

(...) el constitucionalismo [neoconstitucionalismo] ideológico es más proclive a ejercer una defensa del carácter jurídico de los elementos morales (valores) consagrados en el texto de la Constitución, esto es, elevar a norma jurídica un valor aduciendo como razón suficiente su positivización; el metodológico no podrá negar la presencia de esos elementos morales, pero se preocupará por analizarlos o distinguirlos de los políticos (directrices) y los jurídicos (reglas y principios jurídicos); el constitucionalismo [neoconstitucionalismo] teórico se encargará de describir las transformaciones del derecho ante la presencia de una Constitución con un valor político, moral y jurídico. Resulta complejo intentar una comprensión del constitucionalismo [neoconstitucionalismo] sin abordar sus proyecciones en los tres ámbitos referidos<sup>167</sup>.

Mientras que por otro lado, se menciona como la principal dificultad que acarrea el modelo neoconstitucionalista

---

<sup>166</sup> Ibid, p. 248.

<sup>167</sup> ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.*, p. 549.

(...) es establecer los límites o articular un diseño que permita conjugar la labor jurisdiccional u la función del legislador. Así, en ocasiones se reivindica la importancia de la legitimidad democrática del legislador y de las pautas formales que fueron adquiridas con la conquista del Estado de Derecho (como la certeza, la igualdad formal y la separación de poderes), tratando de reducir el activismo judicial. En otras se pone de relieve que es preciso redefinir la democracia a partir de los requisitos que figuran en la Constitución (en un intento de pretender *reconciliar* la Constitución con el proceso democrático) y que los jueces tienen el deber de aplicar las leyes que han pasado previamente el test de constitucionalidad<sup>168</sup>.

### **3. El “contexto neoconstitucional” como marco y condición para la acción de la moral en la interpretación y aplicación del Derecho.**

El presente capítulo ha buscado describir el (nuevo) contexto jurídico-político que está aparejado a la aparición y establecimiento del modelo de Estado conocido como Estado constitucional de derecho. A la vez, se ha querido exponer la contraparte teórica que se construye a partir de ese hecho (la aparición de los Estados constitucionales): el llamado neoconstitucionalismo.

Se ha señalado que uno de los rasgos más importantes (si no es que el más importante) que se relaciona con el Estado constitucional, es el hecho de que en él la Constitución es una verdadera norma; de forma que no se limita a ser solamente un “programa” o guía para los poderes públicos, sino que efectivamente tiene real fuerza normativa. Este carácter de verdadera norma se muestra en el plano de la aplicación de las disposiciones constitucionales, las cuales (en el Estado constitucional) no necesitan de la mediación de la legislación para ser aplicadas, sino que pueden serlo directamente (a través de la judicatura, especialmente la

---

<sup>168</sup> SASTRE ARIZA, Santiago. *Op. Cit.*, pp. 242-243

constitucional). Esta es una característica definitoria de los Estados constitucionales que no se da en los Estados de derecho legislativos. En estos últimos, si bien se concebía a la Constitución como un límite al poder político (cosa que, obviamente, se mantiene en los Estados constitucionales), la eficacia de la Constitución se encontraba mediada por la legislación, que era, en última instancia, la que “hacía efectiva” o “materializaba” las disposiciones constitucionales, y en ese sentido, les daba así eficacia (que resultaba siendo mediata). Por eso se dice que la Constitución es solo un programa o tiene eficacia declarativa (por ella misma).

Ha de destacarse, entonces, que, si bien la idea de límite al poder está presente aún en el modelo del Estado legislativo, concibiéndose además que el marco para establecer esos límites se encuentran plasmados en la Constitución; es solo en el contexto del Estado constitucional que este ideal se realiza cabalmente, porque solo en este, al ser la Constitución una norma, puede directamente funcionar como límite (sin verse condicionada por la legislación). Es una consecuencia de la real normatividad que adquiere la Constitución en los Estados constitucionales de derecho.

Otro hecho destacable (vinculado a lo anterior) que se establece con el Estado constitucional (y que el neoconstitucionalismo, como su discurso teórico, asume y desarrolla doctrinalmente) es la llamada “omnipresencia de la Constitución”. Esto quiere decir que, en los Estados constitucionales, todo problema jurídico de alguna relevancia, sea cual sea el área específica del derecho en que se dé (penal, civil, administrativo, tributario, laboral, etc.) termina derivando en un problema constitucional. Esto en buena medida porque se constata que todo problema jurídico de importancia involucra de alguna forma cuestiones de derechos

fundamentales. El hecho de que no haya prácticamente ámbito del derecho en el cual no se pueda hallar como trasfondo a los derechos fundamentales, lleva a que la Constitución “invada” todo el ordenamiento jurídico, y que las garantías establecidas para esos derechos fundamentales estén siempre presentes, sean “ubicuas”, es decir, no haya lugar dentro del ordenamiento jurídico exento de la protección y las garantías propias para esos derechos. Y esta protección no solo se ejerce frente a los poderes públicos, sino que también tiene eficacia frente a particulares (el llamado “efecto horizontal” de los derechos fundamentales).

Por otro lado, hay que reconocer que las constituciones, en los contextos “neoconstitucionales”, se establecen como documentos con una gran carga axiológica. En efecto, las constituciones vienen a contener el conjunto de los valores político-morales más elevados de los ordenamientos jurídicos; aquellos valores que fundamentan y dan legitimidad a la totalidad del sistema jurídico aparecen en la Constitución positivizados, principalmente a través de las normas de principios. Es así que la Constitución termina siendo no “solo” un documento jurídico, sino también un documento axiológico, moral. Ahora bien, antes se ha dicho que un rasgo determinante de las constituciones actuales es que ellas terminan “invadiendo” todo el ordenamiento jurídico, es decir, que irradian su efectividad a todo el sistema jurídico. Pues bien, siendo esto así, fácilmente se desprende que, entonces, esos valores contenidos y positivizados en la Constitución alcanzarán y se podrán hacer efectivos en la totalidad del ordenamiento jurídico; en otras palabras, esos valores contenidos en la Constitución podrán hacerse presentes e influir en los distintos ámbitos de la realidad jurídica, al punto que esta se vea “informada” en función de esos valores. Esto no es otra cosa que afirmar que la moral actúa sobre la realidad jurídica.

Pues bien, este último hecho importa ser destacado en el marco de la presente investigación porque, como se verá, la acción de la moral en el derecho (en los contextos neoconstitucionales) condiciona tanto la interpretación como la aplicación de las normas, ya que estas, ahora, no solo podrán ser interpretadas y aplicadas en función de su mera literalidad o sentido específico, sino que, además, se les podrá (e incluso, deberá) adscribir interpretaciones diversas (y aun opuestas al sentido literal de la norma) en la medida que estas interpretaciones lleven a una mejor realización de esos valores contenidos en los textos constitucionales. Y esto (por la “omnipresencia constitucional”) será válido para todas las normas del sistema. En última instancia, la asignación de significados a las normas, que va a estar dirigida y condicionada por los valores contenidos en la constitución, va a llevar, por el imperativo de encontrar la interpretación que mejor realice esos valores, a que en ciertas circunstancias una norma claramente aplicable a un caso –desde el punto de vista literal- no sea al final aplicada (prefiriendo, en cambio, la aplicación de otra norma distinta) alegando como justificación, precisamente, que la realización de esa norma *prima facie* aplicable no cumple óptimamente o (en el peor de los casos) se opone a la realización de los valores constitucionales, que la aplicación de la norma en cuestión frena o disminuye (y en contrapartida, la otra norma, que reemplaza o “vence” en la aplicación a la inicialmente aplicable, lo haría porque de ella se puede lograr una interpretación mucho más óptima o que garantice “en la mayor medida posible” [Alexy *dixit*] la realización de los valores constitucionales). Este desplazamiento de una norma *prima facie* aplicable, por otra, describe la dinámica del fenómeno conocido como derrotabilidad (que será tratado en un capítulo posterior). Así pues, la conclusión hasta aquí, sintetizando las diversas ideas expuestas, es que la derrotabilidad de las normas jurídicas está estrechamente ligada a la (nueva) forma de

interpretación que se da en los contextos neoconstitucionales, dentro del Estado constitucional de derecho; y esta nueva forma de interpretar las normas se fundamenta, justifica y está determinada por la acción que la moral tiene (o adquiere) en los contextos neoconstitucionales de los Estados constitucionales de derecho (de manera especial, más que bajo cualquier otro modelo jurídico-político anterior, incluyendo el llamado Estado legislativo).



## CAPÍTULO II

### EL LUGAR DE LOS PRINCIPIOS EN LA ACTIVIDAD JURÍDICA DENTRO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES

#### 1. La distinción entre principios y reglas

##### *1.1 Sobre la idea general de principios.*

##### 1.1.1 Conceptualización, clasificación y funciones

La importancia central que los principios poseen en la actividad interpretativa y argumentativa en el derecho, es un fenómeno relativamente reciente. Aunque ciertamente desde hace mucho tiempo atrás se acepta que el derecho puede contener principios, la apelación a ellos como instrumentos de interpretación y argumentación jurídica<sup>169</sup> fue más bien marginal, en beneficio de otras técnicas, sobre todo en los contextos formalistas, propios del Estado legislativo. Sin embargo, a partir de mediados del siglo XX, justamente con la aparición y desarrollo del llamado Estado constitucional, paralelamente surge como tema central la “cuestión de los principios” (tema relevante en la teoría neoconstitucional), a la vez que estos se convierten en piezas clave en la dinámica y el funcionamiento del derecho (en el contexto de la realidad del

---

<sup>169</sup> Más, adelante, en el Capítulo IV de esta tesis, profundizaremos en la distinción entre interpretación y argumentación jurídica.

Estado constitucional). Según Pino, algunos factores que han contribuido a que se instaure esta nueva realidad son los siguientes<sup>170</sup>:

-La propagación de movimientos antiformalistas, los que apelaban el uso de principios como medio para vincular Derecho y sociedad.

-La “crisis” de la ley como medio para formular reglas estables; y la “crisis del código” “como paradigma de regulación normativa completa, coherente y tendencialmente exhaustiva”. Esta doble crisis ha llevado a que los juristas vean en los principios los medios para reconstruir la unidad axiológica y de coherencia del ordenamiento jurídico.

-La aparición de constituciones rígidas y garantistas, con un catálogo de principios y derechos fundamentales, y dotadas de fuerza normativa y axiológica superior a la ley ordinaria. Esto ha llevado a que el derecho constitucional se vuelva un derecho “de principios”.

-El uso que las doctrinas antipositivistas (a partir de Dworkin) han hecho del “argumento de los principios” para criticar la insuficiencia teórica del positivismo jurídico.

Ahora bien, y de manera muy general, se ha llegado a decir que los principios no son sino “valores positivizados”<sup>171</sup>. No obstante, esto es una definición muy simple; es más, como recuerda Pozzolo, siguiendo a Guastini, el término “principio” no es unívoco, sino que, por el contrario, hay una diversidad de circunstancias en las cuales una norma termina siendo calificada por los juristas como principio. Estas circunstancias pueden, principalmente, ser: el lugar particular que dicha norma tiene en el ordenamiento jurídico respectivo, ya sea en

---

<sup>170</sup> Véase: PINO, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 61-64.

<sup>171</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, op cit, p. 102.



general o en un sector específico; la imprecisión o indeterminación de la formulación de dicha norma; o, su generalidad<sup>172</sup> (como cuando el artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución dice: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”). Por esta razón, la profesora italiana dice que probablemente Bobbio tenía razón al decir que «los principios no son una categoría unitaria, sino que bajo la misma denominación se incluyen “cosas” diferentes entre sí»<sup>173</sup>.

Siendo verdad lo antes dicho (la heterogeneidad del conjunto de lo que llamamos “principios”), es lógico que se hayan planteado diversos tipos de clasificaciones de los principios. La ya citada Pozzolo, nos dice que la clasificación más común en el ámbito teórico es aquella que distingue entre principios expresos y principios inexpressos. Los primeros son aquellos explícitamente formulados en una disposición constitucional o legal; mientras que los principios inexpressos son lo que no han sido formulados explícitamente en ninguna disposición constitucional o legal, sino que son elaborados por los intérpretes del derecho, quienes a través de la interpretación del derecho positivo y sus fuentes, terminan “construyéndolos”; se considera así que se trata de principios que se encuentran “latentes” en el ordenamiento jurídico positivo<sup>174</sup>.

Por su parte, Alterio, siguiendo a Wróblewski, expone una triple distinción entre principios: 1) Principios positivos del derecho, que son aquellos que están explícitamente formulados “en una norma del texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones”; 2) Principios implícitos del derecho, que, como dice la autora, son aquellos que son premisas o consecuencias de otras disposiciones legales; 3)

---

<sup>172</sup> Ibid, p. 77.

<sup>173</sup> Ibid, loc cit.

<sup>174</sup> Ibid., p. 88

Principios extrasistémicos del derecho, que son aquellos principios que no encajan en ninguna de las anteriores clasificaciones, es decir, no son ni principios positivos ni implícitos<sup>175</sup>. Es claro que los que aquí se llaman principios positivos corresponden con los principios expresos de Pozzolo; mientras que los principios inexpressos abarcarían tanto a los principios implícitos como a los principios extrasistémicos.

Pero aún dentro de la categoría de principios inexpressos es posible realizar una distinción entre principios (inexpressos) estructurales y principios (inexpressos) ideológicos. Los **principios estructurales** vendrían a ser aquellos que han sido deducidos de manera inductiva del derecho positivo; están insertos (subyacentes) en los códigos, textos constitucionales, etc., y por ello son “institucionales”; pueden concebirse como las partes “lógicas” del conjunto del ordenamiento jurídico, ya que su presencia es necesaria o deseable para mantener la coherencia del ordenamiento (así, el principio de *pacta sunt servanda* o de buena fe, sin los cuales no es posible coherentemente mantener las instituciones civiles, por ejemplo)<sup>176</sup>. Los **principios ideológicos** serían aquellos deducidos inductivamente pero de las creencias morales, políticas y de otro tipo de ideologías, dominantes en la sociedad, no directamente jurídicas<sup>177</sup>. Los principios ideológicos no tienen el soporte institucional que tienen los principios estructurales, solo pasan a formar parte del derecho una vez usados por los

---

<sup>175</sup> ALTERIO, Ana Micaela. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III – Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2015, p. 126. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21151/alterio-am-tesis.pdf?sequence=1>

<sup>176</sup> POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, op cit.*, p. 89.

<sup>177</sup> Ibid, loc cit.

tribunales, y vienen a ser especialmente útiles en los casos en que la aplicación de una norma parece irracional o injusta<sup>178</sup>. Por ello se dice que, desde un punto de vista funcional mientras

(...) los principios estructurales tienen la función de hacer coherente y completo el ordenamiento jurídico en su conjunto, o una de sus partes, de modo que son reconducibles al uso de la analogía (...) los principios ideológicos desarrollan una función diferente: aproximan el Derecho a los valores sociales y a la moral positiva, presente en una sociedad dada, y a menudo actúan como nuevo límite a la interpretación “literal” (...) es decir, los principios ideológicos entran en juego corrigiendo el ámbito de aplicación de las reglas cuando, una vez consideradas las circunstancias, el resultado de la aplicación y el punto de vista ideológico sobre el hecho, su aplicación, parece desigual, irrazonable, inaceptable<sup>179</sup>.

Por último, se pueden mencionar algunas de las principales funciones que tradicionalmente se ha considerado que cumplen los principios. Así, se dice que los principios:

- a) Configuran el Derecho como un sistema que ofrece no solo razones para la acción<sup>180</sup>, sino razones últimas para la acción.
- b) Configuran el Derecho como un sistema cuya legitimidad deriva del interior gracias a sus conexiones con la idea de justicia.
- c) Configuran el Derecho como un sistema dirigido al desarrollo del bien común, donde la coerción es solo un elemento, pero no un elemento fundamental.
- d) Configuran el Derecho como un sistema de normas moralmente obligatorias.
- e) Configuran el Derecho como un conjunto naturalmente ordenado<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Ibid, loc cit.

<sup>179</sup> Ibid, p. 90.

<sup>180</sup> Brevemente, una “razón para la acción” puede ser definido como cualquier “factor relevante a favor o en contra de llevar a cabo una determinada acción”. REDONDO, María Cristina. “Razones y Normas”. En: *Discusiones*, número 5, 2005, p. 32.

<sup>181</sup> POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, op cit*, p. 117.

### 1.1.2 Características de los principios

De manera preliminar, se puede considerar que los principios poseen las siguientes características:

a) *Características estructurales.*

Son la generalidad y la indeterminación. Se trata de dos características graduables, que pueden ser poseídas en distinta medida; no son, por tanto, de “todo o nada”; sino que, mientras más genérica e indeterminada sea una norma (en cuanto a su consecuencia en relación con un supuesto de hecho) con mayor razón podrá ser considerada esa norma como un principio<sup>182</sup>.

Lo primero (generalidad) significa que las normas son más genéricas, ya que pueden ser realizadas o violadas en muchos modos distintos. La generalidad tiene afecta tanto al supuesto de hecho (los casos en que se aplica el principio) como a la consecuencia (el efecto jurídico). Los supuestos de hecho pueden ser muy heterogéneos y generalmente, proclaman un valor sin establecer cómo debe ser realizado. A diferencia, las reglas también pueden tener un supuesto de hecho genérico, pero este se relaciona con consecuencias precisas<sup>183</sup>.

Por otra parte, el aspecto de indeterminación de los principios tiene que ver con los rasgos de vaguedad, controvertibilidad y textura abierta (*open texture*)<sup>184</sup>; rasgos, por lo demás, que pueden aparecer en los principios por separado o los tres juntos. La vaguedad tiene que ver

---

<sup>182</sup> PINO, Giorgio. *Op cit*, pp. 86-87.

<sup>183</sup> *Ibid.*, pp. 82-84.

<sup>184</sup> *Ibid*, p. 84.

con la inclusión –en la formulación de la norma- de “predicados de aplicación dudosa, debido a factores cuantitativos” (por ejemplo, un término como “rico” es vago en este sentido, ya que no está establecido categóricamente cuándo se tiene una cantidad suficiente para poder ser llamado “rico”)<sup>185</sup>. La controvertibilidad, en cambio, tiene que ver con la presencia de términos que son debatibles pero por razones sustanciales, y no solo descriptivas o cuantitativas (así, palabras como “cruel” o “bello” pertenecen a este grupo)<sup>186</sup>. Finalmente, “textura abierta” (*open texture*) refiere al hecho de que en los principios no es posible delimitar de manera anticipada y exhaustiva su ámbito de aplicación, ya que siempre puede aparecer un caso en el cual el principio es aplicable, pero que no estaba previsto anteriormente. También, desde otro punto de vista, refiere al hecho de que no es posible delimitar previa y exhaustivamente todas las excepciones posibles de la norma<sup>187</sup> (algo que se conoce también como “derrotabilidad”).

La conjunción de las dos características estructurales aquí mencionadas (generalidad e indeterminación) produce que no sea “exactamente predeterminable aquello que requiere la aplicación de un principio para un caso concreto: un principio puede ser aplicado de muchos modos distintos y no todos previsibles, *ex ante*, de modo exhaustivo”<sup>188</sup>.

#### *b) Características funcionales*

Los principios por lo general proclaman un valor, lo cual los convierte en las normas (más) importantes del sistema jurídico. Usualmente, ese valor que encarnan los principios refleja la

---

<sup>185</sup> Ibid, pp. 84-85.

<sup>186</sup> Ibid, p. 85.

<sup>187</sup> Ibid, loc cit.

<sup>188</sup> Ibid, p. 86.

“caracterización axiológica” de un sector del ordenamiento jurídico o aun del ordenamiento jurídico en su totalidad (por ejemplo, la igualdad ante la ley); o también un objetivo que un sector o todo el ordenamiento pretende alcanzar<sup>189</sup>. Ahora bien, es claro que las declaraciones de los valores son generalmente genéricas e indeterminadas; lo cual hace que estas características se vinculen a las estructurales, antes mencionadas.

Ciertamente, la característica de importancia también puede estar presente en las reglas (no es exclusiva de los principios). De hecho, muchas reglas son inmensamente importantes (por ejemplo, las reglas procesales). Sin embargo, desde una perspectiva lingüística, el término “principio” remite más directamente a algo de cierta importancia, que el término “regla”. Por ello, “un principio trivial parece un contrasentido; una regla insulsa, no”<sup>190</sup>. Pero, además es que los principios y las reglas muestran la característica de la importancia de un modo diferente (y no solo en distinto grado). Porque los principios se presentan generalmente como objetivos a conseguir precisamente por ser importantes; lo que quiere decir que los principios aparecen como importantes en sí mismos (cosa que no ocurriría con las reglas). De esa forma, un principio puede funcionar como una norma “final”; mientras que las reglas tienen una importancia instrumental: son importantes en la medida que son medios para realizar (el valor contenido en) el principio<sup>191</sup>. Es más, la importancia del principio –por lo antes dicho- puede ser autoevidente; mientras que la importancia de la regla solo se manifieste en la medida de su instrumentalidad, en relación a la realización del principio. Con todo, aquí también cabe precisar que se trata de una caracterización no absoluta no categórica, sino gradual y

---

<sup>189</sup> Ibid, pp. 87-88.

<sup>190</sup> Ibid, p. 89.

<sup>191</sup> Ibid, pp. 89-90.

relacional, ya que, así como hay principios que son más importantes que las reglas, eventualmente puede haber reglas que sean más importantes que algún principio<sup>192</sup> (por ejemplo, parece claro que la regla contenida en el artículo 106 de nuestro Código Penal, que sanciona el homicidio simple, es más importante que el principio establecido en el Artículo IV, 1.12, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que enuncia el Principio de participación).

*c) Características operativas.*

Estas características surgen como consecuencias prácticas de las características estructurales y funcionales. Tienen que ver con la forma en que funcionan o son aplicados los principios. Estas características operativas serían las siguientes:

-Conflictualidad.- La mayor parte de principios están destinados a colisionar entre sí, sin que esta colisión pueda preverse anticipadamente; más precisamente, no se pueden prever todas las posibles situaciones de conflicto, o sea, los supuestos de colisión son indeterminados<sup>193</sup>.

-Balance.- Los conflictos entre principios no pueden resolverse mediante los clásicos criterios jerárquico, cronológico o de especialidad, sino que –para resolverlos- se debe recurrir al balance o ponderación, que supone la valoración de la relevancia de los principios en juego para el caso concreto, y que lleva a la inaplicación de uno de los principios y a la aplicación del otro<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Ibid, p. 91.

<sup>193</sup> Ibid, p. 93.

<sup>194</sup> Ibid, pp. 93-94.

-Derrotabilidad.- La derrotabilidad es la condición de ser derrotable. Según una concepción ampliamente aceptada, que algo sea “derrotable” significa que posee o está sujeto a excepciones implícitas<sup>195</sup>. Esta característica, en relación con los principios, se puede vincular a la cuestión del balance. En efecto, un principio es inaplicado –tras el balance- por la prevalencia de otro principio en el caso específico; pero el principio prevalente (como todo principio) es indeterminado, con lo cual, sus condiciones de aplicación no están predeterminadas exactamente; de lo cual se desprende que el principio inaplicado lo ha sido (muy probablemente) por una razón no predeterminada de manera precisa, o sea, una razón implícita (que es lo que supone ser una norma derrotable)<sup>196</sup>.

-Fuerza expansiva.- Un principio debe ser aplicado en la mayor medida posible (en tanto son “mandatos de optimización”, en palabras de Alexy); por lo tanto, exige una interpretación extensiva, debiéndose rechazar la interpretación restrictiva y el argumento *a contrario*<sup>197</sup>.

-Dimensión “normogenética”.- “Es la capacidad para justificar otras normas (otras normas ya existentes, respecto a las que el principio es identificado como la *ratio*; o bien otras normas – implícitas- que el propio intérprete deberá formular mediante la argumentación a partir del principio mismo)”<sup>198</sup>. La relación entre norma justificante (principio) y norma justificada (regla), es de orden axiológico, y no cronológico, de forma que será totalmente irrelevante que la norma justificada (regla) haya sido promulgada primero, pues al final, ésta siempre tendrá

---

<sup>195</sup> Véase: ALCHOURRÓN, Carlos. “Sobre derecho y lógica”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), número 13, octubre de 2000, pp. 23 y 24.

<sup>196</sup> PINO, Giorgio, *Op cit*, p. 94

<sup>197</sup> *Ibid*, p. 95.

<sup>198</sup> *Ibid*, loc cit.



que hacerse congruente con el principio que la justifica (mediante interpretación o legislación)<sup>199</sup>.

-Coherentización del sistema.- Los principios hacen coherente el sistema jurídico de tres modos: “en cuanto *rationes legis*, ofrece una explicación/justificación unitaria de un conjunto de normas de detalle o de principios más específicos; vuelven derrotables las normas que contrastan con el principio; requieren la interpretación conforme al principio (siendo las normas de principio jerárquicamente supraordenadas, en sentido axiológico, a las normas de detalle)”<sup>200</sup>.

*1.2. Las dos tesis acerca de la distinción entre principios y reglas: la tesis de la distinción fuerte y la tesis de la distinción débil.*

A la hora de abordar la distinción entre principios y reglas, dos son las tesis principales que se pueden asumir: 1) La tesis de la distinción *fuerte* (o tesis fuerte de la distinción); y, 2) La tesis de la distinción *débil* (o tesis débil de la distinción). Pasaremos a exponer a continuación cada una de ellas. Sin embargo, hay que tener presente la advertencia de Pino, quien puntualiza que en todo caso, “no se trata de teorías específicas y cohesionadas, sino, más bien, de *familias* de teorías” que “pueden ser (y de hecho son) sostenidas sobre la base de distintas estrategias argumentativas”<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Ibid, p. 96.

<sup>200</sup> Ibid, p. 97.

<sup>201</sup> Ibid, p. 66.

### 1.2.1. La tesis de la distinción fuerte<sup>202</sup>

Según esta primera tesis (también llamada cualitativa o categorial) la diferencia entre reglas y principios es de tipo cualitativo, categórico, y no solo es “cuantitativa”, es decir, que se encuentre en el grado de generalidad de cada una de las normas (los principios son más generales que las reglas, que son normas específicas). Por lo tanto, “reglas y principios pertenecen a categorías diferentes”<sup>203</sup>; principios y reglas son cosas distintas, ya sea “por el modo en el que existen, o por el modo en el que funcionan en la aplicación”<sup>204</sup>. Así pues, «la naturaleza de “principio” o de “regla” es un dato objetivo propio de cada formulación normativa, condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de los distintos estándares, en su argumentación y en la solución de los conflictos entre estos»<sup>205</sup>. Que sea “objetiva” significa que es una característica “que puede ser observada por el jurista mediante una actividad meramente cognoscitiva”<sup>206</sup>. En suma, la tesis de la separación fuerte defiende que “hay determinadas características constantemente exhibidas por los principios, y no por las reglas y que, por tanto, tales características son necesarias y suficientes para distinguir los principios de las reglas”<sup>207</sup>.

Que entre principios y reglas haya una distinción cualitativa quiere decir que, según la tesis fuerte, hay algunas características que definen a las reglas y a los principios de manera

---

<sup>202</sup> Se puede encontrar una completa crítica a cada una de las diferencias entre principios y reglas que plantean los defensores de la tesis de la distinción fuerte en: PINO, Giorgio. *Op cit.*, pp. 74-80

<sup>203</sup> AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Universidade da Coruña, La Coruña, número 4, 2000, p. 593.

<sup>204</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>205</sup> ALTERIO, Ana Micaela. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. *Op cit.*, p. 93.

<sup>206</sup> POZZOLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, *op cit*, p. 80

<sup>207</sup> PINO, Giorgio. *Op cit.*, p. 68.

sustancial, y que no son compartidas; se trata de una diferencia sustantiva y estructural. En primer lugar, las reglas tienen una aplicación disyuntiva: se cumplen o no se cumplen; aunque ciertamente esto no impide que se puedan formular excepciones, y aun, en teoría, hacer una lista completa de dichas excepciones. Algunos autores han señalado que esta característica de las reglas se basa, parcialmente, en la concepción final de regla de Wittgenstein: las reglas (en general, incluyendo las jurídicas) se asemejan a las vías de un tren, se siguen o no se siguen, no hay otra opción<sup>208</sup>. Una segunda característica de las reglas es que, en caso de conflicto entre reglas, la situación se puede solucionar mediante un criterio preestablecido. Solucionado el conflicto, la regla que es desplazada es expulsada de ordenamiento jurídico.

Frente a estas características de las reglas, los principios ostentarían –según esta tesis- rasgos cualitativamente distintos. Aulis Aarnio, a partir de una propuesta de Laporta, señala que estas características cualitativamente distintas de los principios, que los diferencian de las reglas serían:

1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo 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 objetivos políticos y morales<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit, p. 593.

<sup>209</sup> Ibid, loc cit.

Por su parte, Susanna Pozzolo, a su vez, menciona algunos criterios usados para distinguir entre principios y reglas:

- a) El principio sería una norma con un grado elevado de generalidad, mientras que la regla presentaría un grado de generalidad bajo.
- b) El principio no determinaría la solución de los casos, mientras que la regla sí.
- c) El principio tendría un carácter valorativo explícito, la regla no.
- d) El principio podría no tener un *pedigree* preciso, ligado a los criterios de identificación del ordenamiento, mientras que la regla presentaría un recorrido en su creación conforme a determinados procedimientos.
- e) Las llamadas al propio carácter fundamental podrían aparecer en los principios, pero raramente en las reglas.
- f) Los principios serían siempre importantes; las reglas no necesariamente.
- g) Los principios actuarían como fundamento para otras normas y no solo como reglas en sí mismas (razones para normas).
- h) Los principios podrían emerger no solo como normas de comportamiento, sino también como normas de argumentación<sup>210</sup>.

A partir de las características mencionadas arriba, se puede comentar que los principios solo mostrarían la “dirección” en la cual hay que buscar la solución (a diferencia de las reglas, las cuales establecen *la* solución, dicen cuál es la solución de manera tajante). Por otra parte (y consecuencia de lo anterior), principios y reglas se diferenciarían a partir de la “unidad de medida” (Pozzolo), puesto que, a diferencia de las reglas, que cuando entran en conflicto, este se resuelve mediante la imposición de una regla frente a la otra, y supone la expulsión de la regla desplazada del sistema jurídico (invalidez); en el caso de los principios, cuando hay una colisión entre ellos, el conflicto se resuelve en la dimensión del “peso” que tenga cada uno:

La aplicación de los principios está condicionada por consideraciones de “peso” y de importancia: si en un mismo caso concreto son aplicables más principios, como sucede a menudo, para decidir el caso se deberá identificar el principio más importante; en contra, similares consideraciones de peso y de importancia

---

<sup>210</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, op cit, pp. 116-117.

estarían o serían irrelevantes en la aplicación de reglas: para aplicar una regla es suficiente verificar si se dan las circunstancias de hecho indicadas en el supuesto de hecho de la propia regla (se dice que una regla se aplica o no se aplica, no se “pesa”)<sup>211</sup>.

Así pues, en caso de colisión de principios prevalece aquel que tenga más peso en el caso específico, lo cual no implicará la expulsión del principio desplazado del sistema jurídico (el principio no deviene en inválido): “Un conflicto entre principios no determina la invalidez de uno de los dos (o más) principios en conflicto, sino solo la desaplicación del principio considerado, en dicho caso, menos importante; en contra, un conflicto entre reglas solo puede ser resuelto proclamando la invalidez o la derogación de una de las reglas en conflicto”<sup>212</sup>.

A este rasgo diferenciador también se le puede considerar como de naturaleza “lógica” o referente al “carácter de su directiva”<sup>213</sup>. Entre los principios, por tanto, no existe un orden jerárquico, sino simplemente un orden tenue de preferencias<sup>214</sup>. Se puede ver, entonces que, bajo esta perspectiva, principios y reglas responden a dos estándares distintos: mientras las reglas se determinan mediante un criterio meramente formal (el de validez), los principios se determinan mediante un criterio sustancial (el de peso o importancia): “las reglas están caracterizadas por el criterio de validez, es decir, por un criterio meramente formal; mientras los principios se caracterizan por la dimensión del peso o de la importancia, es decir, por un criterio de tipo sustancial”<sup>215</sup>. Ahora bien, hay una diferencia profunda entre estos dos criterios, y es que mientras uno, el criterio formal de validez es un criterio definitivo, la dimensión del peso o importancia es graduable: “una norma o es válida o no lo es; la validez

---

<sup>211</sup> PINO, Giorogio. *Op. Cit*, pp. 70-71.

<sup>212</sup> *Ibid*, p. 72.

<sup>213</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, *op cit* p. 80.

<sup>214</sup> AARNIO, Aulis. *Op. Cit*, p. 594.

<sup>215</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, *op cit*, p. 94.

no es un concepto graduable”; una regla no puede ser más o menos válida (o inválida). El criterio asignado a los principios (que es de contenido y no formal) que es la importancia o el peso, en cambio, sí es graduable; de forma que aquí sí un principio puede tener mayor o menor importancia o peso relativo<sup>216</sup>.

Otras diferencias entre reglas y principios han sido señaladas desde la tesis fuerte de la distinción. Entre estas tenemos<sup>217</sup>:

1) Los principios son normas abiertas, con un alto grado de indeterminación, vaguedad, ambigüedad y generalidad, en tanto las reglas son normas cerradas, con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica bien determinados. En ese sentido, se llega a decir que los principios tienen un supuesto de hecho muy abierto, o aún, no tienen supuesto de hecho (son “categóricas”); en tanto las reglas tienen un supuesto de hecho preciso (son normas “hipotéticas”)<sup>218</sup>.

2) Los principios contienen y expresan valores, en tanto las reglas “solo expresan conductas a seguirse sin revelar el valor que pretenden conseguir”<sup>219</sup>. Así, mientras los principios proclaman valores, las reglas «son “opacas” respecto al valor que intentan proteger, son “semánticamente autónomas” respecto a las razones sustantivas que las justifican; las reglas, aun siendo –obviamente- funcionales a la realización de algún valor moral, objetivo político, principio jurídico, etc., no hacen explícita referencia a dicho valor, no lo proclaman, más bien,

---

<sup>216</sup> Ibid, p. 97

<sup>217</sup> Véase: ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Graduados, 2014., pp. 50-51

<sup>218</sup> PINO, Giorgio. *Op cit*, p. 70

<sup>219</sup> ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Op. Cit*, p. 50

indican directamente una conducta funcional a la persecución de dicho valor, objetivo, etc., y les asocian una modalidad deóntica (prohibición, permiso, obligación)»<sup>220</sup>. Vinculado a esta característica, se afirma que, mientras los principios generan (por su carga axiológica) una adhesión ético-política; a las reglas solo se les obedece, son seguidas “ciegamente”<sup>221</sup>.

3) La aplicación de los principios es “flexible” o “gradual”, mientras las reglas se aplican “todo o nada”<sup>222</sup>. Esto quiere decir que los principios son normas derrotables, es decir, normas cuya aplicación está sujeta a “excepciones implícitas” (excepciones que no se encuentran expresamente señaladas en el ordenamiento positivo); por lo mismo, «un principio se puede aplicar “más o menos”; en contra (...) la regla se aplica en todo si se verifican las circunstancias fácticas previstas en el supuesto de hecho, y no se aplica si tales circunstancias no se verifican»<sup>223</sup>. Esto se vincula con el hecho de que se considera a los principios como “mandatos de optimización”, que prescriben la persecución de un objetivo o valor en la mayor medida posible, en base a las condiciones de posibilidad fácticas y jurídicas; en tanto las reglas, como se ha dicho, solo se aplican o no se aplican<sup>224</sup>.

4) Los principios “tienen una alta densidad de contenidos” y son ellos, y no las reglas, los que “cumplen una función constitutiva del ordenamiento jurídico”<sup>225</sup> (así, el derecho a las vacaciones es consustancial a los ordenamientos constitucionales actuales; pero la regla que establece que esas vacaciones sean de siete, quince, treinta o más días al año, es una norma

---

<sup>220</sup> PINO, Giorgio. *Op cit.*, pp. 69-70.

<sup>221</sup> *Ibid*, p. 70

<sup>222</sup> ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Op. Cit.*, pp. 50-51.

<sup>223</sup> PINO; Giorgio, *Op cit*, p. 71

<sup>224</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cap III.

<sup>225</sup> ESCOBAR GARCÍA, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 215.

contingente, es más, varía de país a país), de forma que su modificación no altera la constitución del respectivo ordenamiento jurídico. Al respecto, dice Zagrebelsky que “solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, «constitutivo» del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas, por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”<sup>226</sup>. Por ello se dice que los principios son normas “fundamentales”, “representan los valores fundantes y constitutivos”, y “no necesitan de una justificación adicional”, sino que “justifican, fundan otras normas (representan su *ratio*); en contra, las reglas son el producto de la especificación, de la concretización de un principio (...) son siempre justificadas por otras normas, pero no sirven a su vez para justificar otras normas”<sup>227</sup>.

5) Finalmente, se dice que los principios “no son fruto de actos deliberados de producción, sino, más bien, son inmanentes en el ordenamiento (representan su “espíritu”); las reglas, en cambio, son producidas por actos deliberados, solo existen si son válidas”<sup>228</sup>.

Vale aquí hacer un comentario acerca de lo que se ha dicho en “1)”, del párrafo anterior. Ahí se afirmaba que los principios se entienden como “normas abiertas”, mientras que las reglas serían “normas cerradas”, “determinadas”. Aquí se está enunciando una diferencia de tipo estructural. Con esto se quiere decir que en las reglas es posible distinguir un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica claros, de forma que estos indican de manera clara y precisa

---

<sup>226</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, octava edición, 2008, p. 110

<sup>227</sup> PINO, Giorgio. *Op cit*, pp. 68-69.

<sup>228</sup> *Ibid*, p. 72.



lo que se debe o no se debe hacer dada el supuesto de hecho; en cambio, los principios no tendrían ninguno de esos dos elementos (supuestos de hecho y consecuencia jurídica), y por ello, solo proporcionarían “razones para adoptar una posición frente a casos concretos, pero sin que de manera abstracta determinen el contenido de la prescripción”<sup>229</sup>. El derecho al honor, por ejemplo (art. 2, 7 de la Constitución peruana) no define por sí solo su radio de acción ni precisa sus consecuencias jurídicas (¿qué conlleva respetar o violar ese derecho?). En cambio, la regla que tipifica el delito de injuria (artículo 130 de nuestro Código Penal) define de manera clara un supuesto de hecho (ofender o ultrajar a una persona con palabras, gestos o vías de hecho) y una consecuencia jurídica (en este caso, una sanción penal de prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa). Como dice Escobar García, de lo que acabamos de decir, se desprende que

(...) los procesos de interpretación y aplicación son sustancialmente distintos en uno y otro caso: mientras las reglas exigen fundamentalmente una interpretación literal, por cuanto su contenido se agota en su formulación lingüística, la interpretación de los principios requiere identificar y comprender a plenitud su finalidad y valores inmanentes, más allá de su consagración positiva; mientras que las reglas prevén la consecuencia jurídica para cada hipótesis, los principios únicamente suministran criterios frente a los casos particulares; y mientras las reglas pueden ser aplicadas “mecánica y pasivamente” por medio de la subsunción, la aplicación de los principios escapa a estos esquemas lógicos y su función consiste más bien en “iluminar” la realidad e inducir una toma de posición frente a ella<sup>230</sup>.

En suma, la tesis fuerte sostiene que los principios poseen determinadas características permanentes, que no poseen las reglas, y que hacen que entre estos dos tipos de normas existan diferencias cualitativas (que las reglas se apliquen o no se apliquen, mientras los

---

<sup>229</sup> ESCOBAR GARCÍA, Claudia, Op cit, p. 216.

<sup>230</sup> Ibid, p. 216.

principios se “optimizan”; que las reglas desplazadas se invalidan, mientras los principios no; etc.), que no solo de grado o generalidad<sup>231</sup>.

A esta tesis se adhieren tanto Dworkin<sup>232</sup>, como Alexy<sup>233</sup>, Atienza y Ruiz Manero, así como la mayoría de los autores que se han denominado “antipositivistas”. De hecho, se ha señalado que la adopción de la tesis de la distinción fuerte va aparejada a la adhesión de una concepción antipositivista, que argumentativamente se desarrolla de la siguiente forma: Se parte de asumir que reglas y principios son cosas muy diferentes, pues entre ellas hay una diferencia categorial o sustantiva. Ahora bien, se presume que el positivismo *no está capacitado para explicar la presencia y el papel de los principios en el derecho* (debido a la defensa de una serie de supuesto teóricos, como la concepción solo formal de la validez de las normas, la separación entre derecho y moral, o la defensa de la concepción silogístico-deductiva de la aplicación de las normas). Entonces, en la medida que los principios efectivamente están en el Derecho (lo

---

<sup>231</sup> Se menciona también como un rasgo adicional que diferencia principios y reglas el hecho de que las reglas tienen principalmente un origen legislativo y parlamentario, mientras que los principios tienen básicamente un origen constitucional; lo que implica que “el sistema de fuentes de derecho guarda una estrecha correspondencia con las estructuras normativas”. ESCOBAR GARCÍA, Claudia. *Op. Cit.*, p. 217. Sin embargo, este rasgo no nos parece importante ni acertado (razón por la cual no lo hemos mencionado *supra*). Y es que es posible encontrar en la Constitución normas que bien pueden encajar dentro de lo que son unas reglas; por ejemplo el artículo 206 de la actual Constitución, que trata acerca de la Reforma constitucional, contiene una serie de disposiciones que bien pueden ser calificadas como reglas (tienen supuestos y conclusiones, están determinadas, indicando términos, plazos, etc.). De otro lado, hay normas de origen legislativo que pueden ser consideradas como principios; por solo poner un ejemplo, la norma contenida en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que establece que: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”, fácilmente podría ser considerada como una norma de principio, más allá de su origen legislativo. En suma, este criterio es muy deficiente e inexacto, y no merece ser mayormente considerado.

<sup>232</sup> «Dworkin consideraba que la diferencia entre “principios jurídicos” y “normas jurídicas” es una distinción lógica, pues las normas jurídicas son aplicables a la manera de disyuntivas y los principios tienen una dimensión que le falta a las normas que es la dimensión del peso o la importancia». <sup>232</sup> [subrayado nuestro] ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Op. Cit.*, p. 47

<sup>233</sup> «Según Alexy entre principios y reglas existe no sólo una distinción gradual sino una cualitativa. Existe un criterio que posibilita distinguir con toda precisión entre estos dos tipos de normas jurídicas: los principios son mandatos de optimización. Ello implica que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por el contrario, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Son si quiere mandatos definitivos, es decir, determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. “ Toda norma es o bien una regla o un principio ». [subrayado nuestro]. ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Op. Cit.*, p. 48.

cual resulta evidente en el derecho constitucional actual), el positivismo jurídicos aparece como una teoría conceptualmente inadecuada para dar cuenta de la real naturaleza y estructura del derecho<sup>234</sup>.

### 1.2.2. La tesis de la distinción *débil*

Según esta tesis, entre reglas y principios existe solamente una diferencia de grado, y no cualitativa. No se trata de una diferencia categórica, sino cuantitativa. Básicamente, se afirma que todas las normas, reglas y principios, comparten las mismas características, al menos en alguna medida. En ese sentido, “la diferencia entre principios y reglas, es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de conflictos”<sup>235</sup>. No se basa, por tanto, en ningún factor objetivo, sino que es solo un reflejo de un uso lingüístico, el cual es una manifestación de ciertas exigencias científicas o políticas del Derecho<sup>236</sup>. Por eso, para los defensores de esta teoría, “(...) los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam*, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nombre de principios), o en la fase de la aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por la dogmática)”<sup>237</sup>.

En todo caso,

---

<sup>234</sup> PINO, Giorgio. *Op cit*, p. 67.

<sup>235</sup> ALTERIO, Ana Micaela. *Op. Cit.*, p. 93

<sup>236</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, p. 85.

<sup>237</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 21, volumen II, 1998, p. 95.

Aquello que diferencia reglas y principios es el *grado* en el que las características mencionadas en la distinción fuerte se encuentran, respectivamente, entre ambos tipos de normas. Así, los principios serían normas más genéricas, más abiertas a las excepciones implícitas respecto de lo que pueden ser las reglas y tendrían una mayor dimensión del peso. Serían razones menos conclusivas<sup>238</sup>.

Los principios, así, poseen en mayor o menor medida ciertas propiedades o características, que también están presentes en las reglas, pero en una medida menor o mayor<sup>239</sup>. Ciertamente, según la teoría de la distinción débil, no se niega que los principios tengan *por lo general* las características que los defensores de la tesis de la distinción fuerte señalan. Pero, también es posible que, esas características asignadas a los principios por los partidarios de la distinción fuerte, *no siempre estén presentes en los principios*, como también puede ocurrir que, a veces, *estén también presentes en las reglas*. “Si las cosas son así, entonces no es posible sostener una distinción categórica entre reglas y principios, porque ambos tipos de normas poseerían, al menos potencialmente en distinta medida, tales características”<sup>240</sup>.

En la práctica, se reconoce que lo único que los diferencia es que los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, lo que implica que los principios tienen un alto grado de indeterminación. Así pues, se sostiene que, cuanto más genérica e indeterminada sea la consecuencia jurídica que establece una norma para un determinado supuesto de hecho normativo, esta norma podrá ser considerada como un principio; mientras que si la consecuencia jurídica establecida por la norma es específica y determinada, esta norma podrá ser considerada una regla (lo que no significa que no existan niveles de indeterminación en las

---

<sup>238</sup> ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. Op. Cit, p. 51

<sup>239</sup> PINO, Giorgio. *Op cit.*, p. 65

<sup>240</sup> *Ibid*, p. 74.

reglas, sino solo que estos se dan en menor medida en las reglas)<sup>241</sup>. Pero, aparte de este aspecto, no existirían mayores elementos para diferenciar las reglas de los principios. Es más, en el discurso jurídico, reglas y principios cumplen un papel similar<sup>242</sup>.

Usualmente, se sostiene que una diferencia esencial entre principios y reglas es que «el contenido axiológico de los principios está presente de modo más “evidente” que en el caso de las reglas»<sup>243</sup>. Sin embargo, en las reglas (por lo menos en algunas de ellas) también es posible reconocer un contenido axiológico; por ejemplo, el artículo 6 del Código Civil peruano dice en su primer párrafo:

*Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. (...)*

Parece claro que esta norma es una regla, si nos guiamos por el criterio de especificidad (habla de actos específicos: aquellos de disposición del propio cuerpo; así como de situaciones específicas en las cuales estos actos están prohibidos o permitidos; muy distinto a la regulación de la “libertad de información” o el “honor”, que pueden estar regulados en principios). Sin embargo, a pesar de ser una regla, se puede ver que contiene una carga axiológica, aquella que, precisamente, determina que ciertos actos bajo ciertas circunstancias, hayan sido considerados como prohibidos, pero bajo otras circunstancias se pueden permitir. Por lo tanto, el criterio basado en el contenido axiológico no sirve plenamente para diferenciar

---

<sup>241</sup> Ibid, p. 51-52

<sup>242</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit, p. 594

<sup>243</sup> Ibid, loc cit

reglas y principios de manera categórica. Por lo cual, -según la tesis débil- se tiene que concluir que reglas y principios son normas semejantes entre sí, aunque sin llegar a ser completamente idénticas<sup>244</sup>.

Herbert Hart (especialmente a partir de su *Post scriptum*), y en general los autores positivistas, o que simplemente no se identifican con la postura “antipositivista”, suelen abrazar la tesis débil de la distinción.

### *1.3. Las propuestas de los representantes de la distinción fuerte*

Previamente se han revisado de manera general las dos tesis principales acerca de la distinción entre principios y reglas (distinción *fuerte* y *débil*). A continuación, se expondrán las propuestas referentes a la distinción entre principios y reglas de algunos de los principales teóricos que se adhieren a la tesis de la separación *fuerte*: Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. La razón de esto es que dichos teóricos pertenecen o han influido en lo que se conoce como “neoconstitucionalismo”, del cual se ha tratado en el capítulo anterior.

#### 1.3.1. La propuesta de Ronald Dworkin

Entre los modernos iniciadores del debate acerca de la naturaleza y función de los principios y las reglas en la dinámica del derecho, tiene especial relevancia el profesor estadounidense Ronald Dworkin. Que una norma sea una regla, significa, para Dworkin, que se trata una pauta que es aplicable de manera disyuntiva (o sea, “todo o nada”), lo que significa que, si los

---

<sup>244</sup> Ibid, loc cit.

hechos que se estipulan en esa regla se dan, entonces solo pueden ocurrir dos cosas: que la consecuencia jurídica de la regla deba ser aceptada siempre cuando la regla es válida; o que la regla termine no aportando nada a la decisión, lo que ocurre cuando aquella es inválida<sup>245</sup>. Así, cuando Dworkin dice que las reglas operan de la forma “todo o nada”, quiere decir que, siempre que una regla es válida y aplicable a un caso determinado, entonces esa regla es *necesaria*, o sea, determina en forma categórica el resultado o consecuencia jurídica<sup>246</sup>. En contraposición, Dworkin llama principios a todos aquellos estándares que no son reglas. Los principios se definen como estándares que deben ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social, “sino porque es una exigencia de la justicia, equidad o alguna dimensión de la moralidad”<sup>247</sup>.

Una primera diferencia entre reglas y principios que menciona Dworkin tiene que ver con la forma de aplicación de cada una de esas normas. Las reglas, como ya se ha dicho, según Dworkin, son normas que se aplican de manera disyuntiva (“todo o nada”): cuando se dan los hechos contemplados en la regla, si esta es válida, debe aplicarse; y cuando no lo es, simplemente resulta irrelevante<sup>248</sup>; no hay tercera opción: o es aplicable en todo, o no lo es. Así, cuando el Derecho establece que se necesitan tres testigos para que un testamento sea válido, entonces no podrá ser válido el testamento firmado por solo dos testigos<sup>249</sup>. Lo

---

<sup>245</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989, p. 75. DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”. En: DWORKIN, Ronald (ed.) *La filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 89.

<sup>246</sup> HART, Herbert L. A. “Post Scriptum (El Concepto de Derecho)”. En: *Estudios Públicos*. Santiago de Chile, número 65, 1997, pp. 248

<sup>247</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72.

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 75. DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, p. 89

<sup>249</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, loc cit. DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, p. 90

anterior, por supuesto, no excluye que se puedan dar excepciones a las reglas. Pero Dworkin señala que una enunciación precisa de una regla debe incluir todas sus excepciones existentes, porque “cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto”. En otras palabras, toda vez que haya una excepción, ella debe irse incorporando a la regla; y en tanto más excepciones haya y mientras más se agreguen, más preciso resultará el enunciado de la regla<sup>250</sup>; de tal forma que se entiende que la formulación completa de la regla es aquella que incluye todas las excepciones existentes: En una norma “puede haber excepciones, pero, si realmente las hay, un enunciado tan simple de ella, sin enumeración de excepciones, resultará inexacto e incompleto. En teoría al menos, pueden enumerarse todas ellas, y el enunciado será tanto más completo cuanto más numerosa sea su lista”<sup>251</sup>.

La aplicación de los principios, en cambio, no se da de manera disyuntiva, por la simple razón de que ninguno de ellos (ni siquiera aquellos que podrían asemejarse más a las reglas) establece “consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”<sup>252</sup>. Esto porque los principios

(...) no ostentan la estructura condicional característica de las reglas, que se compone de un supuesto de hecho y de una sanción. Los principios no establecen con toda claridad cuáles son las circunstancias de la realidad ante las cuales deben ser aplicados, ni cuáles son sus excepciones, así como tampoco determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación<sup>253</sup>.

Más bien, lo que ocurre con los principios es que ellos enuncian solo buenas razones a favor de una decisión en un sentido determinado, pero no exigen que se tome una decisión en

---

<sup>250</sup> Ibid, loc cit.

<sup>251</sup> DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, p. 90

<sup>252</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 75.

<sup>253</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 571



particular<sup>254</sup>. Así pues, para Dworkin, los principios difieren de las reglas de “todo o nada”, «porque en los casos en que son aplicables no “hacen necesaria” una decisión, sino que apuntan hacia una decisión o la favorecen, o establecen una razón que después puede ser rechazada, pero que los tribunales toman en cuenta para inclinarse en un sentido u otro. (...) esta característica de los principios es su carácter “no concluyente”»<sup>255</sup>. Por lo tanto, lo que se quiere decir cuando se afirma “que un principio determinado es un principio de nuestro Derecho, es que los funcionarios judiciales han de tenerlo en cuenta, si es pertinente, como argumento que puede inclinar en un sentido o en otro”<sup>256</sup>, y nada más.

Pero resulta que, así como un principio “P1” puede enunciar ciertas buenas razones en pro de una decisión, puede también concurrir otro principio “P2” que exprese otras razones distintas a favor de decidir en un sentido opuesto o diferente a lo que indicaba P1. Ahora bien, *estas razones en contrario que llevan a que se decida en dirección opuesta a lo que propone el principio –según Dworkin- no están, ni siquiera en teoría, sujetas a enumeración*; puesto que estas razones incluyen no solo aquellas excepciones previstas por alguna institución (como en el caso de las excepciones a las reglas), “sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido”<sup>257</sup>.

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, se puede decir, entonces, que los principios –en la propuesta de Dworkin- son normas que no exigen un comportamiento específico; pero, tampoco “establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se

---

<sup>254</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 76. DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, p. 92.

<sup>255</sup> HART, Herbert L. A. “Post Scriptum (El Concepto de Derecho). *Op. Cit.*, p.248

<sup>256</sup> DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, p. 92.

<sup>257</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 76.

sigan automáticamente de ciertas condiciones”<sup>258</sup>. Como los principios no exigen nada concreto de manera categórica, es por ello que de ellos solo se puede aspirar a que los funcionarios solamente deban tenerlos en cuenta “como una consideración que apunta a cierto sentido”; pero, por lo mismo es que “los contraejemplos de un principio no son tratados como excepciones al mismo [porque, al ser esos contraejemplos, otros principios, tampoco pueden establecer nada concreto ni exigir conducta alguna determinada] y no son susceptibles de ser enunciados exhaustivamente, ni siquiera en teoría”<sup>259</sup>.

Ahora bien, este hecho de que los principios solo enuncien razones a favor de una decisión - pero no la impongan categóricamente- implica entonces que la aplicación de estos principios va a depender del peso o importancia que tengan en el caso específico<sup>260</sup>. En el caso de las reglas, en la medida que su aplicación era “todo o nada”, no había más opción que aplicarlas categóricamente siempre que la regla era válida, se cumplían los supuestos de hecho y no se daba ninguna excepción establecida formalmente. No había, por tanto, que evaluar ningún aspecto referente al peso o relevancia de la regla. En cambio, en el caso de los principios, esto sí es pertinente. Ya se ha dicho que es posible que concurran dos o más principios ante un caso específico. Cada uno de estos principios propondrá una forma de decidir el problema jurídico. Ahora bien, como cada uno de estos principios solo enuncian buenas razones para tomar una decisión en un sentido u otro, entonces el principio que se aplique deberá ser el que exprese las razones de más peso o relevancia relativas al caso específico. De esto se va a derivar el hecho de que, cada vez que se den los supuestos fácticos establecidos en un principio, las

---

<sup>258</sup> CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1990, p. 221

<sup>259</sup> *Ibid.*, pp. 221-222

<sup>260</sup> DWORIN, Ronald. *Los derechos en serio.*, p. 77

consecuencias jurídicas del mismo no se van a poder derivar automáticamente. Más bien, el juez (o cualquiera que tenga que resolver un caso) va a tener que realizar una operación de ponderación o balance entre los principios concurrentes<sup>261</sup>, para así determinar cuál de ellos ha de prevalecer -y finalmente ser aplicado- y cuál quedará desplazado en el caso específico (aunque esto no signifique que sea un principio inválido, ya que, eventualmente sí podría ser aplicado en otro caso, bajo distintas circunstancias, en las cuales resulte que tenga ahí más peso o importancia). Pero, siempre es necesario precisar que la decisión que el juez (o quien tenga que resolver el conflicto) adopta

(...) no implica un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino solamente un juicio relativo al caso específico, en donde el principio que tenga mayor peso, determinará el sentido de la decisión. Por el contrario [en el caso de las reglas] (...) Si el supuesto de hecho previsto por la regla tiene lugar en la realidad, la regla se aplica y excluye la aplicación de todas las demás reglas del sistema. Inclusive puede suceder que exista un conflicto entre reglas aplicables al mismo caso; que se presente una antinomia. Pero en esta situación, [a diferencia de lo que pasa con los principios] el juez no debe sopesar las reglas para ver cuál de las implicadas ostenta un peso mayor, sino que debe declarar la invalidez de una de las reglas en conflicto, con fundamento en los criterios de superioridad, posterioridad y especialidad<sup>262</sup>.

En suma, con respecto a este aspecto se puede sintetizar la opinión de Dworkin diciendo que, según él,

(...) los principios de Derecho difieren de las reglas porque tienen una dimensión de *peso*, pero no de validez, de ahí que si uno de esos principios entra en conflicto con otro principio de mayor importancia, es posible que el primero quede supeditado y no determine la decisión que se adopte, pese a lo cual subsistirá incólume para ser utilizado en otros casos en que podrá prevalecer en competencia con otro de menor peso. Por otra parte, las reglas

---

<sup>261</sup> “(...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno [de los principios]”. Ibid., loc cit.

<sup>262</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS. *Op. Cit.*, pp. 571-572.

pueden ser válidas o no válidas, pero carecen de este factor de peso, de tal modo que, según Dworkin, si se establecen inicialmente de una manera contrapuesta, sólo una de ellas puede ser válida, y la regla que resulte perdedora al competir con otra deberá reformularse de tal manera que sea compatible con su competidora y, en consecuencia, inaplicable al caso determinado<sup>263</sup>.

### 1.3.2. La propuesta de Robert Alexy

Otro autor que ha desarrollado un modelo jurídico de reglas y principios es el alemán Robert Alexy<sup>264</sup>. Tanto Dworkin como Alexy están de acuerdo en que reglas y principios son normas cualitativamente diferentes, es decir, que su diferencia es de tipo esencial. Sin embargo, Alexy no comparte la opinión de Dworkin según la cual la aplicación de las reglas se lleva a cabo de manera disyuntiva (“todo o nada”) que supone que es teóricamente posible enumerar exhaustivamente todas las excepciones a una regla. Por el contrario, para Alexy esto último no es posible, ya que siempre existe la posibilidad de que, por vía legislativa o mediante una decisión jurisdiccional, se introduzcan nuevas excepciones a una regla, totalmente desconocidas hasta ese momento. En otras palabras, es falsa la afirmación de Dworkin de que (al menos teóricamente, aunque no sea fácil) es posible conocer todas las excepciones a una regla, de forma que así se pudiesen eventualmente incluir en la formulación de la regla y tener así una enunciación completa de la misma (lo que garantizaría su aplicación “todo o nada”);

---

<sup>263</sup> HART, Herbert L. A. “Post Scriptum (El Concepto de Derecho). *Op. Cit.*, pp.248-249.

<sup>264</sup> Como bien precisa SOBREVILLA, este modelo de principios y reglas posteriormente Alexy lo ha ampliado a un modelo de tres niveles de reglas, principios y procedimientos, a partir de su artículo “Sistema jurídico y razón práctica” (véase: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2da edición, 2004, pp. 159-177). Sin embargo, aunque importantes, para los fines de este trabajo no nos detendremos a considerar la cuestión de los procedimientos, ya que estos no forman parte propiamente de la “estructura” del derecho (como sí lo son directamente los principios y las reglas) sino más bien con la dinámica del derecho. No obstante, para profundizar en este tema del modelo de principios, reglas y procedimientos de Alexy puede consultarse: ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios y razón práctica”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número. 5, 1988, y también: SOBREVILLA, David. “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”. En: *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 4, abril 1996., pp. 106 y ss.

porque siempre pueden surgir excepciones nuevas, ya sea por vía legislativa o por vía jurisdiccional<sup>265</sup>. Así pues, en cuanto al hecho de que reglas y principios se distinguirían porque todas las excepciones de las primeras pueden conocerse, mientras que no es posible enumerar la totalidad de las excepciones de los principios (que es lo que afirma Dworkin), en opinión de Alexy este criterio no funciona.

Más bien, según Alexy,

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla<sup>266</sup>.

De lo cual se concluye que las reglas contienen mandatos definitivos y que exigen un cumplimiento categórico y completo, por lo tanto, nunca gradual. De ahí que las reglas solo admitan dos opciones a la hora de su aplicación: ser cumplidas -tal como han sido establecidas- o no ser cumplidas (y es solo en este sentido que se podrá decir que las reglas son “todo o nada” o categóricas). En cambio, los principios no contienen mandatos definitivos,

---

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios y razón práctica”, p. 141.

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios y razón práctica”, pp 143-144. También: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. pp. 86-87

sino que solo ordenan que algo debe ser realizado “en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>267</sup>; por ello se dice que son “mandatos de optimización”. Por todo lo dicho,

(...) mientras las reglas se pueden solo obedecer o no obedecer, sin que esté consentido un cumplimiento gradual (...) los principios pueden cumplirse en distinta medida. Mientras que las reglas se presentan como razones conclusivas, en cuanto lo que está deónticamente determinado ya ha sido valorado por parte del legislador, los principios no están por sí solos en situación de ofrecer razones concluyentes, en cuanto que califican deónticamente una especie de objetivo, de “óptimo” hacia el que tender.

Según Alexy, por lo tanto, el criterio diferenciador entre reglas y principios podría ser el distinto grado de cumplimiento de la norma: si lo que la norma exige es el mayor grado de cumplimiento posible se trataría de un principio; si lo que la norma exige es solo una determinada medida, se trataría de reglas. Reglas y principios serían ambas normas que establecen un deber ser, que presentan un operador deóntico que cualifica la acción, que ofrece razones para juicios concretos de deber ser. Pero los principios, además, introducirían el criterio de la razonabilidad en la aplicación del Derecho (...) <sup>268</sup>.

Aquí, como dato adicional, se puede señalar que la propuesta de Alexy se asemeja a la defendida por Zagrevelsky, para quien “la distinción entre reglas y principios reside en el

---

<sup>267</sup> En este punto, es interesante señalar el aporte del profesor colombiano Carlos BERNAL PULIDO, quien agrega que la definición de principios de Alexy debe ser ampliada, de manera que incluya también las “posibilidades epistémicas”; de manera que los principios queden definidos “como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas”. Como bien recuerda Bernal Pulido, la segunda ley de la ponderación de Alexy indica que “cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención”. Pues bien, las “posibilidades epistémicas” de las que habla Bernal Pulido tienen que ver con esa certeza acerca de las premisas que van a fundamentar esa intervención sobre un derecho fundamental. Así pues, la aplicación de un principio en la mayor medida posible no solo dependerá de las posibilidades jurídicas o de hecho (fácticas), sino de las condiciones de conocimiento o certeza que se tenga acerca de las premisas que fundamenten una intervención (posibilidades epistémicas): dependiendo de la mayor o menor certeza o conocimiento que se tenga de esas premisas, la aplicación de los principios podrá verse realizada de manera mayor o menor. Véase al respecto: BERNAL PULIDO, Carlos. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 324.

<sup>268</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, op cit, p. 86.

hecho de que los segundos no exigen simplemente una acción conforme, sino que eligen la forma más apropiada para una toma de posición frente a la realidad”<sup>269</sup>.

Ahora bien, los mandatos de los principios, en tanto no son definitivos, solo se puede decir que tiene un carácter *prima facie*<sup>270</sup>, es decir, que “en principio” (en una primera apariencia) deben siempre ser considerados como válidos, aplicables, exigibles, etc., pero esto es solo “en principio”, o sea, en un primer momento, ya que, eventualmente podría ocurrir que, por alguna circunstancia sobreviniente, terminasen siendo anulados o “desplazados”, con lo cual –al final– terminarían siendo ya no válidos, exigibles, aplicables u obligatorios<sup>271</sup>. Al respecto, dice

Alexy:

Una primera propiedad (...) es el diferente carácter *prima facie* de las reglas y principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino solo *prima facie* (...) Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a la invalidez; pero si tal cosa no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Ibid, p. 81.

<sup>270</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.*, p. 99.

<sup>271</sup> La expresión *prima facie* fue utilizada por primera vez con un sentido técnico específico por el filósofo escocés William David Ross, en su libro *Los Correcto y lo Bueno* (“The Right and the Good”, Oxford, 1930). Al respecto, se puede decir que las obligaciones o normas *prima facie* «(...) están sujetas a un conjunto de excepciones implícitas o explícitas que en caso de que concurran «disuelven» tal obligación, o también en el sentido de que [las obligaciones o normas *prima facie*] pueden ser desplazadas o vencidas por otras normas u obligaciones de mayor importancia, que son las que en definitiva determinarán qué debemos hacer en esa situación. Por esa razón, lo que parecía en principio que era nuestro deber, lo era sólo en una “primera apariencia”, pues un examen más minucioso de la situación nos revela que las cosas no son realmente así». MARTINEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 216.

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales. Op. Cit.*, pp. 98-99.

En cualquier caso, resulta que la naturaleza de los principios no solo supone un carácter de generalización, sino también un criterio de optimización, que por implicar un “mejor hacer” entraña un fondo moral, aunque en una fórmula jurídica<sup>273</sup>.

Esta diferencia en lo relativo a su forma de aplicación explica, por lo demás, el distinto comportamiento que muestran reglas y principios en los casos de colisión. Cuando ocurre una colisión entre reglas, estas aparecen como contradictorias, en el sentido de que una puede permitir lo que la otra prohíbe. Esta contradicción solo se resuelve declarando una de las reglas como nula, o sea, no válida, y expulsándola del orden jurídico<sup>274</sup> haciendo uso de alguna de las reglas de colisión ya establecidas por el derecho<sup>275</sup>.

Las colisiones entre principios, en cambio, se dan de manera diferente. En estos casos no se habla de una contradicción entre normas, sino de una “tensión” entre ellas, sin que ninguna goce de primacía frente a la otra (cosa que sí pasa en los conflictos entre reglas, cuando una de las normas se termina declarando inválida). El conflicto, entonces, se va a resolver a través de una ponderación, tras la cual la prevalencia se dará al principio al que le corresponda el mayor peso relativo en el caso concreto, mientras que al principio que juegue en sentido contrario se le hará retroceder, pero no se le declara inválido<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> PINTO FONTANILLO, José Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Tesis para la obtención de grado de doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, 2003, p. 56.

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, p. 142

<sup>275</sup> Por ejemplo, en el derecho alemán, estas reglas de colisión son: “lex posterior derogat legi priori”, “lex superior derogat legi inferiori” y “el derecho federal prima sobre el derecho de los estados federados”. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 97. En el derecho peruano hay, como se sabe, reglas análogas: ley superior deroga a la inferior, ley especial deroga la ley general, ley posterior deroga la ley anterior, etc.

<sup>276</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, p. 143



En suma, entre las normas pueden surgir contradicciones. Cuando la contradicción es entre reglas, se dirá que hay un conflicto de reglas; mientras que cuando la contradicción es entre principios, estaremos ante una colisión de principios<sup>277</sup>. Y en cuanto a su solución, afirma Alexy que, mientras “un conflicto de reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos una de las reglas (...) [en cambio] Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”<sup>278</sup>. Ciertamente, esto se debe al ya mencionado carácter *prima facie* de los principios.

Ahora bien, esta diferencia en lo relativo a la forma en que colisionan reglas y principios, se explica porque, como las reglas ya presentan una determinación de lo que se debe hacer a nivel fáctico y jurídico, por ello lo exigen; en cambio, como los principios contienen la posibilidad de un mayor o menor grado de cumplimiento, solo pueden exigir que se busque un nivel “óptimo” de satisfacción, dependiendo de las circunstancias de hecho y jurídicas del caso específico. Y de esto último se deriva otra diferencia relativa a la manera cómo se llega a aplicar ya un principio, ya una regla. En el caso de los principios, los cuales se busca que se realicen en la mayor medida posible, ese óptimo de satisfacción solo se puede realizar en los casos concretos y haciendo uso de una operación de ponderación con otros principios o reglas; en cambio, en el caso de las reglas, como no hay nada que “optimizar” ni, consecuentemente,

---

<sup>277</sup> SOBREVILLA, David. Op. Cit., p. 101.

<sup>278</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit, pp. 88-89.

nada que ponderar –ya que la aplicación es tajante, no gradual-, para su aplicación basta con llevar a cabo una operación de subsunción (que bien puede ser un ejercicio meramente abstracto).

Por lo demás, otro aspecto importante a considerar en lo relativo a la forma en que chocan principios y reglas, es que, mientras los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, la colisión entre principios tiene lugar en la dimensión del *peso*, ya que solo es posible que efectivamente entren en colisión principios válidos<sup>279</sup> (mientras que es posible que colisione una regla válida con una que terminará no siéndolo).

### 1.3.3. La propuesta de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han propuesto que la distinción entre reglas y principios tiene tres aspectos: estructural, funcional y político. Atienza y Ruiz Manero comienzan distinguiendo (de manera similar a Dworkin) dentro del conjunto general de los principios, entre los principios en sentido estricto y las llamadas directrices o normas programáticas<sup>280</sup>. Para estos autores, un *principio en sentido estricto* es una “norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.”; mientras que una *directriz o norma programática* es una “norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Ibid, p. 89.

<sup>280</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 5. También en: ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 10, 1991, p. 105

<sup>281</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 4. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, p. 104

Pues bien, para Atienza y Ruiz Manero, reglas, principios (en sentido estricto) y directrices pueden diferenciarse entre sí desde tres perspectivas: estructural, funcional y política.

a) *El enfoque estructural*

Desde el punto de vista *estructural*, reglas y principios en sentido estricto pueden ser formulados usando un esquema estructural condicional (si A entonces B), en el cual se establece que casos genéricos se correlacionan con ciertas soluciones, que son calificaciones normativas de un determinado estado de cosas o conducta. O sea, los principios (así como las reglas) pueden ser formulados siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones. Pero, la diferencia entre reglas y principios estribaría

(...) en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)<sup>282</sup>.

Entonces, para Atienza y Ruiz Manero, las reglas “contienen una caracterización de las propiedades que definen su presupuesto de hecho de forma que constituyen un elenco cerrado, mientras en el caso de los principios no sucedería esto [lo cual, sin embargo] no supone que los principios no tengan también presupuesto de hecho. Lo tienen, pero los casos de su posible aplicación están indeterminados, mientras que en las reglas están determinados”<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup>. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 9. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, p. 108

<sup>283</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, p. 84

En los principios, entonces, sí está fijada la conducta, mas no así las condiciones de su aplicación. No es solo, por tanto, que en los principios haya una mayor vaguedad en cuanto a su formulación, lo que hace distintos a estos de las reglas. Esto queda claro porque es posible que existan reglas cuya enunciación incluya términos vagos o semánticamente indeterminados, y cuyo significado preciso necesite ser determinado antes de ser aplicados (por ejemplo, una regla podría incluir los términos “negligencia”, “leve”, “grave” o “buena fe”, que son vagos), y seguiría siendo una regla y no un principio, porque en el caso de la regla bastará con determinar qué se entiende por el término vago usado (qué se entiende por “negligencia” o por “grave”) para conocer automáticamente las condiciones de aplicación de la regla; mientras que en el caso de los principios esas condiciones de aplicación nunca se pueden conocer de manera completa. Por ejemplo, el artículo 108 de nuestro Código penal, que trata acerca del delito de Homicidio calificado-asesinato, dice:

***Artículo 108.- Homicidio calificado-asesinato***

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

*(...)*

*3 Con gran crueldad o alevosía.*

Resulta claro que aquí el término “crueldad” es vago (¿qué quiere decir “crueldad”?, ¿qué es un acto “cruel”?, ¿cuándo se actúa con “crueldad”?). Es más, la norma habla de una circunstancia de “gran crueldad”, lo cual hace la cuestión aún más indeterminada, pues implica la necesidad de establecer una demarcación entre lo que es la mera “crueldad” y lo que es propiamente la “gran crueldad” (¿cuándo se puede hablar de un acto de “crueldad” y cuándo

de un acto de “gran crueldad”?, ¿cuándo se pasa de la “crueldad” a la “gran crueldad”? Si, por ejemplo, alguien antes de matar a una persona le dispara en la pierna, se podría decir que es un acto de crueldad, pero ¿se puede llegar a decir que se ha actuado no solo con crueldad, sino con “gran crueldad”?<sup>284</sup>).

Sin embargo, eventualmente puede ser posible determinar qué quiere decir en el enunciado de la norma la expresión “gran crueldad” (por ejemplo, dando una definición legislativa de la misma, o por la vía jurisprudencial, a través de una serie de casos en los cuales se ha usado esa expresión, poniendo ejemplos de lo que sería “gran crueldad” o a través de analogías). Si esto se logra hacer, entonces resulta que se podrán establecer las condiciones de aplicación de la regla, ya que se podrá definir el conjunto finito de casos que serán regidos por la regla (que serán aquellos en los cuales los actos realizados caen bajo el espectro de “gran crueldad”). Por lo tanto, la indeterminación del término no afecta la calificación de la norma como una regla. En los principios, en cambio, en tanto que “abiertos”, jamás es posible determinar definitivamente las condiciones de su aplicación, ya que no se puede agotar la enumeración exhaustiva de todos los casos que caen bajo su regulación.

Con respecto a las directrices, por último, estas configuran de manera abierta no solo sus condiciones de aplicación, sino también el modelo de la conducta prescrita para lograr un determinado fin, que es el ordenado por la regla y que viene a ser su consecuencia.

---

<sup>284</sup> La vaguedad de un término como “crueldad” se manifiesta también porque casos que intuitivamente podrían ser calificados como “cruel”, tras un examen detenido resultaría que no serlo. Así, por ejemplo, el acto de apuñalar un gran número de veces a una persona (que intuitivamente podría ser considerado como un ejemplo de crueldad), contrariamente a lo que se pensaría, como se ha decidido en un caso, “no configura el supuesto legal de la crueldad, porque lo que ha primado en el agente es el afán incontenible de causar la muerte y no el de hacer padecer innecesariamente a la víctima”. VILLAVICENCIO, Felipe. *Código Penal*. Lima: Editorial Grijley, 1997, p. 298.

Atienza y Ruiz Manero discrepan de Alexy, ya que ellos no están de acuerdo con la tesis según la cual los principios se diferencian de las reglas en el hecho de que estas exigen un cumplimiento pleno, “todo o nada”, mientras los principios permiten una gradualidad, un mayor o menor grado de satisfacción, siendo el mandato que su cumplimiento se dé en la mayor medida posible dependiendo de las circunstancias. Para Atienza y Ruiz Manero, decir que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados es correcto solo en relación al tipo de principios que ellos denominan directrices o normas programáticas, pero no es verdad para el caso de los principios en sentido estricto<sup>285</sup>.

Según los profesores españoles, si se compara un principio en sentido estricto y una regla, se encontrará que, estructuralmente, la única diferencia entre estos dos tipos de normas reside en que, en el caso de la regla, “las condiciones de aplicación de la norma constituyen un conjunto cerrado [cosa que no ocurren con los principios], aunque su formulación pueda presentar problemas de indeterminación semántica”. Pero, si en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso individual, se llega a establecer que un determinado principio prevalece “frente a los otros principios o reglas que jueguen en sentido contrario, entonces este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”<sup>286</sup>. En pocas palabras, una vez establecido que un principio prevalece para determinado universo de casos siempre frente a todo otro principio o regla opuesto, entonces solo cabe que el principio predominante se aplique con cumplimiento pleno, no cabiendo gradualidad alguna en su realización.

---

<sup>285</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 9. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, pp. 108-109

<sup>286</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 10. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, pp. 109-110.

Cuando se habla de las directrices, en cambio, las cosas son algo distintas. El contraste entre principios en sentido estricto y directrices es, según estos autores, el siguiente:

(...) de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados<sup>287</sup>.

Y esta opción de gradualidad tiene su razón de ser en el hecho de que el objetivo cuya consecución se ordena por la directriz no es nunca el único objetivo jurídicamente ordenado (en un sistema jurídico). De ahí que se tenga que tener en cuenta dos cosas: primero, ver qué cursos de acción idóneos para maximizar cierto objetivo ordenado pueden tener efectos negativos sobre otros objetivos también ordenados por el Derecho; y en segundo lugar, que estos objetivos ordenados en muchos casos resultan interdependientes, Por estas dos razones, entonces, “en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una sobre otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, al consecución conjunta de todos estos objetivos”<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, p. 110.

<sup>288</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 11.

b) *El enfoque funcional*

El criterio funcional ya no se centra en la estructura (como en el enfoque anterior) sino que entiende a las normas como *razones para la acción*<sup>289</sup>, es decir, razones relevantes (para tomar una acción) dentro del razonamiento jurídico de los sujetos encargados de la aplicación del derecho en el ámbito judicial o administrativo.

Desde esta perspectiva, entonces, las reglas son caracterizadas como “razones para la acción perentorias e independientes del contenido”

“Razones perentorias” quiere decir (...) que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida –en el contexto que nos interesa, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla– y una razón de segundo orden para «excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción» –en el mismo contexto, para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar. Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias” o “protegidas”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado o adoptado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.<sup>290</sup>

Es decir, en primer lugar, frente a una regla, la autoridad solo necesita de su enunciado para aplicarla, no teniendo que llevar a cabo ningún razonamiento adicional que implique tomar en

---

<sup>289</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 11 y ss. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, p. 110 y ss.

<sup>290</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 12. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, pp. 111-112



cuenta alguna otra razón distinta, y, adicionalmente, la razón de la obediencia a la regla por parte de la autoridad estaría en su contenido específico, sino en su origen en una autoridad legítima, que es la que la dicto, y que tiene el poder para hacerlo.

Cosa distinta pasa con los principios. Aquí Atienza y Ruiz Manero distingue según se traten de *principios explícitos* o de *principios implícitos*.

Los primeros [los principios explícitos] son aquéllos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del Ordenamiento jurídico (...) Estos principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas (...) <sup>291</sup>.

Pues bien,

De los principios explícitos cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la razón por la que son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, esto es, la razón por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas: a saber, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Los principios implícitos, a su vez, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido. En nuestra opinión, dicha cualidad no es su

---

<sup>291</sup> RUÍZ RUÍZ, Ramón. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. *URBE et IUS: Newsletter*. Buenos Aires, número 29, p. 4  
En: < [http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20\\_ruizruiz.pdf](http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf) >

justicia intrínseca (...), sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes.<sup>292</sup>

Por lo tanto, las reglas actúan en el razonamiento práctico como razones perentorias (o razones protegidas) e independientes del contenido. Lo primero, porque son razones de primer orden para realizar la acción prescrita, y razones de segundo orden (o razones excluyentes) para excluir cualquier deliberación acerca de los argumentos en pro y en contra de realizar dicha acción. Son, además, razones independientes del contenido puesto que su carácter perentorio viene dado en razón de su origen en la autoridad que la ha promulgado. En cambio, los principios, en tanto no excluyen la deliberación del destinatario de la norma, no son razones perentorias (o protegidas), solo son razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que sí entran en la deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que, por ello, pueden ser superadas en el balance de razones<sup>293</sup>.

*c) El enfoque político*

Este tercer enfoque “contempla las normas en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad”<sup>294</sup>. Para Atienza y Ruiz Manero, todas las normas jurídicas son ellas estructuras de poder, es decir, son entidades que otorgan a ciertos individuos o grupos la capacidad de afectar los intereses de otros individuos o grupos. La función de las normas debería ser articular los intereses de los individuos y los grupos. Ahora bien, estas

---

<sup>292</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 13. ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”, p. 112

<sup>293</sup> MORESO, José Juan. “El encaje de las piezas del derecho”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 15, octubre de 2001, p. 137-138.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 137.

articulaciones pueden llevarse a cabo en diferentes formas<sup>295</sup>. Una primera forma, es mediante disposiciones que permitan a sus destinatarios desarrollar sus planes de vida sin necesidad de ponderar cada vez en qué manera su acción puede afectar los intereses de otros grupos<sup>296</sup>. Para Atienza y Ruiz Manero, las normas que cumplen esta función son las llamadas “reglas de acción”. Un ejemplo de este tipo de norma lo encontramos en el artículo 1379 de nuestro Código Civil, que dispone que: “En las ofertas cruzadas, el contrato se perfecciona con la aceptación de una de ellas.”

Sin embargo, el derecho también tiene como función promover determinados intereses sociales. Para lograr esta función se recurre a las llamadas “reglas de fines” y a las directrices. Ambos tipos de normas no delimitan *ex ante* la articulación de los intereses, los cuales deberán ser, en cambio, objeto de una ponderación<sup>297</sup>. Así sucede con la regla de fin contenida en el artículo 6 del Código Civil: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres”. En el caso de las directrices específicamente, los espacios de poder no están determinados de una vez por todas<sup>298</sup>. Así ocurre en el artículo 6 de nuestra Constitución que señala que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, y, en tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados, y el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud.

---

<sup>295</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho...*, p. 16

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 17

<sup>297</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>298</sup> *Ibid.* loc cit.

Por último, los “principios en sentido estricto” asumen valores que son razones categóricas que se imponen frente a cualquier otro interés<sup>299</sup>. Un ejemplo claro lo encontramos en la norma que contiene el principio de no discriminación, recogido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. Los principios en sentido estricto, que recogen tales valores, prevalecen frente a las directrices, y juegan un papel principalmente negativo, ya que no reordenan la concurrencia de intereses ni promueven unos u otros intereses sociales, sino que evitan que la prosecución de cualquier interés pueda dañar tales valores<sup>300</sup>. Ahora, si bien los valores son razones categóricas frente a cualesquier interés, esto no excluye que puedan surgir conflictos entre ellos, lo cual solo se podrá resolver ponderando los valores en juego<sup>301</sup>.

Finalmente, se puede señalar que, aunque Atienza y Ruiz Manero nunca afirman que alguno de los enfoques tenga prevalencia sobre los otros, no obstante, parece posible asignarle un lugar privilegiado al enfoque *estructural* a la hora de distinguir entre reglas y principios, en la medida que el enfoque estructural aparentemente es previo a los otros (al funcional y al político), con lo cual se quiere decir que es el enfoque estructural el que permite explicar el modo diferente en que principios y reglas actúan en el razonamiento práctico (es decir, permiten explicar la dimensión “funcional”) y también permiten explicar la conexión de reglas y principios con las relaciones de poder y los intereses presentes en la sociedad<sup>302</sup> (es decir, la dimensión “política”). Así, tendríamos que la estructura sería lo que determina el carácter perentorio o no perentorio de las normas (aspecto “funcional”): en el caso de las reglas, sería por el hecho de que estas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación (un rasgo

---

<sup>299</sup> Ibid., p. 18.

<sup>300</sup> Ibid., loc cit.

<sup>301</sup> Ibid., loc cit.

<sup>302</sup> MORESO, José Juan. “El encaje de las piezas del derecho”, p. 137.

estructural), que ellas gozan de “autonomía semántica”, y por tanto, pueden configurarse como razones para la acción de carácter perentorio (una característica “funcional”); en cambio, en el caso de los principios, como sus condiciones de aplicación son abiertas (rasgo estructural), entonces no pueden convertirse en razones perentorias para la acción (rasgo funcional)<sup>303</sup>.

## **2. Las formas de aplicación de los principios y las reglas: la ponderación o balance frente a la subsunción.**

A partir de asumir que reglas y principios son dos tipos de normas diferentes, se ha planteado –en consecuencia- que a cada uno de estos les corresponde una forma de aplicación distinta. Así, se dice que, mientras las reglas se aplican mediante una mera subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación o balance. Se trata de dos formas de aplicación que se afirma son sustancialmente diferentes y que tienen, además, una dinámica distinta. No obstante, hay que reconocer que, si bien existen posiciones que asumen que se trata de formas excluyentes de aplicación de normas, otros autores opinan que se trataría, más bien, de técnicas de aplicación complementarias (v. gr., Moreso). Así, se propone que debe “matizarse la distinción entre subsunción y ponderación como esquemas exclusivos de aplicación de reglas y principios, correspondientemente”<sup>304</sup>; de modo que la subsunción no se “repliegue ante el juicio de ponderación, sino que por el contrario, actúe ex ante y ex post” para viabilizar

---

<sup>303</sup> Ibid., p. 138

<sup>304</sup> BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, p. 48. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>

“la elaboración y aplicación de una regla o premisa mayor como respuesta al conflicto de principios”<sup>305</sup>.

### *2.1. El método de la subsunción*

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “subsumir”, significa, en su primera acepción: “Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora”; y en su segunda acepción: “Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”<sup>306</sup>. Trasladados estas nociones al ámbito jurídico, tenemos que subsumir significa incluir un caso (jurídico) en el ámbito de aplicación de una norma. La subsunción, por tanto, supone el procedimiento por el cual una norma se aplica deductivamente a un caso de manera directa. En este caso, se asume que la norma enuncia una situación general, y luego se ve si el caso en cuestión resulta ser un caso específico que cae dentro del supuesto de la norma; entonces, si así ocurre, la norma es aplicada directamente. Coloquialmente, se podría decir que la subsunción se trata de “encajar” los casos jurídicos en la norma: Como bien se sabe, las reglas poseen un supuesto de hecho. Lo que se busca, entonces, es ver si el caso logra “encajar” en ese supuesto de hecho de la regla; lo cual vendría a ser una operación meramente mecánica. En una versión muy simplificada, entonces, el método subsuntivo consistiría en la “simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera

---

<sup>305</sup> Ibid, pp. 49-50.

<sup>306</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Libros, 2014, 23ª edición, volumen 2, entrada “subsumir”.

que la solución del caso aparecería con un tan simple proceder, meramente “mecánico” o únicamente guiado por las más elementales reglas de la lógica deductiva”<sup>307</sup>.

Así pues, cuando se habla de subsunción, en pocas palabras, se está hablando de una forma de aplicación deductiva de las normas; y por esta razón, se supone que es una técnica de aplicación “lógicamente” controlable. Se trataría de una técnica mecánica, casi “axiomática” o “geométrica”. Se entiende que lo que esta técnica pierde en “flexibilidad” (ante casos difíciles o dudosos), lo compensa con la seguridad y objetividad que –supuestamente- ella garantiza. Ahora bien, hay que tener presente que esta presentación de la subsunción es en cierto sentido ideal, y no se da plenamente en la realidad. Una serie de circunstancias, entre las cuales se pueden mencionar la complejidad de las normas y la complejidad de los mismos casos (entre otros factores), hace que no sea tan sencillo lograr una aplicación “deductiva” o “geométrica” de las normas (ni siquiera en los llamados “casos fáciles”). De hecho, como bien dice García Amado, “[s]i ese sencillo esquema de la aplicación del Derecho como elemental subsunción pudo alguna vez ser defendido, fue, si acaso, nada más que en el siglo XIX y en algunos autores extremos de la Escuela de la Exégesis o de la Jurisprudencia de Conceptos, pero ahí se quedó y nunca más se ha propugnado así, y menos por iuspositivistas de todo el siglo XX y hasta nuestros días, todos los cuales resaltan el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión”<sup>308</sup>. Por eso, hoy en día, “hay un acuerdo general sobre

---

<sup>307</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Ponderación y subsunción: métodos intercambiables. La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsuntivo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”. En: *Garciamado.es.*, 11 de junio de 2014. Disponible en:

<<http://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>>

<sup>308</sup> *Ibid*, loc cit.

el hecho que el proceso interpretativo [incluyendo el subsuntivo] no presenta alguna mecanicidad real –al menos en sus aspectos psicológico”<sup>309</sup>.

Usualmente, se ha considerado que la técnica de la subsunción “está relacionada de distintas maneras con la ideología de la codificación, con la doctrina de la separación de los poderes y con instituciones como la corte de casación (que admite recurso solo por la errónea o inexacta interpretación de normas legales)”<sup>310</sup>. De otro lado, la subsunción, como método de aplicación de normas ha estado usualmente vinculada al llamado “silogismo jurídico”. El término “silogismo”, significa “argumento de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos. Por extensión también suele denominar cualquier argumento lógicamente válido”<sup>311</sup>. Ahora bien, la teoría del silogismo jurídico puede definirse como “la tesis según la cual el razonamiento efectuado por cualquiera que quiera conocer cuál es el derecho aplicable a un caso concreto (sea con fines puramente teóricos o con propósitos prácticos) se limita a la subsunción de unos hechos en unas normas jurídicas”<sup>312</sup>. Una manifestación del silogismo jurídico es el conocido silogismo judicial, que viene a ser una especie de la categoría general silogismo jurídico, y que se puede entender como aquel silogismo jurídico que lleva a cabo el juez en su trabajo como tal. Según Iturralde, la teoría del silogismo judicial viene a ser

(...) la tesis según la cual la decisión judicial es el resultado de una subsunción de hechos bajo una norma jurídica. A tenor de la misma la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe

---

<sup>309</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, op cit., pp. 122-123.

<sup>310</sup> Ibid., p. 122.

<sup>311</sup> VEGA, Luis. “Silogismo”. En: VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (editores). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 558.

<sup>312</sup> ITURRALDE, Victoria. “Sobre el silogismo judicial”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, año VIII, 1991, p. 241 (nota 6).



tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica<sup>313</sup>.

A veces, la conclusión del silogismo judicial es considerada una norma, y no un acto; tal es la opinión de Perelman, para quien la conclusión del silogismo judicial (en la sentencia judicial) es una norma individual; norma la cual es obtenida mediante la deducción lógica<sup>314</sup>. Sea como fuere, se asume que este esquema tenía como pretensión adiestrar a los «operadores jurídicos a buscar siempre encajar, es decir, subsumir, los casos jurídicos “en los hechos y en el Derecho”»<sup>315</sup>.

Kelsen también se ocupó del silogismo judicial, defendiendo la tesis del “carácter lógico de la relación entre la norma general y la norma individual correspondiente (emanada del órgano de aplicación)”, basado en que el hecho concreto “comprobado por el tribunal puede ser subsumido en el hecho determinado *in abstracto* por la norma general”. Para Kelsen, esta subsunción tiene carácter lógico. Según Kelsen, lo que hace el juez es subsumir el hecho por él comprobado en un caso concreto, en un concepto contenido en una norma general. Así, por ejemplo, el hecho “Juan ha causado intencionalmente la muerte de José, disparándole”, el juez lo subsume en el concepto de asesino contenido en la norma general<sup>316</sup> (existente en el Código penal). “Esta relación de correspondencia es una relación de subsunción y, puesto que la

---

<sup>313</sup> Ibid., pp. 241-242.

<sup>314</sup> Ibid., p. 244 (nota 9).

<sup>315</sup> BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. *Op cit.*, p. 48.

<sup>316</sup> ITURRALDE, Victoria. *Op cit.*, pp. 243-244.

subsunción en cuestión es una relación lógica, por tanto, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual que aplica aquella a un caso concreto”<sup>317</sup>.

Otro autor que ha asumido la teoría del silogismo jurídico es el polaco Jersy Wroblewski, para quien, “el silogismo jurídico tradicional es una gran simplificación que sirve para justificar decisiones judiciales sólo en situaciones muy particulares (...) [Wroblewski] entiende el silogismo como un esquema de razonamiento, respecto al que considera que es una manera apropiada de justificar la decisión judicial *como una decisión racional*”<sup>318</sup>. Por ello, siempre se trata de “un intento de buscar las vías de racionalización de la toma de decisión judicial”<sup>319</sup>. Para este autor, además, existen distintos tipos de silogismo judicial: el silogismo decisional simple (“que justifica la decisión cuando la norma señala solo una consecuencia posible”); el silogismo de elección de consecuencias (que es “cuando el juez tiene que elegir entre varias posibles consecuencias”); y, el silogismo decisional complejo (“representa el supuesto en que la norma aplicada enumera más de una consecuencia de hecho y dichas consecuencias no pueden ser determinadas conjuntamente en una decisión jurídica, por lo que el juez tiene que efectuar una elección”)<sup>320</sup>.

Ahora bien, desde las filas neoconstitucionalistas se han expuesto una serie de críticas al método de la subsunción<sup>321</sup>. Sin embargo, como afirma Pozzolo, estas críticas no son tan

---

<sup>317</sup> Ibid., p. 244

<sup>318</sup> Ibid., pp. 244-245.

<sup>319</sup> WROBLEWSKI, Jersy. “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”. En: *Rechtstheorie*, nº 1, p. 38. Citado por: ITURRALDE, Victoria. *Op cit.*, p. 245.

<sup>320</sup> ITURRALDE, Victoria. *Op cit.*, p. 245.

<sup>321</sup> Aunque no directamente relacionado con el asunto que estamos analizando, cabe mencionar las críticas de Carlos S. Nino, quien también ha expresado reparos a la concepción del razonamiento jurídico como un esquema subsuntivo, aunque lo que este autor critica no es propiamente el modelo subsuntivo como tal, sino la ignorancia del hecho de que la elaboración de las premisas del “silogismo”, es un proceso muy complejo:

radicales, y no se dirigen a excluir o desechar la subsunción de los métodos de interpretación; más bien, a lo que apuntan estas críticas es a señalar sus límites de este método, sin que eso implique rechazarlo. Una primera crítica señala que la subsunción no sirve para ser aplicada a los principios, ya que estos deben ser, más bien, ponderados o balanceados. A diferencia de las reglas, los principios no determinan inmediatamente la solución para un caso, sino que presentan potencialmente varias soluciones, lo que genera situaciones de conflicto potenciales. Ahora bien, un conflicto entre reglas se solucionaría invalidando una de ellas; en cambio, un conflicto entre principios se resolvería desplazando aquel que tiene menos peso o importancia, y solo para el caso concreto, lo que implica que mantiene íntegra su validez jurídica<sup>322</sup>.

Por otro lado, una segunda crítica neoconstitucionalista a la subsunción se basa en el componente moral que tienen los principios, lo cual haría imposible que puedan ser correcta o idóneamente valorados mediante un método “mecánico” como la subsunción, que es incapaz de evaluar aspectos como la razonabilidad, proporcionalidad, etc.; fundamentales para dar cuenta acertadamente de la dimensión de los principios:

La naturaleza de los principios como *estándares morales positivizados*, que permitiría atribuir caso a caso mayor peso a alguno de ellos respecto a otros, implica que el ámbito en el que se desarrollan las ponderaciones y las valoraciones no sea el textual y ello haría impensable, además, una aplicación "mecánica". A los principios se adaptarían criterios interpretativos "dúctiles"

---

«Se ha dicho muchas veces que tal concepción clásica considera el razonamiento judicial como un silogismo, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor vendría a ser la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso.

«En verdad no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial —las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos—, se obtengan por procedimientos mecánicos. Como lo han señalado Alchourrón y Bulygin, no es que los jueces no realicen un razonamiento deductivo al fundamentar una decisión, sino que la elección de las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento exigen una verdadera labor creativa». NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2da edición, 2003, pp. 295-296.

<sup>322</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, *op cit.*, pp. 123.

como la "razonabilidad", la "proporcionalidad", criterios lejanos de permitir la "mecanización"; sería este el principal elemento de especificidad de la interpretación constitucional, que tiene que ver continuamente con los principios<sup>323</sup>.

En conclusión, cabe aquí explicitar por qué se afirma que el método que corresponde a las reglas es el método de la subsunción. De manera concisa se puede decir que esta postura se basa en dos razones, vinculadas a la naturaleza de las reglas (o cómo se supone que es esta). Por un lado, debido al (supuesto) carácter “todo o nada” que tendrían las reglas, o mejor dicho, a su supuesta forma de aplicación “todo o nada”; por otro lado, debido a su pretendido carácter a-valorativo. Al ser normas de aplicación “todo o nada”, categóricas, tajantes y no graduables, les corresponderían un método de aplicación “rígido” o “mecánico”, como es la subsunción. Por otro lado, si se entiende que las reglas son normas “a-valorativas”, entonces no es necesario examinarlas sustancialmente, ni evaluar su importancia o relevancia (para el caso); es decir, no se necesita ningún método de ponderación o balance (de sus elementos, pues no hay nada que ponderar). Solamente basta con ver si es aplicable, pertinente y válida al caso que se está tratando; algo para lo cual basta la subsunción (la aplicación por subsunción, “mecánicamente”).

## *2.2 El método de la ponderación o balance*

### 2.2.1. Sobre la idea y concepto de ponderación

Aunque doctrinalmente la teorización sobre la ponderación no es tan antigua, desde una perspectiva práctica el uso de la técnica de la ponderación o balance se puede remontar a principios del siglo XX (con énfasis en los años 30s y 40s), en el contexto de la cultura

---

<sup>323</sup> Ibid., p. 123-124.

jurídica estadounidense. Su aparición se vincula a la influencia del realismo jurídico norteamericano y al giro hacia una orientación cultural antiformalista, los cuales llevan a concebir al jurista como una especie de “ingeniero social”. Ciertamente, el surgimiento de esta nueva técnica argumentativa fue favorable a la adaptación del Derecho a las nuevas situaciones sociales producto de los intensos y vertiginosos cambios sociales propios del periodo que hemos mencionado. Sin embargo, de otro lado, la adopción de la técnica ponderativa también causó recelo entre aquellos que veían detrás de esta nueva metodología, el riesgo de manipulación del texto constitucional, al ser entregado a los jueces para su ponderación<sup>324</sup>.

La expresión “balance” o “ponderación” es una metáfora que evoca dos ideas: la de asignar un peso a algo y la de equilibrar o conciliar una cosa con otra<sup>325</sup>. Por lo general, a diferencia de la subsunción, en la ponderación se considera que las dos “cosas” (normas) que examinan son válidas, y lo siguen siendo aún tras la solución del conflicto que la enfrenta, solo que una de ellas necesariamente deberá prevalecer sobre la otra, lo que no implica la invalidez de la otra; de ahí que, si las dos continúan siendo válidas, eso significa que entre las dos se ha logrado un arreglo o un equilibrio<sup>326</sup>. En este sentido, la ponderación tendría como fin “hacer posible la coexistencia de dos principios o derechos en conflicto, encontrando un punto de equilibrio”<sup>327</sup>. En la ponderación no se da una aplicación deductiva de las normas; sino que

---

<sup>324</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, pp. 136-140. Con respecto al último punto mencionado, las críticas clásicas y más certeras al peligro de un posible ejercicio discrecional ilimitado por parte de aquellos que interpretan la Constitución fueron plateadas por Carl Schmitt. Véase: SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

<sup>325</sup> PINO, Giorgio, *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 193.

de lo que se trata es de llevar a cabo una operación de “cálculo” del “peso” o importancia de un determinado principio en relación a un caso específico, para ver qué tan pertinente es aplicarlo, o mejor dicho, en qué medida ese principio merece ser aplicado a ese caso concreto<sup>328</sup>. Así pues, de manera general, se puede entender por balance o ponderación como aquella “técnica argumentativa generalmente utilizada para decidir judicialmente un caso que parece simultáneamente subsumible bajo dos o más normas en conflicto, y en el que falta un criterio de coordinación formalmente previsto o convencionalmente aceptado por los operadores jurídicos”<sup>329</sup>.

Como se ha dicho, tras la ponderación uno de los principios cede frente al otro, sin que su desplazamiento implique su invalidez. Pero, el hecho de que un principio ceda frente a otro, no significa que la ponderación establezca algún tipo de prevalencia o jerarquía entre los principios; ya que esa preferencia es solo para el caso concreto que se está resolviendo. La ponderación, entonces, “no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos

---

<sup>328</sup> Para una interesante discusión acerca de la ponderación, puede consultarse: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, Parte III: Debate sobre el neoconstitucionalismo, pp. 211 y ss.: PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, pp. 213-235 (específicamente pp. 220 y ss.), explica y defiende la ponderación como una característica sobresaliente del neoconstitucionalismo. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, pp. 237-264 (específicamente pp. 250 y ss.), critica la ponderación como un mecanismo de aplicación artificial, defendiendo, en cambio, el procedimiento subsuntivo de aplicación de normas. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Réplica a Juan Antonio García Amado”, pp. 265-288 (específicamente pp. 274 y ss.) replica a las críticas de García Amado, señalando, principalmente, que estas se basan sobre errores conceptuales o de comprensión de la dinámica del juicio de ponderación. Finalmente, BERNAL PULIDO, Carlos. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, pp. 289-325 (específicamente pp. 314-315, y 316 y ss.), tras exponer las ideas de Prieto Sanchis y García Amado, hace un lúcido análisis de los límites de la racionalidad de la ponderación, aunque eso no significa que no haga una decidida defensa de la ponderación como método necesario para una adecuada aplicación de los principios en el contexto neoconstitucional. También se puede encontrar una interesante crítica a la ponderación en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”. En: FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Pensamientos de Derecho Constitucional. Blog*. Lima, 25 de agosto de 2015. Disponible en: <<https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf>>

<sup>329</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 133

fundamentales, ni de un orden lexicográfico de principios de justicia”<sup>330</sup>. Lo que se da aquí, más bien, de manera más precisa, es la introducción de una relación de “prevalencia condicionada”<sup>331</sup>, que se expresa a través de una “ley de colisión”, según la cual, entre principios “no existen relaciones absolutas de precedencia”<sup>332</sup>. Una relación de prevalencia condicionada es lo opuesto a una relación de prevalencia incondicionada. Esta última es “una jerarquía absoluta o en abstracto”<sup>333</sup>. Cuando se establece este tipo de relación, entonces no habrá ningún caso existente ni futuro, en el cual el principio que es declarado como superior a otro no prevalezca sobre este último (así, si se establece la prevalencia absoluta del principio de no discriminación sobre la libertad de asociación, entonces no habrá ningún caso en el cual estos principios se enfrenten en el cual el derecho al honor prevalezca sobre la libertad de expresión). En cambio, una relación de prevalencia condicionada “consiste en indicar las condiciones en presencia de las cuales un principio prevalece sobre otro”<sup>334</sup>. Esto es, solo bajo ciertas condiciones un principio prevalecerá sobre otro; no es, pues, algo definitivo ni absoluto. Así, en un caso concreto, el juez puede establecer que el derecho a un medio ambiente sano se opone y prevalece sobre el derecho a la propiedad de una empresa que está contaminando gravemente cierta área; pero de esto no se deriva que siempre el derecho a un medio ambiente sano se impondrá sobre el derecho a la propiedad, sino que, más bien, solo cuando se dan las circunstancias fácticas “C”, análogas a las presentes en el caso concreto tratado (o sea, cuando se verifican las condiciones “C”) el derecho a un medio ambiente sano

---

<sup>330</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 77, mayo-agosto de 2006, p. 61.

<sup>331</sup> MANIACI, Giorgio. “Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 20, abril de 2004, p. 142.

<sup>332</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 95.

<sup>333</sup> MANIACI, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 143.

prevalecerá sobre el derecho a la propiedad. Para Alexy, el establecimiento de esta prevalencia condicionada de un principio sobre otro tiene la naturaleza de una regla<sup>335</sup>, la cual tiene dos características: «es una regla *prima facie* en el sentido de que puede perder su carácter definitivo, en cuanto sea posible introducir excepciones cuyo número no es predeterminable *a priori*, y es una relación de prevalencia “relativa” solamente a algunas de las circunstancias en relación a las cuales los dos principios pueden entrar en conflicto, porque en circunstancias diversas la jerarquía entre los principios puede ser invertida»<sup>336</sup>. Con relación a esto último, dice Alexy que, “la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”<sup>337</sup>.

Ahora bien, un presupuesto para la apelación a la ponderación es que existan varias normas que sean válidas y relevantes (o aplicables) para el caso. Al no haber un criterio jurídico predeterminado que dé prioridad a una de las normas en conflicto, el juzgador tiene que decidir cuál de las normas es más relevante al caso, y por ello, predominante frente a las otras, buscando en la medida de lo posible un equilibrio entre las normas en confrontación<sup>338</sup>. Como se ha dicho, la ponderación supone un conflicto entre normas, las cuales son, de manera general, principios (que, usualmente, expresan derechos fundamentales); no obstante, pueden entrar en conflicto también principios versus “intereses” (entendiendo por “interés”

---

<sup>335</sup> Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 94.

<sup>336</sup> MANIACI, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>337</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 92-93.

<sup>338</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 133.



algo similar a las *policies* o directivas de Dworkin<sup>339</sup>), siempre y cuando esos intereses cumplan con el requisito de tener algún tipo de fundamento constitucional (pues, de no ser así, el conflicto se podría solucionar fácilmente recurriendo al conocido criterio jerárquico de solución de antinomias o conflictos normativos)<sup>340</sup>.

Según lo que nos dice Alexy, la aplicación de los principios mediante la ponderación se rige por la “Ley de ponderación”, que según este autor puede ser enunciada de la siguiente forma:

*“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*<sup>341</sup>.

La ponderación, a su vez, en la teoría de Alexy, se encuadra en el núcleo del “principio de proporcionalidad”, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos dan la pauta de cómo debe llevarse a cabo la aplicación de los principios, y lo hacen de la siguiente manera:

Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimalidad de Pareto.

---

<sup>339</sup> Véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, *op cit.*, pp. 72 y ss. En este sentido, un interés, que puede tener respaldo constitucional, y que no es un principio o derecho fundamental, puede ser la seguridad nacional. Este interés puede, por ejemplo, entrar en conflicto con el derecho a la libertad de información (piénsese en un caso en el cual un canal de televisión emite un reportaje sobre presuntos actos de corrupción en las Fuerzas Armadas; pero en ese reportaje se revelan compras de armamento que pueden ser reservadas o secretas, por razones de seguridad nacional). También podemos encontrar una colisión entre un derecho y un interés cuando se opone la “forma democrática” o el “Estado de derecho” frente a la libertad de asociación o derecho a la participación política (por ejemplo, en el caso de una persona o grupos de personas que quieren formar un grupo o partido político antidemocrático, violentista o que se opone abiertamente a alguno de los principios básicos del Estado de derecho, como puede ser la igualdad de las personas, como sería el caso de un partido u organización racista).

<sup>340</sup> PINO, Giorgio, *Op. cit.*, pp. 189-190

<sup>341</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 22, Número 66, Septiembre – Diciembre 2002, p.31; también: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op cit.*, p. 161.

En cambio, en el caso del principio de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit) en sentido estricto —que también cabe denominar, sin más, «principio de proporcionalidad» (Proportionalität)—, se trata de una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas, además de por reglas, quedan determinadas esencialmente por principios opuestos. Este es el terreno de la ponderación, pues la ponderación no consiste en nada más que en la optimización de principios opuestos. De ahí que esta teoría de los principios sea, ante todo, una teoría de la ponderación<sup>342</sup>.

Para entender por qué en la teoría de Alexy, la forma de aplicación propia de los principios es la ponderación, hay que recordar que, para este autor, mientras las reglas son normas que “ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente”, y por ello, son mandatos definitivos; los principios vienen a ser “mandatos de optimización”, que exigen que algo se realice en la mayor medida posible, pero dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes<sup>343</sup>. Ahora bien, cuando Alexy dice que los principios exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, supone el reconocimiento por parte de Alexy de que eso “mandado” por los principios puede encontrar límites a su cumplimiento tanto en las disposiciones jurídicas como en las condiciones fácticas, de la realidad. Por ello, no siempre (y en realidad, casi nunca) los principios llegan a ser aplicados en un cien por ciento. Por ejemplo, si se toma el recurrido caso de la colisión entre libertad de expresión y derecho al honor, es posible que en un específico caso se permitan ciertas expresiones que *prima facie* pueden ser calificadas de ofensivas, burlonas o aún injuriosas (por ejemplo, si en un diario aparece una caricatura o en un programa se hace mofa de una persona determinada), lo cual significaría una limitación al derecho al honor de esa persona

---

<sup>342</sup> ALEXY, Robert. “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 32, 2009, p. 83.

<sup>343</sup> ALEXY, Robert. “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”, op cit., 82.

(blanco de la burla u “ofensa”) en favor de la libertad de expresión; pero, en ese mismo caso, es posible que no se llegue a autorizar o avalar otras expresiones, que sí vendrían a ser consideradas como “intolerablemente” ofensivas. En otras palabras, no toda expresión viene a estar permitida libremente. De hecho, es bastante conocido el caso –referido por el mismo Alexy- de la demanda contra la revista satírica *Titanic*, entablada por un oficial del ejército alemán discapacitado<sup>344</sup>. El militar enjuició a la revista porque ella lo había calificado, en uno de sus números, como “asesino nato”, y en otro, como “tullido”<sup>345</sup>. Al resolver la disputa en última instancia, el Tribunal Constitucional alemán, consideró que, mientras la calificación de “asesino nato” constituía una afectación moderada o leve al derecho al honor del oficial (puesto que era usual usar expresiones semejantes en los contextos satíricos); la calificación de “tullido” (más aun tratándose de una persona discapacidad) sí debía considerarse una afectación muy grave a su honor, y por tanto, debería prevalecer la defensa de este derecho sobre la libertad de expresión de la revista en ese caso específico (con lo cual, la aplicación del principio de libertad de expresión no se dio de manera totalmente completa).

Pues bien, todo esto lo que viene a mostrar es que la aplicación de los principios no se da de forma tajante, sino que se modera o se mesura el “grado” o “nivel” en que deben ser

---

<sup>344</sup> Véase, entre otros lugares: ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 18-21 y 25-27; ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *op cit*, pp. 34-37 y 39; y, ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, pp. 114-115. Una exposición más detallada del caso –y que le sirve al autor para, más bien, criticar el juicio de proporcionalidad- se puede encontrar en: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, *op cit*, específicamente pp. 13 y ss.

<sup>345</sup> Aunque, cabe precisar que, como bien señala Atienza, con respecto a la palabra “tullido”, “la correspondiente expresión alemana no describe meramente la condición de inválido, como ocurrió en tiempos pasados, sino que esa expresión se usa ahora para insultar o degradar incluso a quienes no tienen ningún defecto físico”, siendo, por tanto, quizá la palabra “tarado” la que en español exprese mejor esa connotación despectiva. ATIENZA, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 44, 2010, p. 49.

cumplidos. Es por eso que, según Alexy, los principios, para ser aplicados efectivamente, requieren ser sometidos a una operación de ponderación, a diferencia de las reglas, las cuales, más bien, se aplican mediante una operación de mera subsunción (en tanto no requieren determinación de gradualidad alguna, pues ellas en sí no son graduables, son “todo o nada”).

Finalmente (y aunque parezca obvio) debe recordarse que la apelación a la ponderación solo se da en la medida que el conflicto normativo no puede ser resuelto mediante los tradicionales criterios de solución de antinomias normativas: jerárquico, cronológico y de especialidad. Si el conflicto pudiese ser resuelto mediante estos criterios, entonces no tendría mayor sentido recurrir a un medio adicional, como es la ponderación. Pero, desde el momento que se acepta que lo que hay en conflicto son principios (o intereses constitucionalmente respaldados), y estos tienen una igual dignidad, puesto que ambos tienen un fundamento constitucional, entonces no es posible recurrir a los criterios de *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* o *lex specialis derogat generali*. No se puede usar el primero (criterio jerárquico), porque se trata de norma (principios) que tienen una misma jerarquía, están en el mismo nivel en el plano de su fuente (constitucional). No se puede usar el segundo criterio (cronológico) porque se trata de normas contenidas en un mismo documento (la Constitución), y por ello, son contemporáneos. Finalmente, no se puede utilizar el tercer criterio (de especialidad) porque entre las normas enfrentadas no existe una relación de especialidad, por lo tanto, ninguna de las normas en conflicto es especial con respecto a la otra. No existiendo, entonces, una jerarquía entre los principios

enfrentados, se llega a un punto muerto, que solo puede ser resuelto recurriendo a una técnica alternativa a los criterios mencionados, la cual viene a ser la ponderación<sup>346</sup>.

### 2.2.3. La estructura de la ponderación

La cuestión de la estructura de la ponderación (es decir, de cómo está organizada y relacionados sus distintos elementos) es de suma importancia, puesto que de esta depende su racionalidad, y en última instancia, su legitimidad. En efecto, la legitimidad de la ponderación depende de que esta sea racional (si resulta que la ponderación es un método arbitrario, es decir, no racional, entonces no sería legítimo). Pero que sea o no racional, dependerá de cómo esté estructurada la ponderación (i.e., que tenga una estructura que garantice la toma de decisiones racionales). Como dice Alexy,

La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional<sup>347</sup>.

La ponderación –como se ha dicho antes- está incluida dentro del principio más general que es el “principio de proporcionalidad”. El principio general de proporcionalidad no es sino un “criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante

---

<sup>346</sup> PINO; Giorgio. *Op. Cit.*, pp. 186-187.

<sup>347</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13.

para el legislados”<sup>348</sup>. Su aplicación obedece a un presupuesto: que los derechos fundamentales poseen tanto un contenido *prima facie*, como un contenido definitivo.

El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie* el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho a perpetrar un homicidio. Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de la libertad<sup>349</sup>.

De esto último resulta el contenido definitivo de los derechos (en este caso, de un aspecto del derecho a la libertad). No obstante, debe quedar claro que estos límites que se imponen no son absolutos, sino que deben ser, justamente, proporcionales. Por eso, se ha definido también –con razón–, al principio de proporcionalidad como un “límite de los límites de los derechos fundamentales”<sup>350</sup>. La idea que se quiere expresar con esta definición es la siguiente. En los Estados constitucionales, los individuos gozan de unos derechos y libertades preexistentes; estos derechos y libertades, no obstante, pueden ser legítimamente restringidos o limitados por el Estado, en aras de armonizar los derechos de cada uno con los de terceros, evitando así el caos social. Sin embargo, estos límites impuestos por el poder político a los derechos y libertades de los individuos no son absolutos, sino que tienen que estar, ellos también, sujetos a ciertos límites<sup>351</sup>. De todos ellos, el más importante vendría a ser el principio de proporcionalidad, según el cual, “en el Estado constitucional no puede valer

---

<sup>348</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 132.

<sup>349</sup> *Ibid.*, pp. 133-134.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>351</sup> *Ibid.*, loc cit.

cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas (...); necesarias (...); y proporcionales en sentido estricto (...)"<sup>352</sup>. Por esta razón se dice que el principio general de proporcionalidad consta de tres subprincipios: el (sub)principio de idoneidad, el (sub)principio de necesidad y el (sub)principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, como también ya se ha dicho, para Alexy, los derechos fundamentales son principios; además se ha dicho que para Alexy los principios se caracterizan por ser “mandatos de optimización”, es decir, “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes”. Se entiende que las “posibilidades jurídicas” de las que se habla, están definidas por las reglas y principios opuestos (al principio que se quiere optimizar); mientras que las posibilidades fácticas se derivan de las condiciones de hecho; y la “mayor medida posible” en que debe realizarse el principio, solo puede determinarse mediante la confrontación de ese principio con los principios opuestos, con lo que se establece una colisión entre principios (que se entiende, solo podrá resolverse mediante la ponderación)<sup>353</sup>.

Pues bien, se entiende que ese ideal de optimización, es decir, de lograr que “algo sea realizado en la mayor medida posible” va a ser expresado a través de (y tienen como medios a) los tres (sub)principios antes mencionados<sup>354</sup>. Los dos primeros, los principios de idoneidad y necesidad, tienen que ver con la pretensión de optimización relativa a las

---

<sup>352</sup> Ibid., p. 82.

<sup>353</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS. “Estructura y límites de la ponderación”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 26, 2003, p. 226.

<sup>354</sup> “(...) los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios”. ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 26.

condiciones fácticas (aunque no tenga que ver con la idea de “punto máximo”)<sup>355</sup>. Ambos subprincipios consisten en el establecimiento de relaciones de medio a fin. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, tiene que ver con la aspiración de optimización relativa a las condiciones jurídicas<sup>356</sup>.

El primer principio, el de idoneidad o adecuación, busca garantizar que todo medio que afecte a un derecho fundamental, sea idóneo para el cumplimiento o protección del otro derecho fundamental<sup>357</sup>; por ello, “excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir”; su ideal es que “una posición puede ser mejorada sin que resulten perjuicios para otra”<sup>358</sup>. Así pues, el subprincipio de idoneidad tiene la naturaleza de un criterio negativo, que sirve para detectar “qué medios no son idóneos” (no señalando, expresamente, cuáles *son* los medios idóneos según el caso): “Un criterio negativo de esta naturaleza no lo fija todo, sino que únicamente excluye algo: los medios no idóneos”<sup>359</sup>.

El principio de necesidad, por su parte, afirma que, si hay dos medios que favorecen por igual a un principio, se debe elegir aquel de los dos medios que afecte en menor medida al otro

---

<sup>355</sup> “Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas”. ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 27.

<sup>356</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 15; también: ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit., p. 111 y p. 112. Dice Alexy: “En cuanto mandatos de optimización, los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas. Estas últimas se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario”. ALEXY, Robert. “Epílogo a la *teoría de los derechos fundamentales*”, op cit, p. 31.

<sup>357</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p.211.

<sup>358</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit, p. 111.

<sup>359</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 28.



principio en oposición<sup>360</sup>. Implica corroborar que no puede satisfacerse el derecho concurrente mediante una vía alternativa que sea menos onerosa<sup>361</sup>. La idea es que, si existe un medio que afecta en menor medida a un principio, pero es igualmente idóneo, entonces, una de las posiciones se puede mejorar sin que se vea perjudicada la otra<sup>362</sup>. La condición de aplicación de este subprincipio es la siguiente: “A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra”<sup>363</sup>. Este subprincipio, además, al igual que el de idoneidad, implica llevar a cabo una selección de medios para lograr un fin<sup>364</sup> (la optimización de los principios). Es importante señalar, no obstante, que al Legislador no se le impone una obligación de escoger siempre el medio más benigno; lo que este subprincipio indica es simplemente que “si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, *sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales*”<sup>365</sup> [énfasis nuestro].

Ahora bien, si no es posible evitar costos o sacrificios, entonces será necesario recurrir a la ponderación para resolver el conflicto<sup>366</sup>. Como dice Bernal Pulido, “la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede

---

<sup>360</sup> “Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado”. ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 28.

<sup>361</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 211

<sup>362</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit, p. 111.

<sup>363</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit, p. 29

<sup>364</sup> Ibid, loc cit.

<sup>365</sup> Ibid, loc cit.

<sup>366</sup> La ponderación aparece cuando “se abandona el ámbito de la optimización relativo a las posibilidades fácticas [y se] pasa al terreno de la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas”. ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 31.

fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”<sup>367</sup>. Esos tres elementos son: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

a) *La ley de ponderación.*

La ponderación es objeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual se puede identificar con la llamada “ley de ponderación”<sup>368</sup> (o, si se quiere, más precisamente, se le puede llamar “ley material de la ponderación”<sup>369</sup>). Según esta ley: “cuanto mayor sea la medida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”<sup>370</sup>. Ahora bien, según Alexy, la ponderación (en sentido estricto, o ponderación “propiamente dicha”, o aplicación de la “ley de ponderación”) puede descomponerse en tres pasos: “En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”<sup>371</sup>. Se puede notar que el primer y segundo paso de la ponderación son análogos, ya que “[e]n ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en

---

<sup>367</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 227.

<sup>368</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit, p. 112.

<sup>369</sup> En contraposición a la “ley epistémica de la ponderación”, de la que se hablará más adelante, y que se refiere, no a aspectos materiales, como lo hace la “ley de ponderación”, sino en la calidad epistémica de las razones que sustentan una injerencia sobre un principio. Véase: ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 38; también: ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit, p. 55.

<sup>370</sup> Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161. También: ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p 31.

<sup>371</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit., p. 112. También: ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 32.

la satisfacción –del segundo principio<sup>372</sup>; por ello se pueden denominar conjuntamente como “determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto”.

Análíticamente, la ley de ponderación claramente se puede ver que posee tres magnitudes o variables: la primera es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, que puede ser llamado también, “intensidad de la intervención”. En tanto las intervenciones que se pueden hacer sobre los principios siempre son concretas; por ello la intensidad de la intervención viene a ser una magnitud concreta<sup>373</sup>. La segunda magnitud o variable es la importancia de la satisfacción del otro principio en juego (principio opuesto al primero). “A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta<sup>374</sup>. Ambas magnitudes pueden ser valoradas en una escala de tres grados: como leves, moderadas o graves. Por último, la tercera variable es la seguridad de las apreciaciones empíricas; se trata en este caso de una variable epistémica.

A partir de este punto, con la introducción de la “ley de ponderación”, empiezan a aparecer elementos “cuantitativos”, como son el *grado* de no satisfacción de un derecho, el *peso* o la *dimensión* de importancia de un derecho, etc.<sup>375</sup>. Por ello, algún autor ha afirmado que, al menos en la versión de Alexy, “la subsunción funciona según las reglas de la lógica, mientras la ponderación según las reglas aritméticas<sup>376</sup>. Y es que, según Alexy, los conceptos de no satisfacción, violación o importancia, se pueden expresar a través de variables cuantitativas,

---

<sup>372</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 227.

<sup>373</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., pp. 37-38.

<sup>374</sup> Ibid, p. 38.

<sup>375</sup> PINO, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 212.

<sup>376</sup> Ibid., p. 213.

como cuando se establece una escala de tres intensidades o niveles entre ellos: así ocurre cuando se propone que una violación puede ser “grave”, “mediana” o “leve”; o que la importancia de un derecho puede ser “baja”, “mediana” o “alta”. Pero, además,

(...) el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad<sup>377</sup>.

Aquí cabría hacer una precisión. Para Alexy, hablar de “no satisfacción” o de “afectación”, en estricto no es lo mismo. Uno de los términos (“no satisfacción”) se relaciona más con los derechos de defensa; mientras que el otro (“afectación”) con los derechos de protección; aunque, para ambos, siempre que se traten de derechos fundamentales, las medidas que los afectan representan intervenciones. Sin embargo, como el propio autor alemán reconoce, la flexibilidad del lenguaje hace que se pueda hablar de “no satisfacción”, “afectación”, “intervención”, etc., más o menos libremente<sup>378</sup>. Por nuestra parte, no profundizaremos más en esta cuestión terminológica, por no ser esencial a nuestro trabajo.

Finalmente, la tercera variable en juego para determinar si la intervención sobre el primer principio se justifica por la satisfacción del principio opuesto, es “la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto (...) proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge

---

<sup>377</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 228.

<sup>378</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. *Op cit.*, pp. 22-23.

del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio”<sup>379</sup>.

Ahora bien, estos elementos convertidos en variables numéricas, se pueden ordenar en una fórmula, llamada “fórmula del peso”, de la cual se obtendrá un cociente que indicará cuál de los dos derechos o principios en conflicto posee un mayor peso en el caso específico<sup>380</sup>. La “fórmula del peso” servirá para relacionar los pesos concretos y abstractos de los principios, con la seguridad de las premisas empíricas, a fin de determinar si la relevancia de la satisfacción del principio opuesto justifica la limitación del primer principio<sup>381</sup>.

b) *La fórmula del peso*

La fórmula del peso, enunciada por Alexy, es la siguiente<sup>382</sup>:

$$GPI_{jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

<sup>379</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, pp. 228-229

<sup>380</sup> PINO; Giorgio. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>381</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 229.

<sup>382</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. *Op cit.*, p. 39. También: ALEXY, Robert. “Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, p. 41.

Esta fórmula expresa el tercer elemento de la estructura de la ponderación. Según Alexy, la fórmula del peso “complementa la ley de colisión y la ley de ponderación”<sup>383</sup>. Esta fórmula debe ser interpretada de la siguiente manera:

(...) el peso del principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$ , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio  $P_i$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio  $P_j$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2º, o sea 1; medio 2<sup>1</sup>, o sea 2; e intenso 2<sup>2</sup>, es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2º, o sea, 1; plausible 2<sup>-1</sup>, o sea ½; y no evidentemente falso 2<sup>-2</sup>, es decir, ¼.<sup>384</sup>

Según Bernal Pulido, la fórmula del peso de Alexy viene a ser una “nueva ley de ponderación”, la cual establece una relación de precedencia condicionada tomando en cuenta no solo la comparación de la importancia de los principios en juego en el caso concreto (comparación entre el “grado de afectación de un principios” frente a la “importancia de la satisfacción del otro”), sino también otras dos variables adicionales: el peso abstracto de los principios y la seguridad de las premisas empíricas (o sea, “la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios”)<sup>385</sup>. Por eso, dice Alexy que la versión completa de la fórmula del peso contiene,

(...) junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia. Esto significa

---

<sup>383</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit, p. 41.

<sup>384</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, pp. 229-230.

<sup>385</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, op cit., p. 66.

que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores<sup>386</sup>.

Tomando en cuenta esto, para Bernal Pulido esta “nueva ley de ponderación” debería entonces formularse de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi a la luz de las circunstancias del caso”<sup>387</sup>.

Aquí nos parece pertinente hacer una breve referencia a la variable referida al grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, tanto a la intensidad que la medida tiene sobre la afectación o no realización de un principio, como sobre la realización del otro. Esta variable tiene que ver con la(s) certeza(s) que la medida (que recae sobre los principios) genera. Según Alexy, uno de los criterios para determinar esa certeza de la medida implementada, si no el principal, es “la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto”<sup>388</sup>. Ahora bien, los derechos fundamentales “exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor cuanto más intensa sea la intervención en el derecho”<sup>389</sup>. A partir de esto, se puede elaborar una ley que llama “ley epistémica de la ponderación” (“epistémica” porque “no se basa en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica”<sup>390</sup>). Esta “ley epistémica de la ponderación”

---

<sup>386</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 33.

<sup>387</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, op cit., p. 66.

<sup>388</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 38.

<sup>389</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., pp. 54-55.

<sup>390</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 38. En oposición, la “ley de ponderación” mencionada antes, que define el tercer subprincipio de proporcionalidad, o principio de proporcionalidad en sentido estricto,

señala que: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”<sup>391</sup>.

Alexy señala que, mientras la ley de ponderación en sentido estricto, o ley *material* de ponderación (véase *supra*), “hace énfasis en la intensidad de la intervención (el grado de la no satisfacción o de la afectación) (...) la ley epistémica de la ponderación se refiere al peso de la intervención”<sup>392</sup>. Este “peso de la intervención” está integrado por dos magnitudes: la intensidad de la intervención y el peso abstracto del principio afectado. El “peso” está definido como el producto de ambas magnitudes; y las dos aparecen en la fórmula del peso<sup>393</sup>.

Ahora bien, en el caso de esta ley epistémica de la ponderación es posible válidamente hablar de “grados de seguridad o certeza y de inseguridad o incertidumbre de las premisas empíricas del Legislador”<sup>394</sup>; lo cual, consecuentemente, implica la posibilidad de poder hablar también de “escala de rangos” epistémicos. Así, Alexy propone que es posible usar una escala de tres niveles (similar al “intenso” o “grave”, “moderado” y “leve” de la escala material), pero, en este caso, los tres niveles se corresponden con tres grados epistémicos o de conocimiento, los cuales serían: “cierto” o “seguro”, “plausible” y “no evidentemente falso”; de aquí que se puedan derivar, a partir de ellos, tres grados de intensidad en el control epistémico de las razones: “el control material intensivo”, “el control de plausibilidad” y “el control de

---

vendría a ser la “ley *material* de la ponderación”. También: ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 55

<sup>391</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 38; ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 55

<sup>392</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 55

<sup>393</sup> Ibid., loc cit.

<sup>394</sup> Ibid., p. 56.



evidencia”<sup>395</sup>. Así pues, ante una intervención intensa (como, por ejemplo, establecer una pena de muchos años de prisión, la incautación de todos los bienes o la prohibición de por vida para ejercer una profesión), se exigirá una certeza elevada con respecto a las premisas empíricas que justifican esa intervención; no siendo suficiente, por tanto, solo poseer una certeza media o plausible (en otras palabras, la certeza media o la sola plausibilidad de las premisas no justificaría una intervención intensa sobre los derechos fundamentales). Consecuentemente, entonces, si un Tribunal permite, como justificada, una intervención basada en premisas plausibles, entonces resulta que –tácitamente- ese Tribunal está reconociendo que esa intervención tiene (o ha de tener) un nivel que no es de alta intensidad (puede ser leve o moderado). Por otra parte, cuando el Tribunal acepta que son suficientes premisas empíricas que no son evidentemente falsas para justificar una intervención sobre un derecho (y por lo tanto, que estamos ante el grado de certeza más reducido de la escala epistemológica), entonces ese Tribunal ha encontrado que esa intervención es de la magnitud más baja<sup>396</sup>.

La certeza de las premisas que fundamentan la intervención cobran una gran importancia si se considera que estas influyen a la hora de establecer la idoneidad y necesidad de las medidas

---

<sup>395</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 38; ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 56: “(...) el Tribunal Constitucional emprendió el intento de diferenciar entre tres grados de intensidad en el control: «el control material intensivo», «el control de plausibilidad» y «el control de evidencia». De este modo, construyó un modelo epistémico triádico que tiene inmensas similitudes formales con el modelo triádico material”.

<sup>396</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 56-57: “(...) en caso de que la intervención sea de alta intensidad será preciso exigir una elevada certeza en las premisas empíricas que la sustentan. Esta exigencia corresponde al control material intensivo (...). Si tanto la intensidad de la intervención como el grado de importancia alcanzan el rango más alto, nunca es suficiente una certeza apenas media del lado del principio contrario para justificar con seguridad las injerencias que se practican en el lado del objeto de la intervención. Por su parte, existe una certeza media cuando las premisas son plausibles o estimables. Cuando el Tribunal Constitucional Federal (...) permite que las apreciaciones empíricas del Legislador sean sólo «plausibles», reconoce entonces implícitamente que, desde su punto de vista, la intervención no presenta la máxima intensidad. Asimismo, algo similar es válido cuando basta que no sea evidente que las premisas empíricas sean falsas. Esto último corresponde al grado de certeza más restringido del modelo triádico simple”.

(mejor dicho, a la hora de examinar si las medidas son idóneas o necesarias). En efecto, para saber si una medida es idónea o necesaria, es preciso antes tener un conocimiento cierto de los aspectos empíricos, de la realidad, sobre la cual se va a intervenir. O sea, solo a partir de los datos empíricos o del conocimiento cierto de la realidad podremos concluir si algo (una medida “x”) es idónea o necesaria (para lograr algo). Por ello, en el caso de intervenciones en los derechos fundamentales, solo debe admitirse aquellas en las cuales se establece la veracidad de las estimaciones empíricas, que son de las cuales depende la idoneidad y la necesidad<sup>397</sup>. El factor epistemológico, es decir, el conocimiento empírico, aparece así como un pre requisito de los exámenes de idoneidad y necesidad. Determinar si el Legislador puede o no prohibir legítimamente algo, por ejemplo, el uso de la marihuana, dependerá de si “la intervención en la libertad iusfundamentalmente protegida que subyace a esta prohibición es idónea y necesaria para disminuir los peligros que están asociados con esa droga. Si la prohibición penal no fuera idónea o necesaria para este fin estaría prohibida definitivamente por los derechos fundamentales”<sup>398</sup>. Como la otra cara de la moneda de lo dicho hasta aquí, hay que recalcar que también la incertidumbre juega un papel relevante en los exámenes de idoneidad y de necesidad<sup>399</sup>: “Si el Legislador está autorizado para basar su intervención en el derecho fundamental en premisas inseguras, entonces es posible que, a causa de la admisión de estimaciones falsas, el derecho fundamental se quede sin protección, a pesar de que en realidad sea vulnerado”<sup>400</sup>. Es decir, si el Legislador basa su intervención en premisas empíricamente inseguras, puede llegar a no proteger un derecho que –en la realidad–

---

<sup>397</sup> ALEXY, Robert. “Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 49.

<sup>398</sup> Ibid, loc cit

<sup>399</sup> Ibid, loc cit.

<sup>400</sup> Ibid, p. 52.

efectivamente está siendo vulnerado. Esto muestra de manera patente la importancia de la certeza (y a su vez, de la incertidumbre), en la labor de protección de los derechos fundamentales. Por otro lado, si el conocimiento de las premisas condiciona las decisiones que pueda tomar el Legislador, entonces es posible que dicha decisión pueda resultar equivocada, aun cuando haya sido tomada legítimamente, siendo la fuente del error las posibles deficiencias en las investigaciones empíricas que sustentaron la decisión<sup>401</sup>.

Finalmente, cabe aquí hacer la observación de que la fórmula del peso (como ocurre también con la ley de ponderación) no representa “un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta”; por el contrario, deja un margen de discrecionalidad al juzgador, para que decida a partir de sus apreciaciones subjetivas e ideológicas. No obstante, esto no debe interpretarse como una carencia de racionalidad en este método; ya que, en la medida que explicita sus propios límites de aplicación, esto debe tomarse como una manifestación de racionalidad<sup>402</sup>. De hecho (y esto ampliado también a la ponderación en general), para Alexy la racionalidad de un procedimiento no tiene que ver con el hecho de que este sea “algorítmico”, lleve siempre a las mismas respuestas o elimine del todo el ámbito de subjetividad del juzgador. Es por eso que el autor alemán afirma, con respecto a la ponderación, que ella, aunque no en todos los casos, sí en algunos, puede establecer un

---

<sup>401</sup> Ibid., p. 60. Así dice Alexy: “Si está permitido adoptar una decisión, porque ésta se enmarca dentro del margen de acción epistémico, entonces no puede descartarse que dicha decisión, aun cuando pueda ser tomada legítimamente, esté equivocada. La equivocación podría aparecer claramente en razón de investigaciones empíricas que no habían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. Consecuentemente, los márgenes de acción epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse como aquello que estos derechos ordenan, prohíben y permiten”.

<sup>402</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, op cit., p. 73

resultado racional, y que la existencia de estos casos es suficiente como para justificar a la ponderación como método<sup>403</sup>.

c) *Las cargas de argumentación*

Este tercer elemento funciona cuando se da un empate entre los valores resultantes tras la aplicación de la fórmula del peso, o sea, cuando ocurre que los principios enfrentados poseen pesos iguales<sup>404</sup>. En efecto, un caso de empate se define como “aquel en el que ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro, independientemente de si tiene una fuerza positiva o negativa”<sup>405</sup>.

Pues bien, con respecto a este elemento, como bien señala Bernal Pulido, parece que Alexy sostiene dos tesis distintas. En su *Teoría de los derechos fundamentales*, el autor alemán defiende que la carga argumentativa juega en favor de la libertad y la igualdad (“*in dubio pro libertate*”). Según esta postura, ningún principio puede prevalecer sobre la libertad y la igualdad, a menos que este principio opuesto a ellas muestre razones más fuertes a su favor<sup>406</sup>. De aquí se puede interpretar que, en el caso de que se dé un empate entre un principio X, y la libertad o la igualdad (a las cuales se opone el principio X), entonces la precedencia se debe dar a la libertad o la igualdad, las cuales solo se verán desplazadas en los casos en que los principios que se le oponen tengan más peso que ellas. O sea, el empate favorece a la igualdad y la libertad. La consecuencia práctica de esta postura es que, si en un caso, una medida o ley afecta a la libertad o a la igualdad, y los principios sobre los que se

---

<sup>403</sup> ALEXY, Robert. “Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 32.

<sup>404</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, pp. 230-231.

<sup>405</sup> ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, op cit., p. 32.

<sup>406</sup> Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 549-551.

sustenta esa medida o ley resulta que no obtienen un peso mayor que el de la libertad o igualdad, entonces la medida debe ser considerada desproporcionada, y en caso de la ley, declarada inconstitucional<sup>407</sup>. La fundamentación para esta postura se encuentra en el hecho de que, en el Estado constitucional, se asume que, en principio, el ámbito de la libertad de los individuos es ilimitado, por lo cual, cualquier intervención del poder político sobre la libertad individual debe estar justificada; de manera que, si una intervención no puede justificarse –de modo que muestre que ella sirve para la realización del fin legislativo–, entonces esa intervención es ilegítima, y debe prevalecer la libertad<sup>408</sup>.

Habría que mencionar que, adicionalmente, en la misma *Teoría de los derechos fundamentales*, se establece otra carga de la argumentación; esta vez, a favor de las relaciones de precedencia condicionada que han sido resultado de previas ponderaciones realizadas por las Cortes o Tribunales Constitucionales. Se trata de una forma de carga a favor del precedente, por la cual, la precedencia condicionada establecida en una ponderación toma la forma de una regla (ver *supra*), válida para los casos futuros análogos, aunque solo de manera *prima facie*, es decir, válida a menos que se establezca que las razones en contra de la regla de precedencia condicionada pesan más que las razones para aplicarla<sup>409</sup>.

En cambio, en el “Epílogo” a la *Teoría de los derechos fundamentales* (y también en su artículo “La fórmula del peso”<sup>410</sup>) se defiende la tesis de que, en caso de empates se debe

---

<sup>407</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 231.

<sup>408</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *op cit.*, p. 789.

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 790.

<sup>410</sup> Al respecto véase: ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, *op cit.*, pp. 13-42; en especial ha de destacarse la conclusión que señala en la p. 40: “De esta manera se obtiene un empate, lo cual significa que una prohibición

interpretar que la medida (o ley) enjuiciada no es desproporcionada, y por lo tanto, es constitucional<sup>411</sup>. Así pues, en esta versión, los empates favorecen al acto enjuiciado (una medida o una ley), y no a la libertad o a la igualdad, y, en última instancia, juegan a favor “del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador”<sup>412</sup>. Explícitamente, Alexy trae a colación un caso en el cual el Tribunal Constitucional alemán declara que una determinada intervención “X” sobre la libertad de prensa resulta no ser desproporcionada; y lo es, no porque las razones que la sustentan son de más peso que la importancia de la libertad de prensa en ese caso, sino, precisamente porque se ha encontrado un empate entre el peso de las razones de la intervención y el peso de la libertad de prensa. Es decir, el Tribunal favoreció al Legislador en el caso de empate; o sea, manifiesta el criterio de que, en caso de empates, la carga juega en favor del Legislador<sup>413</sup>. El hecho de que haya una carga a favor del Legislador, además, le deja a este un margen de acción o libertad; es decir, como el empate le favorece, también hay espacio para la discrecionalidad: “(...) si se presenta un empate //I, al Legislador le está permitido no actuar. Dado que cuando se presenta esta constelación también le está permitido actuar si lo desea, entonces se debe aceptar que existe

---

penal de la manipulación de productos derivados del cannabis cae dentro del margen de acción del legislador”. De lo cual se depende que la opinión de Alexy, en este trabajo es que, en casos de empate, la carga juega a favor del Legislador.

<sup>411</sup> ALEXY, Robert. “Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, pp. 52-53

<sup>412</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 231.

<sup>413</sup> Dice Alexy: “En esta frase, las palabras «no desproporcionada» son especialmente significativas. El Tribunal no declara la constitucionalidad de la intervención en la libertad de prensa después de haber constatado que la importancia de la razón que fundamenta dicha intervención es mayor que la intensidad de ésta, sino que lo hace, más bien, una vez ha corroborado que existe una equivalencia, es decir, un empate //I”. ALEXY, Robert. “Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, p. 45.

un margen de acción, entendido (...) como un espacio de discrecionalidad en el que está permitido actuar o no actuar<sup>414</sup>.

Un último punto con relación a la propuesta de Alexy con respecto a los empates en el “Epílogo”. En esta obra el autor alemán señala que se debe precisar dos aspectos con relación a los empates: uno si se trata de una intervención, y otro si se trata de una omisión o no protección a un principio:

Si las razones para la intervención son tan fuertes como las razones que juegan en su contra, la intervención no es desproporcionada (...) Esta conclusión también tiene validez de manera correlativa para lo contrario a la intervención, es decir, para la omisión en la protección. Si las razones para que la protección sea omitida son tan fuertes como las razones para otorgar la protección, la omisión de la protección no es desproporcionada<sup>415</sup>.

Es claro que las hipótesis mencionadas antes solo se dan ante los casos de conflicto que involucran a la libertad y a la igualdad. Sin embargo, es difícil saber cuál de las dos posturas es la que se debe asumir. Es así que se presentan dos interpretaciones posibles:

Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios<sup>416</sup>.

Con todo, como se ha dicho, Alexy no determina cuál debe ser la interpretación definitiva. Ante esto, parece que la elección de una u otra postura dependerá de las valoraciones e

---

<sup>414</sup> ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, p. 45.

<sup>415</sup> *Ibid.*, pp. 45-46.

<sup>416</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, p. 232.

inclinaciones ideológicas del juzgador. Este es, claramente, un aspecto problemático de la teoría de Alexy.

#### 2.2.4. El desarrollo de la ponderación

Analizando en sentido amplio, según Laura Clérico el proceso de ponderación puede dividirse en ocho pasos<sup>417</sup>. Según esta autora, el *primer paso* de la ponderación consiste en la determinación de la colisión entre, al menos, dos normas fundamentales que no pueden aplicarse de forma completa al mismo tiempo y en las mismas circunstancias. Una de las normas es la que justifica el fomento de un derecho; mientras que la otra se refiere a la afectación de otro derecho debido a la promoción del primero; de manera que realizar uno implica la restricción del otro, o al revés<sup>418</sup>. El *segundo paso* de la ponderación sería la búsqueda de “reglas-resultado de la ponderación”, es decir, reglas que son producto de anteriores ponderaciones (en casos similares), y que por ello, serían vinculante *prima facie*, y que podrían llevar a la solución de la colisión sin apelar a la ponderación al caso específico (se trataría de un caso especial de aplicación de precedentes)<sup>419</sup>. Sin embargo, puede ocurrir (y de hecho ocurre) que la “regla resultado de la ponderación” no sea aplicable al nuevo caso por ser incorrecta o su justificación criticable. Por lo tanto, si ocurre que no hay “reglas

---

<sup>417</sup> Véase: CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo ‘especificacionista’ de Moreso”. En: BERNAL PULIDO, Carlos (editor). *La doble dimensión del Derecho. Autoridad u razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra Editores, 2011, pp. 211 y ss.; y también: CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional, op cit.*, pp. 257 y ss.

<sup>418</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 211; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 257 y p. 259.

<sup>419</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 212; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 257.



resultado” aplicables al caso, o existen pero son incorrectas o injustificadas, entonces se debe pasar al siguiente paso<sup>420</sup>.

El *tercer paso* de la ponderación viene a ser la ponderación entre los principios en conflicto. Al ponderar no se da una preferencia absoluta a uno de los principios; se toma en cuenta las circunstancias del caso concreto; y, se tiene como guía algunas reglas que determinan la intensidad de las restricciones aceptables, así como los límites a la aplicación de los principios<sup>421</sup>. El *cuarto paso* consiste en determinar la intensidad de la restricción al derecho *en abstracto*, es decir, el grado de no realización del derecho, o sea, “lo que no se puede seguir realizando a causa de la restricción que le produce la realización del principio que colisiona”. El grado de restricción expresa la relación entre la restricción o no realización de un principio y su posible realización total, pudiéndose establecer grados de restricciones: insignificantes, leves, medianas, intensas, muy intensas y extremadamente intensas; donde cada una de las restricciones incluye a la anterior, aunque “no siempre la extensión en general, significa la misma intensidad de la restricción en particular”<sup>422</sup>. Para poner un ejemplo: la prohibición de no fumar en un aula, es una restricción más leve que la que prohíbe fumar en toda la universidad; y la prohibición de no fumar en toda la universidad implica la de no poder hacerlo en las aulas. Sin embargo, de esto no se puede concluir automáticamente que siempre que haya una restricción más amplia esta será más intensa que

---

<sup>420</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 213; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, pp. 260-261.

<sup>421</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 214; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 258.

<sup>422</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 215; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 261.

una que es más acotada o restringida. Por ejemplo, la prohibición de todos los partidos políticos con excepción del Partido X es una prohibición más amplia que la prohibición de solo el Partido X. En abstracto, entonces, la primera puede considerarse como una limitación más intensa a la libertad de asociación y participación política que la segunda medida. Sin embargo, esto no necesariamente es así en el plano concreto, ya que en el caso concreto la segunda puede ser más intensa que la general para el caso de que el afectado sea un afiliado al Partido X. Por ello, se considera que “una valoración en concreto es inevitable a los efectos de la determinación de la *intensidad* de la restricción iusfundamental en el caso, en el que variables como la duración de la restricción o la urgencia en la satisfacción de un grado mayor de realización del derecho pueden jugar un papel importante”<sup>423</sup>.

Continuando con la propuesta de Clérico, el *quinto paso* vendría a ser la “determinación del peso abstracto del derecho afectado”. Esta determinación se puede dar por: “(i) la justificación a través de la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios, (iii) la justificación a través de sentencias anteriores”<sup>424</sup>. El peso abstracto que se le otorga a un principio se interpreta en el contexto de cada práctica constitucional o de protección de los derechos humanos<sup>425</sup>. Por ejemplo, en los Estados constitucionales liberales (el caso paradigmático es Estado Unidos), la libertad de expresión (por el valor que se le asigna en la discusión democrática) tiene un peso significativamente alto, lo cual hace que cualquier restricción a esta sea vista con recelo, y necesite ser justificada de manera mucho más fuerte que si se tratase de otras libertades.

---

<sup>423</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, pp. 215-216.

<sup>424</sup> Ibid, p. 217.

<sup>425</sup> Ibid, pp. 217-218; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas...”, p. 265.

El *sexto paso* en el proceso de ponderación sería la “determinación del peso abstracto del principio contrario”. En este caso, se aplican los mismos tres criterios mencionados para el quinto paso<sup>426</sup>. Por lo tanto, en este caso también la interpretación dependerá del contexto de cada práctica constitucional y de defensa de los derechos fundamentales. El principio contrario es aquel que se entiende es la razón para limitar al primer principio. El peso de este principio, para servir de límite al contrario, podría en un contexto, de manera abstracta, considerarse bajo. Así ocurre con el honor de los funcionarios públicos, que en los Estados de democracias liberales se le asigna un peso bajo *en abstracto*; por lo tanto, debería tratarse de una afectación muy grave al honor del funcionario –y esto debe estar sólidamente fundamentado- para que se pueda restringir, digamos, la libertad de expresión.

El *séptimo paso* es la “ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación propiamente dicha)”. Aquí se aplica la conocida “ley de la ponderación” de Alexy, según la cual “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”<sup>427</sup>. Esta ley establece una “relación entre grados de realización o de afectación e importancia de la realización de dos (o más) principios”<sup>428</sup>; y a la vez, “expresa que la optimización en relación a un principio en conflicto no se basa en otro, sino en la ponderación”<sup>429</sup>. De otro lado, la ley de la ponderación no establece por sí sola la magnitud de la restricción a un principio o derecho en un caso

---

<sup>426</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 219; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 267.

<sup>427</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op cit., p. 161; también: ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, op cit., p. 31.

<sup>428</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 220.

<sup>429</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit., p. 112.

concreto, ni, consecuentemente, puede establecer la prioridad entre los principios enfrentados a fin de poner fin al conflicto. En ese sentido, la ley de ponderación no da pautas materiales para resolver la colisión, “sino un procedimiento para la justificación (...) de la decisión del conflicto entre principios”<sup>430</sup>. Todo esto, en buena medida porque la ley de la ponderación solo pone de manifiesto “que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”<sup>431</sup>. Lo que sí dice la ley de la ponderación es que para que la no realización o no satisfacción muy grave de un derecho esté justificada, entonces la realización del principio opuesto no puede ser de poca importancia; esto obliga a que, al ponderar se tome en cuenta “el peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan” y “la intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado”<sup>432</sup>. Así pues, para determinar las razones idóneas para el caso concreto, que sirvan para dar por justificada la limitación a un derecho, se debe tener en cuenta tanto el peso como la intensidad de la restricción de los derechos en abstracto<sup>433</sup>. Pero además –para dar con una limitación justificada–, se deberá tener en consideración las circunstancias particulares del caso concreto, las cuales pueden tener que ver con: el peso concreto de los principios, la intensidad de la restricción en concreto, la duración de esta, la existencia de una alternativa a la restricción propuesta, del carácter soportable o no de la restricción para el afectado, la urgencia en la satisfacción del derecho, el grado de control que

---

<sup>430</sup> Ibid, loc cit.

<sup>431</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op cit., p. 161.

<sup>432</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 220; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 269.

<sup>433</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 220

se tiene sobre la aplicación de la ponderación, entre otras<sup>434</sup>. El objetivo, al fin y al cabo, es evitar las injerencias desproporcionadas sobre los derechos fundamentales.

Una injerencia en un derecho fundamental es desproporcionada cuando no aparece justificado que la cesación de esa injerencia fuere, al menos, asimismo, una injerencia más intensa en la realización de otro principio (o el mismo principio, en otro sentido, o en relación con otras personas).

Esta regla puede denominarse la “regla de la no proporcionalidad” y establece una regla entre los juicios sobre los grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad. Los juicios sobre grados de intensidad son causas para el juicio sobre proporcionalidad o no proporcionalidad<sup>435</sup>.

En este paso, entonces, lo que se busca es determinar si las razones a favor de un derecho limitante son más importantes que aquellas razones que se esgrimen a favor de una mayor satisfacción del derecho limitado. “La ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios, de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto”<sup>436</sup>. Por esta razón, este viene a ser, propiamente, el último paso del desarrollo de la labor de ponderación propiamente dicha.

El *octavo paso* (y final) vendría a ser “la reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar colisiones futuras”; de manera que la ponderación pueda ser reformulada como una “regla-resultado de la ponderación”, la cual “vincula a quien realiza una ponderación, a reglas y, en este sentido, limitaría su discrecionalidad”, funcionando así,

---

<sup>434</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 221; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, pp. 269-270.

<sup>435</sup> ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, op cit, p. 115.

<sup>436</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 222.

en cierta forma, como un precedente<sup>437</sup>. Este paso, estrictamente, viene a ser un paso “post ponderativo”, o a darse en una etapa posterior a la culminación de la labor de ponderación propiamente dicha.

### **3. La función de los principios en los contextos constitucionales y la introducción de la moral en el derecho.**

#### *3.1. Del “derecho de reglas” al “derecho de principios”.*

La presencia de principios en los sistemas jurídicos es una de las características estructurales que el neoconstitucionalismo asigna al Derecho<sup>438</sup>. Esta aseveración puede ser aceptada más o menos pacíficamente. Por eso, no parece equivocado afirmar que, en los actuales Estados constitucionales, el derecho que rige «no es un “derecho sólo de reglas”»: esto es un hecho. Más allá de que se esté a favor o en contra de que *deba* serlo, lo cierto es que los ordenamientos de los Estados constitucionales no son solo sistemas de reglas<sup>439</sup>. Es más, se puede afirmar que el paso del tradicional Estado legislativo al actual Estado constitucional, implica el paso de un “derecho de reglas” a un “derecho de principios”; un verdadero cambio cualitativo en la naturaleza del derecho<sup>440</sup>. Esta opinión puede considerarse cierta, siempre y cuando se entienda que el hecho de que se esté en el contexto de un “derecho de principios”

---

<sup>437</sup> CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas...”, op cit, p. 223; y CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”, p. 272.

<sup>438</sup> ALTERIO, Ana Micaela. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, op cit., p. 163.

<sup>439</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, op cit., p. 201.

<sup>440</sup> “Al contrario, es preciso darse cuenta de que el «derecho por reglas» del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al «derecho por principios» del Estado constitucional contemporáneo (...)”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...op cit*, p. 112. Para una exposición de los cambios que implica el paso de un “derecho de reglas” a un “derecho de principios”, puede verse: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, pp. 109 y ss.

no significa que se dé la exclusión o irrelevancia de las reglas. De lo que se trata, más bien, es que se está en un contexto de un derecho en el cual se da que hay “más principios (constitucionales) que reglas (legales)”, según una acertada fórmula propuesta por Pietro Sanchís -parafraseando a Robert Alexy<sup>441</sup>-, fórmula que “no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios o derechos fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración y que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso”<sup>442</sup>.

Lo que viene a plantear la existencia de un “derecho de principios” es la superación del formalismo que se asocia al “derecho de reglas”; lo cual daría paso a una forma nueva y más flexible de interpretar y aplicar el derecho, de manera que se vuelva “más sensible a las exigencias derivadas de la justicia y equidad” (entendiéndose, por el contrario, que el “derecho de reglas” es “insuficiente para asegurar la justicia, la equidad y la flexibilidad del Derecho”)<sup>443</sup>. Porque, de lo contrario, un planteamiento dicotómico, que solo concibe al derecho compuesto solo de principios (o solo de reglas) no vendría a ser un modelo adecuado de derecho; por el contrario, supondría un modelo (sea cual sea) inadecuado, que generaría una serie de graves problemas:

Un derecho compuesto sólo de principios daría lugar a lo que Schauer denomina una “jurisprudencia de razones”, en la que la solución de cada caso exigiría siempre la concreción y ponderación de todos los valores en juego, con resultados imprevisibles de antemano. En un derecho compuesto sólo de

---

<sup>441</sup> Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Op. Cit., p. 160.

<sup>442</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Madrid: Editorial DYKINSON - Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1998, pp. 35-36.

<sup>443</sup> ESCOBAR GARCÍA, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”, op cit., p. 208

reglas, en cambio, éstas pueden ser aplicadas en forma “opaca”, es decir, pueden controlar la decisión en cada caso concreto en que resultan aplicables, incluso cuando hacer lo que la regla exija no coincida con lo que exigiría su propósito o justificación subyacente<sup>444</sup>.

Un derecho de solo principios o de solo reglas, pone al Legislador en una disyuntiva, ya que cada uno de estos modelos (excluyentes y dicotómicos) involucra costes importantes:

Pues bien, para optar por un procedimiento u otro el legislador debe comparar sus costes respectivos: si elige el primero, el coste en merma de seguridad y en aplicaciones posibles del principio según un criterio de fondo no coincidente con el suyo; si elige el segundo, el coste en aplicaciones e inaplicaciones estrictas de la regla que no sirven al propósito real buscado; y elegir, como es natural, el que a su juicio resulte menor<sup>445</sup>.

Frente a estas dos opciones, nosotros nos inclinamos por un “derecho de principios” (que no “de solo principios”). El “derecho de principios” supone la prevalencia de estos sobre las reglas, en la medida que se entiende que, a través de los principios, se puede llegar a soluciones más justas y equitativas, en la medida que –mediante ellos- se introducen en el sistema jurídico consideraciones de valor (los principios expresan valores, como se ha dicho antes en este trabajo), que, por ello, posibilita arribar a soluciones más flexibles (en aras de alcanzar, precisamente, esa equidad y justicia de la cual antes se habló). En oposición, las reglas (y el derecho basado solo en ellas, o en el cual ellas prevalecen) poseerían una rigidez que (aunque propicia para la seguridad jurídica) sería “ciega” a los casos particulares, imprevistos o extraordinarios, que merecerían un “tratamiento especial” (a riesgo de cometer una injusticia, en el caso de que se diese una aplicación tajante y categórica de la norma –al

---

<sup>444</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, op cit., p. 198.

<sup>445</sup> Ibid., loc cit.



“pie de la letra”, o sea, según solo lo que dice “la letra de la ley”). Así pues, en el contexto del Estado constitucional, el derecho

(...) se estructura en torno a los denominados “principios” más que en torno a las tradicionales reglas propias del derecho legislado, consideradas ahora como insuficientes para asegurar la justicia, la equidad y la flexibilidad del Derecho, y para superar las indeterminaciones semánticas, sintácticas, lógicas y pragmáticas de todo sistema jurídico. Como consecuencia de lo anterior, y dada la estructura y naturaleza de los principios, el razonamiento judicial deja de ser concebido como una mera aplicación mecánica de reglas a casos particulares, para ser entendido como una labor altamente compleja, que enfrenta a los jueces con severos problemas interpretativos y aplicativos, y en los que con frecuencia se requiere de un amplio arsenal de técnicas y protocolos argumentativos especiales (...). [Así pues] la rigidez y estrechez de las reglas propias del derecho legislado, impide resolver los complejos asuntos constitucionales, y en muchas ocasiones producen resultados contrarios a la equidad y la justicia<sup>446</sup>.

El cambio de un derecho de reglas a uno de principios supone una nueva forma de aplicar el derecho, acorde al nuevo contexto jurídico: se recurre con mayor frecuencia a los principios, algunas veces exclusivamente a ellos, otras veces en confluencia con las reglas, aunque siempre con prevalencia de aquellos sobre estas. Además, se apela a nuevos métodos de aplicación (como ya se vio, no solo la subsunción –que aparece como insuficiente–, sino también la ponderación), que se exigen por la diferente naturaleza de cada uno de estos tipos de normas, principios y reglas. Precisamente, estas nuevas formas de aplicación, vinculadas a los principios, buscan identificar y comprender los valores presentes en los principios, que llevan a que se logren respuestas más equitativas y acordes con la justicia. Al final, el “derecho por reglas” y el “derecho por principios”, generan, cada uno, vías metodológicas distintas. La vía metodológica (ideal) del primer modelo supone que el juzgador se limite “a rastrear, identificar y aplicar mecánicamente las reglas que prevé el ordenamiento jurídico

---

<sup>446</sup> ESCOBAR GARCÍA, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”, op cit., pp. 208-209.

para la hipótesis de hecho puesta a su consideración”; mientras que la vía metodológica del “derecho por principios” manda a que el juzgador acuda “a los principios, valores y directrices del sistema jurídico”<sup>447</sup>. En el Estado constitucional claramente se opta por la vía del “derecho por principios”, en la medida que se entiende que esta (con su apelación a principios y valores, así como a algunas técnicas argumentativas especiales, entre las que destaca principalmente la ponderación) “es garantía de justicia material, objetividad y racionalidad”<sup>448</sup>. En buena cuenta, la idea que está detrás de todo esto es que la justicia “siempre debe ganar”, aún por encima de la positividad normativa, aún en menoscabo de “datos y argumentos sistemáticos”, aún a costa de disminuir la previsibilidad o la seguridad jurídica<sup>449</sup>.

Adicionalmente, la presencia de los principios sirve para resolver eventuales contradicciones, así como para aclarar ambigüedades o vaguedades: si una regla se presenta como ambigua o equívoca, entonces la referencia a los principios lleva a que se conozca su verdadero significado, se aclare su sentido (que, en todo caso, será aquel que lleva a la interpretación más acorde con la justicia y equidad). Además, mediante los principios se puede lograr que se llenen los vacíos que se dan en el derecho positivo, logrando así un ordenamiento jurídico completo y coherente: si un aspecto de la realidad jurídica no está legislado, o la solución

---

<sup>447</sup> Ibid., p. 218.

<sup>448</sup> Ibid., loc cit.

<sup>449</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 305: «Pero el sólido respaldo argumentativo de este último [la justicia] lo convierte en el debido ganador y será él, el de justicia, el que en ese caso deba imponerse, aunque sea en detrimento de aquellos datos y argumentos sistemáticos, en detrimento de lo que diga o pueda significar, se interpreta como se interprete, la norma positiva. La justicia gana siempre, aunque no se muestre en sus contenidos por sí misma y en su evidencia, sino que tenga que ser explorada y averiguada por medio de la argumentación».

legislativa que se ha dado parece axiológicamente inadecuada<sup>450</sup>, la apelación a los principios va a servir para colmar esos vacíos o dar una respuesta axiológicamente adecuada a lo que ha sido legislado “deficientemente” (en este caso, los principios servirán para que se obtenga la interpretación valorativamente más adecuada de la legislación). En suma, «[l]o que el derecho positivo tenga de indeterminado se torna determinado y claro por referencia a ese superior componente axiológico [que son los principios]; lo que tenga de injusto se corrige desde el mismo plano ético-jurídico. El juez puede y debe “aplicar” el Derecho, así integrado, pues el Derecho, al menos idealmente, proporciona para cada caso “la” solución correcta»<sup>451</sup>.

### *3.2. El lugar de los principios: la introducción de la moral en el derecho a través de los principios.*

Pues bien, se ha dicho antes que el paso a un “derecho de principios” implicaría la superación del formalismo propio del “derecho de reglas”, de forma tal que se arribaría a una “nueva forma” de derecho, más flexible en su interpretación y aplicación, y a la vez –por ello– más idóneo para garantizar resultados equitativos y, en consecuencia, más acorde para lograr los objetivos de justicia. Es decir, precisamente por este predominio de los principios (que se da en el “derecho de principios” del Estado constitucional) el derecho lograría convertirse en un

---

<sup>450</sup> Se trata del caso de las llamadas “lagunas axiológicas”, que serán examinadas en el último capítulo de esta tesis. Brevemente, se puede adelantar que una “laguna axiológica” es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero esta solución normativa impuesta al supuesto de hecho lo está de una manera axiológicamente inadecuada. Así, una laguna axiológica no es un caso en el cual no se ha dado solución a la situación, sino que lo que ocurre es que se ha dado una “mala solución”: no es que aquí falte una norma que regula el supuesto de hecho, porque ese supuesto está reglado; lo que falta es una norma satisfactoria o “justa”. GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”. En: *Análisis Filosófico*, Madrid, año XXVI, número 2, p. 278.

<sup>451</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”, op cit., p. 300.

sistema menos rígido (que si solo se compusiese de reglas o estas fuesen predominantes) y por ello, más justo y equitativo. La razón de esta situación no es difícil de explicar.

Por una parte, como ya se ha mencionado de manera repetida, principios y reglas se diferenciarían por tener formas distintas de aplicación: mientras que las reglas se aplican de manera categórica, de forma que se dice que tienen una aplicación “todo o nada”; los principios no funcionan de esa manera, sino que son aplicados “gradualmente”, buscando su optimización, o como dirá Alexy, “en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes”. De ahí que se defina a los principios como “mandatos de optimización”. Pues bien, parece claro que, si las cosas son así, entonces las reglas solo pueden ofrecer respuestas o soluciones tajantes a los problemas jurídicos; es decir, propician las soluciones rígidas que, si bien pueden servir para garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad, son “ciegas” a las particularidades de los casos concretos: las reglas funcionan como formulaciones generales bajo las cuales los casos particulares deben subsumirse (la forma de aplicación tradicional de las reglas viene a ser la subsunción, como se ha dicho), dejando de lado o considerando como irrelevantes las especificidades del caso. Este tratamiento homogeneizador podría llevar a soluciones injustas o inequitativas, precisamente por no tomar en cuenta las particularidades y, en cambio, “tratar igual a aquello que es diferente” (que es, precisamente, una tradicional definición de injusticia)<sup>452</sup>. Los

---

<sup>452</sup> Esta definición deriva de la idea clásica de justicia (e injusticia) de Aristóteles: “Así pues, si lo injusto es desigual, lo justo es igual, lo cual, sin necesidad de argumentos, todos lo admiten (...) Y la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales ni tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro V, capítulo 3, 1131a 10, 20-25 [ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducción de Julio Pallí Bonet. Madrid: Editorial Gredos, 2014, p. 137]. A partir de estas ideas se ha concebido que la noción de justicia aristotélica tiene como característica la definición del principio de justicia como “tratar a los iguales de manera

principios, en cambio, por su forma de aplicación graduable, gozarían de una flexibilidad que los haría más idóneos para adaptarse a las particularidades de cada caso; de forma que en cada situación particular, los principios (en tanto que flexibles) posibilitarían una aplicación encaminada a alcanzar en la mayor medida posible la equidad y la realización de los derechos fundamentales, más allá de las limitaciones que puede imponer un rígido formalismo.

Pero, además, los principios, en la medida que son la expresión de valores (o sea, contienen una carga axiológica), al ser aplicados, naturalmente, llevan a la concretización de esos valores. Ahora bien, si la aplicación de los principios lleva a una concretización de los valores, y ello propicia alcanzar respuestas axiológicamente correctas (o lo más correctas posibles, en la línea de la “optimización” propia de los principios), entonces esto implica la realización de la justicia, porque, precisamente, esta consiste en encontrar aquellas soluciones que son axiológicamente más adecuadas (además del hecho de que la justicia es, también, un valor a realizar).

Por lo demás, este hecho de la concretización de los valores a través de la aplicación de los principios, implica la introducción de la moral en el derecho. Es decir, ahora la dimensión valorativa o moral forma parte de la realidad jurídica (y aun se afirma que, en el contexto del Estado constitucional, se da una “cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo”<sup>453</sup>); y esto queda en evidencia porque se manifiesta a la hora de interpretar o aplicar las normas de principios. En efecto, a través de los principios se introduce la moral en

---

igual y tratar a los desiguales de manera desigual”. GRANFIELD, David. *La experiencia interna del Derecho. Una jurisprudencia de la subjetividad*. México D.F: Universidad Iberoamericana, 1996, p.117.

<sup>453</sup> ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, globalización y derecho”. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA Editores, 2009, p. 24.

el derecho, lo cual posibilita que se elaboren interpretaciones variadas y flexibles del derecho, siempre dirigidas por el ideal de alcanzar la solución más justa posible. En eso, precisamente, consistiría la esencia de la ponderación como método de aplicación de los principios: en, tras sopesar o hacer un balance de las posibles soluciones (derivadas de cada uno de los principios en juego), escoger aquella solución que resulta que optimiza más la realización de los derechos fundamentales, es decir, que realiza de la mejor manera el ideal de justicia y equidad.

Tenemos, entonces, que los valores morales incluidos en los principios influyen en la interpretación jurídica; este fenómeno, como se verá más adelante, se da aun al punto de posibilitar interpretaciones innovadoras que incluso van más allá de la literalidad de la ley<sup>454</sup>. Ahora bien, nuestra tesis es que estas interpretaciones son posibles gracias a una característica estructural y lógica de las normas, la cual es la derrotabilidad, que, en pocas palabras, es la que posibilita que se den interpretaciones flexibles. La derrotabilidad se entenderá como la característica de las normas de poder verse superadas o vencidas (i.e. “derrotadas”) por otras normas, en la medida que estas últimas representen razones de más

---

<sup>454</sup> Así, por ejemplo, en el famoso caso “Riggs contra Palmer”, mencionado por Ronald Dworkin en su libro *Los derechos en serio*, se ve cómo, a pesar de que claramente las reglas testamentarias reconocían el derecho del nieto homicida a heredar a su abuelo (al cual asesinó), el Tribunal, sin embargo, basado en consideraciones de principios, concluye con una interpretación que, en detrimento de la literalidad de la ley, ofrece una solución más acorde con la justicia (que supone que no es justo que un asesino se vea beneficiado gracias a su crimen, y se haga de la herencia de su víctima). Es así que, basado en el principio de que “nadie puede verse favorecido por su propio delito”, el Tribunal decide no reconocerle la herencia al nieto homicida, aunque esto, como se ha dicho, vaya en contra de lo dispuesto expresamente en las reglas testamentarias vigentes. Otros casos paradigmáticos en los cuales la justicia o la búsqueda de una respuesta axiológicamente correcta pesó más que la mera literalidad normativa son: el caso de los “centinelas del Muro de Berlín”, citado por Alexy; o el “caso Noara”, mencionado por el profesor español Alfonso García Figueroa. Sin embargo, no hay que creer que casos de este tipo son algo poco común o extraordinario; por el contrario, aunque ciertamente no son cuantitativamente mayoritarios, están muy lejos de ser extraños, siendo la forma de resolución de estos casos algo relativamente familiar en los contextos de los Estados constitucionales, incluso en nuestro país (por ejemplo, el caso “Castillo Chirinos” - Exp. N.º 2730-2006-PA/TC; caso “Tineo Cabrera” - Exp. N.º 00156-2012-PHC/TC; entre otros).

peso que las primeras, en el caso de que colisionen en un caso específico. Cuando una norma es derrotada por otra norma, la norma que se impone excepciona la norma derrotada, al menos en ese caso específico. Como no es posible enumerar todos los casos de colisión en los cuales puede verse involucrada una norma N, es decir, como no es posible enumerar la totalidad de las normas que pueden o podrán entrar en colisión con N; entonces, tampoco es posible enumerar todos los casos en que N podrá verse excepcionada. Pero, como se supone que los casos de colisión (y de excepción a N) existen realmente, aunque de manera potencial, entonces se dice que N está sujeta a “excepciones implícitas”. De ahí que también se entienda la derrotabilidad de las normas jurídicas como la condición de encontrarse (las normas) sujetas a *excepciones implícitas*.

Ahora bien, las razones por las cuales una norma derrota a otra son, en general (al menos en los contextos del constitucionalismo) de índole moral. Así, un principio derrotará a otro porque el primero ofrece razones morales más sólidas que el segundo; pero, también un principio se podrá imponer (derrotar) a una regla porque este lleva a una solución moralmente más aceptable (porque es más justa o equitativa) que la que ofrece la regla. Recuérdese, en este punto, que, como se ha dicho, los principios expresan valores, es decir, tienen una carga axiológica (moral). Ahora bien, todo esto afecta a la forma como se lleva a cabo la interpretación de las normas. La idea es que, en los Estados constitucionales se impone un mandato de encontrar las soluciones que sean valorativamente más adecuadas, aun a costa del sacrificio de la dimensión valorativa. Pues bien, solo se podrá imponer esa “solución moral” porque las normas pueden ser derrotadas por otras normas, las cuales expresan mejores razones morales. Caso contrario, lo que correspondería siempre es decidirse por aquella

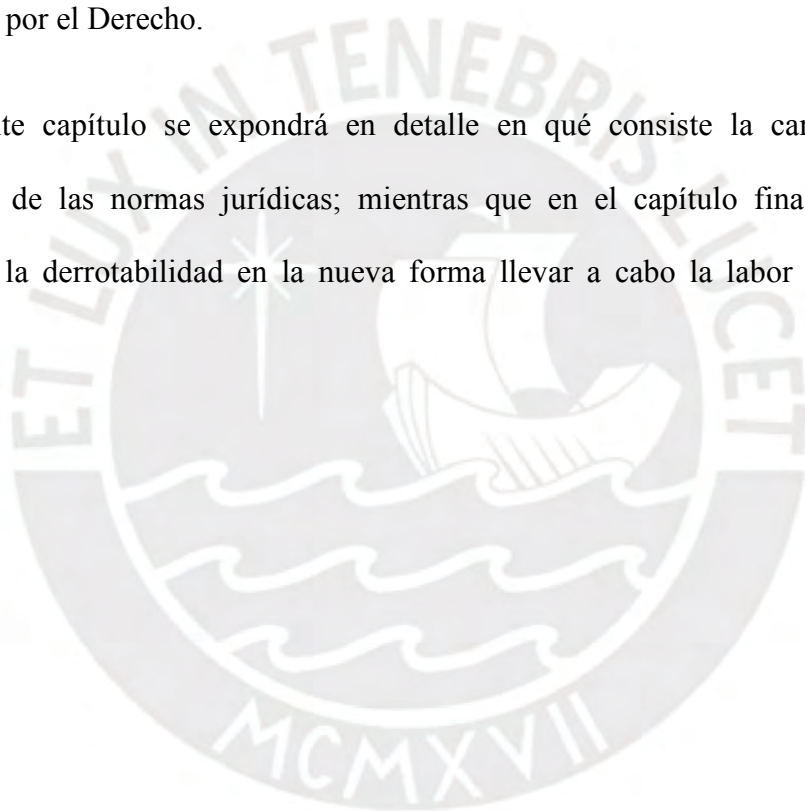
solución que respeta de la manera más clara la literalidad de la norma. Así pues, ocurre que la derrotabilidad de las normas viene a constituirse en la condición de posibilidad (necesaria) para que se efectivice la acción de la moral en el derecho. Ahora bien, es en la etapa interpretativa que se elaboran y se decide por esas respuestas “moralmente correctas”; pero esto solo es posible porque (debido a la derrotabilidad) existe la opción de que esas respuestas axiológicamente adecuadas puedan imponerse a las interpretaciones meramente formales o literales (las cuales, en otras circunstancias, serían las preferidas, o aún más, imperativas). En suma, parece claro que, en última instancia, la derrotabilidad tiene una incidencia sobre la labor interpretativa del derecho.

Ensayemos aquí una especie de síntesis final. El Estado constitucional, que es un Estado donde predomina el “derecho por principios”, es decir, donde los principios prevalecen sobre las reglas, hace que se instituya a la ponderación como la forma de aplicación paradigmática y principal en la práctica jurídica, pues es ella la que se presenta como el método de aplicación propio de los principios. Ahora bien, estos principios (como se verá luego, aunque algo se ha adelantado) se caracterizan por ser derrotables; de manera que su posible aplicación en un caso, puede verse desplazada por otro principio cuya fuerza es mayor, en la medida que expresa razones morales más relevantes que las que expresa el primer principio (todo principio, se ha dicho, expresa valores morales). Igualmente, puede un principio –en la misma lógica- desplazar a una regla. Pues bien, la decisión de desplazar un principio e imponer otro, se da al momento de evaluar-interpretar esos principios, asignando la interpretación que es axiológicamente más adecuada de las posibles (en el caso de cada principio). Es en el momento de la interpretación que se asigna el sentido a las normas, en este caso a los



principios (y, eventualmente, a las reglas), y por eso, es en este momento en el cual se puede ver cuál de los sentidos es el más adecuado desde una perspectiva axiológica. Y esa “interpretación axiológicamente mejor” será la que se deberá aplicar; y se podrá aplicar porque la estructura de las normas (derrotables), y la lógica del derecho (que incorpora la derrotabilidad) permite esta flexibilidad, y, por lo tanto, esta dinámica según la cual, normas *prima facie* aplicables a un caso, pueden ser válida y legítimamente desplazadas, sin incumplir con lo exigido por el Derecho.

En el siguiente capítulo se expondrá en detalle en qué consiste la característica de la derrotabilidad de las normas jurídicas; mientras que en el capítulo final se explicará la incidencia de la derrotabilidad en la nueva forma llevar a cabo la labor de interpretación jurídica.



## CAPÍTULO III

### LA DERROTABILIDAD COMO CARACTERÍSTICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

#### 1. La idea general de derrotabilidad

##### 1.1. Aproximaciones terminológicas. El adjetivo “derrotable”

La *derrotabilidad* es una propiedad. Es la propiedad de ser algo *derrotable*. *Derrotable*, como calificativo, puede ser aplicado a una serie de entidades: juicios, conclusiones, afirmaciones, proposiciones, etc. Ahora bien, que algo sea *derrotable* significa que aquello, si bien puede ser considerado válido bajo las circunstancias actuales (o en circunstancias *normales*), bajo otras circunstancias, (o en circunstancias *excepcionales*) puede terminar no siendo válido; es decir, puede terminar siendo “vencido” o “derrotado” (en su verdad o validez), al entrar en “conflicto” o al “enfrentarse” a otro juicio, proposición, afirmación, norma, etc., en otro momento o circunstancia específica. Puede decirse también que aquello que tiene la propiedad de la derrotabilidad (por tanto, aquello que es derrotable) puede darse por válido o correcto, mientras no se cumplan (o no sepamos que se cumplen) ciertas circunstancias que la invalidarían, anularían o derrotarían (excepciones). En ese sentido, el uso del término “derrotable” tiene, en buena medida, una carga figurativa, pues hace referencia a la existencia de un conflicto potencial<sup>455</sup>. Por ejemplo, en el caso de normas, la idea sería que una norma

---

<sup>455</sup> Esta connotación, por lo demás, no está exenta de críticas. Legris, por ejemplo, ha indicado que la palabra “derrotable” no es completamente satisfactoria, ya que “da la idea de una competencia o ‘lucha’ entre razonamientos, lo que no siempre es el caso” (LEGRIS, Javier. “Razonamiento revocable y lógicas no monótonas: un análisis conceptual”: En: SECRETARIA DE CIENCIA Y TECNICA DE LA UBA. *Cuaderno de CIMBAGE* N° 5. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires, 2002, p. 110, nota 2.

(derrotable) tiene la característica de poder ser derrotada o vencida por otra norma en caso de conflicto entre ellas (el conflicto sería por ver cuál de las dos se aplica en el caso específico; así, que una norma venza a la otra implica que ella será aplicada, mientras que la derrota supone que la norma derrotada no será aplicada, será pues, no tomada en cuenta o desplazada para el caso específico, lo que no necesariamente significa que la norma derrotada queda derogada o invalidada). Por lo tanto, de manera general, se puede decir que la idea detrás del concepto de derrotabilidad es el hecho de que una entidad<sup>456</sup> que goza de estabilidad o firmeza en un momento  $t_1$ , puede, sin embargo, ulteriormente ser “derrotada” (vencida, desplazada) por otra entidad similar en un momento  $t_2$ .

Propiamente, el término *derrotable* es la traducción al español de la palabra inglesa *defeasible*, la cual, al parecer, se originó en el derecho de contratos del Medioevo inglés, y se refería a las cláusulas que podían invalidar o anular un escrito o contrato<sup>457</sup>. *Defeasible* también ha sido traducido como “vencible”, “superable”, “revocable” o “rebatible”<sup>458</sup>; no obstante ello, ha sido

---

<<http://www.econ.uba.ar/www/institutos/matematica/cimbage/cuaderno05/5%20Razonamiento%20Revocable.pdf>>

<sup>456</sup> Usamos aquí el término “entidad” de manera muy general, aplicable en ese sentido a todo aquello de lo cual se puede predicar algo o es capaz de tener algún tipo de propiedad. En ese sentido, se puede decir sin mayor problema, que tanto proposiciones como normas son entidades. La precisión viene al caso porque es conocido el debate acerca del estatus ontológico de las proposiciones y de las normas, al cual no es pertinente entrar, y que evitamos en tanto hacemos uso de este sentido abierto y sin pretensiones de rigurosidad del término “entidad”.

<sup>457</sup> “The etymology of *defeasible* usually refers to Middle English law of contracts, where a condition of defeasance is a clause that can invalidate or annul a contract or deed. Though *defeat*, *dominate*, *defer*, *defy*, *deprecate* and *derogate* are often used in the same context as *defeasible*, the verbs *annul* and *invalidate* (and *nullify*, *overturn*, *rescind*, *vacate*, *repeal*, *debar*, *void*, *cancel*, *countermand*, *preempt*, etc.) are more properly correlated with the concept of defeasibility than those words beginning with the letter *d*”.

“Defeasible Reasoning”. En: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Defeasible\\_Reasoning](http://en.wikipedia.org/wiki/Defeasible_Reasoning)>

La palabra antónima, o sea *indefeasible*, por lo demás, ha sido también muy usada en importantes documentos legales del derecho anglosajón, como, por ejemplo, la Declaración de Virginia de 1776. Ibid.

<sup>458</sup> Fue en inglés que se usó inicialmente de manera técnica el concepto referido con la palabra *defeasible*. Las diversas traducciones tratan de reproducir el sentido técnico que la expresión *defeasible* tiene en la lengua inglesa; pero, habría que reconocer que, como en casi toda traducción –sobre todo cuando se trata de términos técnicos– la sinonimia entre el término original y la traducción difícilmente es alcanzable, razón por la cual, toda traducción no deja de ser problemática. Ya se ha indicado (en la nota 1) cómo para algunos la palabra

el término “derrotable” el que, en todo caso, ha logrado, por una u otra razón, mayor aceptación y difusión en el ámbito de la filosofía y la ciencia jurídica en español, muy en la línea de la filosofía analítica hispana<sup>459</sup>.

En todo caso, lo común a todas estas expresiones es la idea de que aquello de lo cual se predica la derrotabilidad, no tiene un carácter definitivo; por el contrario, se asume que otras entidades –dependiendo de las circunstancias- pueden terminar imponiéndose a ella (pueden “vencerla”, “derrotarla”). En ese sentido, se puede decir que el carácter derrotable se opone a irrevocable o imprescriptible.

### 1.2. Derrotabilidad y los razonamientos cotidianos y de sentido común

*Derrotable* es un término que se usa como adjetivo. Uno de los nombres a los cuales se aplica más comúnmente el adjetivo *derrotable* es a *razonamiento*. El *razonamiento derrotable* (defeasible reasoning) es un tipo de razonamiento<sup>460</sup>, el cual tiene la particularidad de basarse

---

“derrotable” tendría una connotación de lucha no necesariamente siempre presente en el concepto de *defeasible*. En cambio, “revocable” compartiría con *defeasible* el matiz jurídico. El punto en contra aquí sería, justamente, que la expresión “revocable”, por estar tan ligada a ese sentido jurídico, la haría muy limitada o constreñida; siendo inadecuada o extraña para ser aplicada en otros ámbitos distintos del jurídico. La expresión “rebatible”, por su parte, tiene como aspecto negativo la ausencia precisamente de ese matiz jurídico, al parecer muy ligado al término inglés (aunque sin que ello implique su circunscripción a lo jurídico). LEGRIS, Javier. *Op. Cit.*, loc. Cit.

<sup>459</sup> AUSÍN, Txetxu. “Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos: un análisis crítico”. En: *Revista de Filosofía*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Filosofía, 2000, volumen 23, p. 88, nota 7

<sup>460</sup> El término “razonamiento” es polisémico. Específicamente aquí se le puede entender como “[u]n tipo de pensamiento cuyo rasgo característico es que en él se produce siempre el paso de una o más afirmaciones que tomamos como punto de partida a una afirmación que se sigue de aquellas. Lo específico, por tanto, de un razonamiento o inferencia es que consiste en derivar una *conclusión* a partir de unas *premisas*. Eso es razonar. Recordar, por ejemplo, o imaginar son también formas de pensamiento, pero no formas de razonamiento. [Por ello se dice que] todo razonamiento es pensamiento, pero la inversa no es verdadera: no todo acto de pensamiento consiste en razonar”. DEAÑO, Alfredo. *Introducción a la lógica formal*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 36. Según el mismo DEAÑO, “es menester distinguir entre el razonamiento como actividad de un sujeto –el acto de razonar- y el razonamiento en cuanto producto o resultado de esa actividad”. De lo primero se ocupa la psicología; mientras que del “razonamiento como resultado –como resultado plasmado en el lenguaje (...)– es el objeto *material* (...) de la lógica”. *Ibid.*, loc cit. El segundo sentido toma al razonamiento no como un mero pensamiento, sino como el pensamiento plasmado y materializado. En el caso de la definición de “razonamiento derrotable”, la palabra “razonamiento” se está usando en el primer sentido.

en razones<sup>461</sup> que son *derrotables* (en el sentido definido en el apartado anterior), como opuestas a las razones “imprescriptibles”, propias de la lógica deductiva clásica. Se puede decir que un razonamiento es *derrotable* cuando

(...) el correspondiente argumento<sup>462</sup> derivado de él es racionalmente convincente, pero no es [necesariamente] válido deductivamente. La verdad de las premisas de un buen argumento derrotable proveen un buen apoyo para la conclusión, aun cuando es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión resulte falsa. En otras palabras, la relación de apoyo entre premisas y la conclusión es una tentativa, potencialmente derrotable o vencible [defeated] por información adicional.<sup>463</sup>

Se considera que el proceder usando razonamientos de tipo derrotable es la forma común de razonar en la vida cotidiana; o, en otras palabras, que los razonamientos derrotables corresponden con los razonamientos de sentido común, ya que, en efecto, en la vida cotidiana no tenemos problemas en llegar a conclusiones a pesar de que estas se basen en generalizaciones que tienen excepciones, aunque, ciertamente, estas conclusiones a las cuales

---

<sup>461</sup> Al igual que en el caso de razonamiento, hay muchos sentidos del término “razón”. Para el caso, aquí se puede entender como “equivalente al fundamento; la razón explica entonces por qué algo es como es y no de otro modo”; en este sentido, la razón es “un *principio de explicación* de las realidades”. Es muy importante no confundir este sentido de razón con el de razón como facultad (racional), que sería la capacidad para “conocer lo universal y necesario”, y que sería propia del hombre. FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Tomo 4. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964, p. 524

<sup>462</sup> “Argumento”, en este contexto, puede entenderse como “(...) a connected series of statements or propositions, some of which are intended to provide support, justification or evidence for the truth of another statement or proposition. Arguments consist of one or more *premises* and a *conclusion*. The premises are those statements that are taken to provide the support or evidence; the conclusion is that which the premises allegedly support”. “Argument”. En: FIESER, James y DOWDEN, Bradley (eds.) *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Martin: University of Tennessee at Martin, 2003 (en línea).  
<<http://www.iep.utm.edu/argument/>>

“Argumento”, en el contexto de esta cita, aparece como la contraparte material de un razonamiento (entendido como acto de pensamiento, o tipo de pensamiento –ver nota 6), y corresponde o equivale a “razonamiento” entendido en el segundo sentido mencionado en la nota 6 de este capítulo, o sea, razonamiento como resultado (pensamiento plasmado), y que es el objeto material de la lógica.

<sup>463</sup> “(...) when the corresponding argument is rationally compelling but not deductively valid. The truth of the premises of a good defeasible argument provide support for the conclusion, even though it is possible for the premises to be true and the conclusion false. In other words, the relationship of support between premises and conclusion is a tentative one, potentially defeated by additional information”. KOONS, Robert. “Defeasible Reasoning”. En: ZALTA, Edward N. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Stanford University. The Metaphysic Research Lab Center for the Study of Language and Information, 2009 (en línea).  
<<http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>>

llegamos al final pueden mostrarse como erróneas tras la adquisición de nueva información<sup>464</sup>. En efecto, en la vida cotidiana no tenemos problemas cuando realizamos razonamientos como los siguientes: partiendo de la premisa de que todas las aves vuelan, si alguien nos dice que Piolín es un ave, entonces concluimos que Piolín vuela<sup>465</sup>. O si, por ejemplo, un amigo nos dice que José se tiró de un quinto piso, entonces concluimos que José está herido o falleció (en todo caso, que se hizo daño). En realidad, todos estos razonamientos son válidos desde el punto de vista de la lógica clásica (más precisamente, de la lógica de predicados de primer orden), ya que cumplen con las reglas de inferencia clásicas para lograr razonamientos válidos, específicamente, la regla del *modus ponens*. Además, son razonamientos correctos si se consideran desde un punto de vista “estático” y “descontextualizado” (es decir, en la medida que se asuma que toda la información necesaria está presente y todo el universo de la realidad relevante es el descrito en los enunciados), es decir, mientras no se introduzca un factor temporal, dinámico, circunstancial o se agregue más información. Es decir, es correcto concluir (desde las mencionadas perspectivas) tanto que Piolín vuela, como que José se ha hecho daño. Además, efectivamente estos razonamientos son bastante prácticos y funcionan en las situaciones de la vida cotidiana. Pero, aun cuando sean útiles y funcionen en situaciones normales, lo cierto es que pueden ellos devenir en falsos, o más precisamente, sus conclusiones pueden mostrarse como falsas. En efecto, si posteriormente nos enteramos de que Piolín es un pingüino o que sus alas están rotas; o se nos informa que José cayó sobre una cama elástica o sobre unos colchones, entonces las conclusiones iniciales de nuestros

---

<sup>464</sup> CARNOTA, Raúl. “Lógica e inteligencia artificial”. En: ALCHOURRÓN, Carlos E. (ed.). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, *Lógica*. Madrid: Trotta, 1995, p. 144.

<sup>465</sup> Este ejemplo ha devenido en clásico a la hora de ilustrar los razonamientos derrotables en el ámbito de la vida cotidiana o que tienen que ver con el sentido común. Una versión de él se puede ver en: REITER, Ray. “A Logic for Default Reasoning”. En: *Artificial Intelligence*. Volumen 13, número 1-2, 1980, pp. 82 y ss.

razonamientos resultarían falsas, y por lo tanto, nos veríamos obligados a variar nuestras conclusiones (ya no podríamos afirmar, para cada caso, que Piolín vuela –a pesar de que sigue siendo un ave- y que José se ha hecho daño –aun cuando siga siendo verdad de que se lanzó de un quinto piso). Las conclusiones iniciales serían revocadas o resultarían, así, *derrotadas* (de ahí su caracterización como razonamientos derrotables), ante afirmaciones que ahora son las verdaderas, y que se constituyen en las nuevas conclusiones de los razonamientos, las cuales desplazan a las anteriores conclusiones. Por lo demás, no queda descartado que, en al menos algunos casos, la nueva conclusión termine ella también siendo revocada y sustituida por otra por causa de un cambio en el contexto o por la introducción de una nueva información (por ejemplo, luego de que nos dijeron de que José cayó sobre una cama elástica, concluimos que José no se ha hecho daño; pero después nos dicen que la cama elástica estaba dañada y que luego de que José cayó sobre ella, esta se rompió, entonces, nuestra nueva conclusión es que José sí se ha hecho daño).

Así pues, de la consideración de la forma de razonar en las situaciones cotidianas y del uso de razonamientos de sentido común -como los ejemplos que se han presentado- se pueden resaltar algunos aspectos importantes. En primer lugar, que estos razonamientos, considerados desde una perspectiva estática, tienen un carácter completo y definitivo, en el sentido de que sus conclusiones no son revocables ni retractables. Si los razonamientos son formalmente correctos, se afirma la verdad de sus conclusiones. Son, además, razonamientos correctos desde el punto de vista de la lógica clásica. Sin embargo, desde otra perspectiva, más amplia, que introduce el factor temporal o contextual, estos razonamientos se vuelven incompletos y necesariamente provisionales (en cuanto a sus conclusiones) y ya no definitivos. Solo cabe

afirmar la verdad provisional de sus conclusiones, quedando abierta la posibilidad (pero no la seguridad) de que en el futuro o bajo otras circunstancias, con nueva información, tengamos que variar la conclusión, reemplazando la inicial. Cabe aquí destacar que, como se desprende de lo que acabamos de decir, este cambio en las conclusiones se debe, principalmente, a la introducción de nueva información: es esta la que lleva a que se revise la conclusión adoptada al principio. La nueva información hace que se dé un nuevo contexto o nos encontremos en una nueva situación, suficientemente diferentes como para que nuestra conclusión acerca de la realidad cambie.

Adicionalmente, el análisis lógico de los razonamientos de sentido común derrotables van a necesitar de un nuevo tipo de lógica, especial, ya que la lógica clásica no posee los instrumentos suficientes para dar cuenta de manera adecuada de esta forma de razonar. En efecto, la lógica clásica es “estática” y atemporal, y postula que, en los razonamientos correctos y formalmente válidos, la introducción de nueva información (es decir, introducir premisas adicionales al razonamiento) no varía la conclusión. Es lo que se llama propiedad de monotonía. De ahí que se diga que la lógica clásica es monotónica. En cambio, como se ha visto, la adopción de una perspectiva temporal y dinámica de los razonamientos, lleva a considerar a estos como derrotables; pero, en la medida que la lógica clásica no es ni temporal ni dinámica, entonces se debe recurrir a otro tipo de lógica para el análisis de estas formas de razonamiento derrotables; que además se caracterizan por el hecho de que la introducción de nueva información (es decir, la introducción de premisas adicionales al razonamiento) sí varía (o puede variar) la conclusión inicial y que se reemplace por otra. Se necesitará, por tanto, para dar cuenta acertadamente de los razonamientos derrotables, de una lógica que no afirme



el principio de monotonía, o sea, de una lógica no monotónica. Sobre esto se profundizará más adelante.

No obstante lo antes dicho, vale la pena aclarar que también en el campo de la investigación científica, la filosofía de la ciencia nos ha mostrado que la forma de proceder es similar a la de los razonamientos derrotables a la hora de elaborar generalizaciones universales que van a constituir leyes científicas. El análisis epistemológico de la lógica de la investigación científica de Popper, por ejemplo, destaca el carácter no definitivo de las generalizaciones científicas. Como se sabe, en su célebre ejemplo, la conclusión “todos los cisnes son blancos” (enunciado universal obtenido a partir de enunciados particulares) siempre tiene el riesgo de terminar siendo falsa en algún momento (porque, por muchos cisnes blancos que hayamos visto, esto no excluye la existencia de algún cisne no-blanco, que en el futuro podamos encontrar)<sup>466</sup>. En estricto, se trataría, por tanto, de un enunciado hipotético: a pesar de que no podamos decir que es un enunciado universal definitivo, sí puede, sin embargo, servir como enunciado provisional, válido mientras no se vea refutado. Según Popper, los enunciados que expresan leyes científicas funcionan como el enunciado “todos los cisnes son blancos”: se encuentran justificados en tanto no sean “falseados”, o sea, en tanto no se encuentre un caso que los contradiga<sup>467 468</sup>.

---

<sup>466</sup> POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 27

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 32 y ss.

<sup>468</sup> Como también es conocido, a partir de aquí Popper establece su criterio de demarcación para distinguir entre ciencia empírica y metafísica. Según este, una proposición universal será científica, si es factible que de ella se pueda deducir lógicamente algún enunciado que pueda contradecirla y este sea capaz de ser comprobado empíricamente. Las generalizaciones que no pueden dar lugar al planteamiento de enunciados corroborables empíricamente que las contradigan, son generalizaciones no científicas, metafísicas. Véase: POPPER, Karl. *Op. Cit.*, p. 34 y 39 y ss.

Una característica de los razonamientos derrotables es que “la conclusión es inferida a partir de información incompleta, es decir, a partir de premisas que representan condiciones insuficientes para afirmar la conclusión”<sup>469</sup>. Justamente, por esta característica de partir de información que se asume como incompleta, es que se dice que las premisas solo pueden considerarse como “buenos apoyos” para llegar a la conclusión (no siendo, por tanto, razones categóricas para la conclusión). Ahora bien, en la medida que el punto de partida (las premisas) es incompleto o no suficiente, es que el resultado (la conclusión) no puede ser definitivo o categórico, sino que tiene que ser tentativo (es, por tanto, derrotable o vencible; lo que significa que potencialmente, en el futuro, puede ser modificado o invalidado). Esto, por lo demás, no significa que el razonamiento derrotable llevado a cabo sea débil o irrelevante; por el contrario, supone ser convincente, a pesar de que, en estricto, no cumpla con los cánones deductivos<sup>470</sup> (así, por ejemplo, ocurre en el caso propuesto por Popper: la conclusión “todos los cisnes son blancos”, aunque no es producto de un proceso deductivo -sino inductivo- no se puede considerar irrelevante o inútil; de hecho, aunque seamos conscientes de que puede ser posible que existan cisnes no-blancos, como es solo una posibilidad y no un

---

<sup>469</sup> LAGRIS, Javier. *Op. Cit.* P. 110

<sup>470</sup> Aunque, como señala FERRATER MORA, muchas son las definiciones que se han dado de deducción, lo común a ellas es el hecho de señalar de que en “el proceso de deductivo se derivan ciertos enunciados de otros enunciados de un modo puramente formal, esto es, en virtud sólo de la forma (lógica) de los mismos (...) [y] la derivación hasta llegar a la conclusión se efectúa por medio de las reglas de inferencia”. FERRATER MORA. *Op. Cit.*, tomo I, p. 408. Lo propio del razonamiento deductivo (que lo diferenciaría del inductivo) es que solo él “pretende de sus premisas que ofrezcan evidencias concluyentes”. COPI, Irving. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1972, p. 22. En efecto, tradicionalmente se ha considerado que el modelo de razonamiento seguro (y por tanto, de razonamiento racional) era el razonamiento deductivo: “Desde hace muchos siglos, el ideal del desarrollo del conocimiento ha sido deductivo. Una vez asegurado, un teorema permanece para siempre. Con esta noción de inferencia no tenemos que preocuparnos sobre el error, que sólo ocurre cuando abandonamos la segura senda de la deducción” MORADO, Raymundo. “Problemas filosóficos de la lógica no monotónica”. En: MORETTI, Alberto y Raúl ORAYEN (eds). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 27. Filosofía de la lógica*. Madrid: Trotta, 2004, p. 324. Sin embargo, actualmente, principalmente a partir de los estudios en el campo de la Inteligencia Artificial, han destacado que, mientras los procesos deductivos además de relativamente sencillos de reproducir, se muestran como insuficientes para dar cuenta de las inferencias de la vida diaria o de sentido común, que no obstante ello, resultan útiles en la práctica (y que, por lo demás, desde el punto de vista formal, son “difíciles de reconstruir, si hay poco lugar para el error y la revisión”). *Ibid.*, loc cit

hecho comprobado, la conclusión se puede mantener como convincente y como útil<sup>471</sup>. Algo similar se puede decir de los ejemplos sobre casos de la vida cotidiana; de hecho, la realidad nos muestra que estos razonamiento “provisionales”, son bastante útiles para desenvolvernó y actuar en las situaciones del día a día).

Precisamente, por lo antes mencionado, se ha señalado que el razonamiento derrotable viene a ser un tipo de razonamiento no demostrativo<sup>472</sup> (junto con el razonamiento probabilístico, el inductivo, el estadístico, el razonamiento abductivo y el razonamiento paraconsistente<sup>473</sup>), en la medida que no produce una demostración completa o final; por el contrario, se reconoce la falibilidad y corregibilidad de la conclusión (a la que se llega luego del razonamiento derrotable). El razonamiento derrotable también puede ser considerado una especie de razonamiento ampliativo, ya que sus conclusiones van más allá del significado puro o de lo contenido en sus premisas<sup>474</sup>. Por lo demás, como se ha dicho antes, en un razonamiento derrotable se arriba a la conclusión a partir de información incompleta, o lo que es lo mismo, las premisas en un razonamiento derrotable son condiciones insuficientes para llegar a una conclusión categórica o definitiva. De aquí se deriva que en un razonamiento derrotable siempre es factible introducir nueva información; en otras palabras, por su propia naturaleza de incompleto (en cuanto a la información) está sujeto a que se introduzca nueva información.

---

<sup>471</sup> En estricto, el ejemplo de Popper es sobre un razonamiento inductivo, que es una clase de razonamiento no demostrativo, entre los cuales se cuenta también el razonamiento derrotable. La semejanza se encuentra en el carácter no-definitivo y potencialmente vencible del enunciado final (generalización o conclusión).

<sup>472</sup> Aunque, creemos que más precisamente se le podría llamar razonamiento no deductivo. Además del razonamiento derrotable “other forms of non-deductive reasoning, including inference to the best explanation, abduction, analogical reasoning, and scientific induction”. KOONS, Robert. *Op. Cit.*

<sup>473</sup> Para una explicación (aunque bastante técnica) de cada una de estas formas de razonamiento, puede consultarse: ALCHOURRÓN, Carlos E. (editor). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 7. Lógica*. Madrid: Editorial Trotta, 1995; JACQUETTE, Dale (editor). *A companion to philosophical logic*. Malden: Blackwell, 2002; GOBLE, Lou (editor). *The Blackwell guide to philosophical logic*. Malden: Blackwell, 2001.

<sup>474</sup> Véase. “Defeasible Reasoning” . En: <[http://wn.com/defeasible\\_reasoning/wiki](http://wn.com/defeasible_reasoning/wiki)>

Ahora bien, resulta que es característico en el desarrollo del razonamiento derrotable que esa “nueva información que se agregue a las premisas puede invalidar la inferencia hecha, pues daría lugar a inconsistencias”<sup>475</sup>.

El razonamiento derrotable ha sido objeto de estudio tanto para la filosofía como para las ciencias de la computación<sup>476</sup> (específicamente, en lo que tiene que con el campo de la inteligencia artificial). A nivel filosófico, el interés por los razonamientos de tipo derrotable puede rastrearse desde Aristóteles. En efecto, según el Estagirita, los razonamientos que pueden representarse mediante la lógica deductiva (especialmente, en la forma de silogismo) juegan un papel central en la articulación del conocimiento científico. Para Aristóteles, los fenómenos observables pueden deducirse a partir de las definiciones que se caracterizan por ser universales y sin excepciones, en tanto se construyen a partir de la naturaleza de los entes. En la ciencia, por tanto, la forma general de proceder es la de partir de una definición universal, que se supone capta la naturaleza de la entidad definida, y de allí deducir los fenómenos observables. Pero en el caso de las cuestiones prácticas de la vida cotidiana, para Aristóteles la cosa funciona de manera distinta. En estas situaciones nos basamos en generalizaciones que se mantienen “en su mayor parte”, en situaciones normales. La aplicación de este tipo de generalizaciones de sentido común implica lo que Aristóteles llama

---

<sup>475</sup> LEGRIS, Javier. *Op. Cit.*, p. 111

<sup>476</sup> Una exposición breve pero completa referida al desarrollo de la noción de inferencia lógica en la filosofía hasta los modernos estudios aplicados a las ciencias de la computación, que nos dan pautas de la evolución que va a llevar a la aparición de las lógicas no monótonas relacionadas con el razonamiento derrotable, puede verse en: MORADO, Raymundo. *Op. Cit.*, p. 313-317.

“razonamiento dialéctico”<sup>477</sup>, un tipo de razonamiento que se puede considerar como derrotable, aunque se puede considerar a la par, en validez, que el razonamiento deductivo<sup>478</sup>.

Como resalta Koons, posteriormente a Aristóteles el estudio del razonamiento prácticamente se centró en su forma deductiva. Sin embargo, a partir del abandono de los intentos por tratar el mundo físico como una construcción lógica de los hechos sobre datos sensoriales, se abren nuevas perspectivas. Por ejemplo, Roderick Chisholm argumentó que las apreciaciones de los sentidos pueden dar buenas razones, pero derrotables, para creer en los hechos del mundo físico. Si puedo decir que algo “me parece rojizo”, o sea, que si tengo la experiencia sensorial de estar en la presencia de algo rojo, entonces puedo presumir que realmente estoy en presencia de algo rojo. Sin embargo, dice Chisholm, esta presunción puede ser derrotada, por ejemplo, si me entero que mi entorno es anormal<sup>479</sup>, y por tanto, modifica mi percepción (imaginemos el caso en el cual, aquello que vemos, y que afirmamos que es rojizo, en realidad se haya detrás de un filtro o pantalla que varía el color original del objeto; en este caso, nuestra inicial percepción y opinión, tendrá que ser modificada. La razón de la modificación será la nueva información obtenida; un aspecto importante a tener en cuenta cuando se analiza el tema de la derrotabilidad, como ya se ha dicho).

---

<sup>477</sup> Para Aristóteles, los razonamientos (que él define como aquellos discursos que, dado por sentadas ciertas cosas, se logra algo distinto a lo establecido) pueden ser demostraciones o dialécticos. La diferencia entre ellos es que, mientras la *demonstración* “parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas”; el razonamiento *dialéctico* “es construido a partir de cosas plausibles”. ARISTÓTELES. *Tópicos*. I, 1, 100a 25- 100b 1. Las “cosas plausibles” las define Aristóteles como aquellas “que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados”. *Tópicos*. I, 1, 100b 22-24 (Usamos la edición de: ARISTÓTELES. *Tratados de lógica (Órganon) I. Categorías – Tópicos – Sobre las refutaciones sofísticas*. Madrid: Gredos, 1982, p. 90)

<sup>478</sup> KOONS, Robert. *Op. Cit.*

<sup>479</sup> *Ibid.*

En el caso de la Inteligencia Artificial, en cambio, los estudios relacionados con el razonamiento derrotable, se inician recién en la década de los años sesentas<sup>480</sup>. Hay que tener presente que cuando hablamos de “Inteligencia Artificial”, podemos hacerlo en dos sentidos. Uno, para referirnos a una capacidad. En ese caso, con Inteligencia Artificial nos referimos a “la capacidad de un dispositivo para llevar a cabo funciones que normalmente se asocian con la inteligencia humana, tales como el razonamiento y la optimización mediante la experiencia”<sup>481</sup>. Pero con Inteligencia Artificial también podemos referirnos a una disciplina, específicamente, a una rama de las ciencias de la computación, cuyo objetivo es lograr “hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes”, lo cual está relacionado con “el uso de computadoras para entender la inteligencia humana”<sup>482</sup>. En este contexto, por “inteligencia” se entiende “la parte computacional de la habilidad para alcanzar objetivos en el mundo”<sup>483</sup>, y en ese sentido, entonces, el objetivo práctico último de la Inteligencia Artificial sería lograr el diseño de robots con una capacidad de razonamiento suficientemente poderosa y útil como para que, una vez provistos de un subconjunto de

---

<sup>480</sup> Morado considera que, modernamente, es en las ciencias de la computación “donde se ha gestado el cambio más radical en nuestra idea de lógica”. Precisamente, este autor menciona una serie de desarrollos producidos a partir de la informática, que han repercutido en la lógica. MORADO, Raymundo. *Op. Cit.*, pp. 316-317.

<sup>481</sup> “The capability of a device to perform functions that are normally associated with human intelligence, such as reasoning and optimization through experience”. INSTITUTE OF TELECOMMUNICATION SCIENCES. “Artificial Intelligence (AI). Definition”. Institute of Telecommunication Sciences: Boulder, 1996.  
< [http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir-003/\\_0371.htm](http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir-003/_0371.htm)>

<sup>482</sup> McCARTHY, John. “What is artificial intelligence? Basic Questions”. Stanford: Stanford University, 2007.  
< <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/>>

Consensualmente se afirma que la Inteligencia Artificial, como disciplina, tiene como fecha de fundación formal el año de 1956, en la Conferencia de Darmouth. Desde esa fecha, se ha considerado que sus investigaciones se han realizado siguiendo dos enfoques: Uno, cuya meta es la construcción de sistemas orientados a la resolución de problemas, sin necesariamente imitar la forma en que la mente humana realiza esa tarea, aunque sí pretendiendo alcanzar su performance. El otro enfoque, intenta imitar el funcionamiento de la inteligencia humana mediante programas de computación, buscando arrojar luz sobre los procesos cognitivos humanos. *Cf.* CARNOTA, Raúl. *Op. Cit.*, p. 146

<sup>483</sup> McCARTHY, John. *Op cit*

información de sentido común, sean capaces de generar el resto de información suficiente como para adaptarse a su entorno y operar inteligentemente sobre él<sup>484</sup>.

Ahora bien, es aceptado que, como campo de estudio, “un objetivo esencial de la IA [Inteligencia Artificial] es la formalización del «razonamiento de sentido común»”, que sería una forma de razonar diferente, en la medida que en los razonamientos cotidianos partimos de generalizaciones que tienen excepciones, y llegamos a construir, a partir de allí, conclusiones, pero las cuales (en tanto partieron de algo incompleto) ante la adquisición de nueva información, pueden resultar erróneas<sup>485</sup>.

Se mencionan como los pioneros de estos estudios a John McCarthy y Patrick Hayes, quienes pronto descubrieron la necesidad de representar y poner en práctica el tipo de razonamiento derrotable identificados por Aristóteles y Chisholm<sup>486</sup>. Aspectos destacables de los estudios de McCarthy y Hayes son, por ejemplo, haber identificado el “problema del marco” y el “problema de la calificación”. El primero se refiere a cómo decidir qué condiciones no cambiarán (o se supone no lo harán) tras la ocurrencia de un evento. En este problema se parte de la presunción de que cualquier condición dada no cambiará, a menos que así lo requiera la realidad; presunción que es considerada como un “principio derrotable” (o de “inercia”), en la medida que afirma la continuidad de las condiciones, pero no las toma como invariables, sino, sujetas a cambio dependiendo de las circunstancias futuras. El segundo problema (el problema

---

<sup>484</sup> CARNOTA, Raúl. *Op. cit.*, 151. No obstante, hay que tener presente que también se puede tener una definición de *inteligencia* bajo un paradigma simbólico. En este caso, la inteligencia sería definida simplemente como “la habilidad para procesar símbolos” (CARNOTA, Raúl. *Op. Cit.*, p. 147), con lo que, una máquina, programa o sistema inteligente, por lo tanto, sería aquel que cuenta con la “habilidad para procesar símbolos mediante reglas formales” (*Ibid.*, p. 148).

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 144

<sup>486</sup> KOONS, Robert. *Op. Cit.*

de la calificación) tiene que ver con la necesidad de presumir que una acción puede realizarse con éxito, una vez que una breve lista de requisitos previos esenciales se han cumplido<sup>487</sup>. Obviamente, el problema supone que, si se agregan nuevos hechos, la acción puede verse afectada o anulada.

### *1.3. Derrotabilidad y lógica no monotónica*

Cuando se habla de lógica clásica (o modelo clásico de lógica) se está hablando del desarrollo de la lógica que culmina en la primera mitad del siglo XX (básicamente con los trabajos de Frege, y Russell y Whitehead), momento en el cual se dan los definitivos avances sobre la teoría de la cuantificación y la teoría de conjuntos; y pasa a concebirse a la lógica bajo un modelo matemático, de manera que “ya no se considera que la disciplina filosófica más cercana a la lógica es la ontología, como en Parménides; ni la retórica, como en Aristóteles; ni la filosofía del lenguaje, como en Ockham; sino la filosofía de la matemáticas, como en Frege y Russell”<sup>488</sup>. Así, el enfoque “clásico” de la lógica (distinto al enfoque “tradicional”, que abarca desde Aristóteles hasta los escolásticos medievales), afirma que el fin principal de la lógica es “la comprensión precisa y adecuada de la noción de *prueba matemática*”<sup>489</sup>.

Pues bien, el modelo clásico supone al menos tres condiciones del razonamiento: 1) que se puede inferir fuera de contexto; 2) que se pueden tener recursos ilimitados y se puede ser

---

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> MORADO, Rymundo. “Problemas filosóficos de la lógica no monotónica”, op cit., p. 315.

<sup>489</sup> Ibid., loc cit.



lógicamente omnisciente, como si se pudiese razonar fuera del tiempo y el espacio; 3) que se puede ser infalible y consistente, sin necesidad de revisión<sup>490</sup>.

La lógica clásica es, en general, suficiente y eficaz para representar y dar cuenta de los razonamientos cotidianos o “normales”; además de, obviamente, establecer reglas para poder llevar a cabo inferencias válidas, que además funcionan en situaciones de normalidad.

Considérense los siguientes ejemplos:

R1) Premisa 1: Si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela

Premisa 2: Piolín es un ave

Conclusión: Piolín vuela

R2) Premisa 1: Si Juan cae de un quinto piso, Juan se hace daño

Premisa 2: Juan cae de un quinto piso

Conclusión: Juan se hace daño

Tanto en R1 como en R2, es válido y correcto derivar de las Premisas 1 y 2, las respectivas conclusiones. Además, ambos razonamientos pueden ser adecuadamente representados mediante los instrumentos de la lógica proposicional, mediante un mismo esquema, que sería el siguiente:

$p \rightarrow q$

$p$

$\therefore q$

Solo que para R1: “p”= Piolín es un ave; “q”= Piolín vuela. Mientras que para R2: “p”= Juan cae de un quinto piso; “q”= Juan se hace daño.

---

<sup>490</sup> Ibid., p. 317.

Estos razonamientos se nos aparecen como correctos, y efectivamente, de seguro no tendríamos problema en aceptarlos en cualquier situación de la vida cotidiana, además de que en la práctica se muestren como útiles. Ahora bien, para llevarlos a cabo: 1) no es necesario tomar en cuenta el contexto; 2) no es necesario tomar en cuenta consideraciones temporales ni espaciales, como si quien realizase estos razonamientos tuviese un conocimiento completo e ilimitado de la realidad; y, 3) no hay necesidad de revisión, por lo tanto, pueden ser tratados como infalibles y consistentes. Es decir, se cumplen las tres condiciones antes mencionadas de los razonamientos bajo el modelo clásico.

Ahora bien, además de las características señaladas, en el modelo clásico se afirma también el llamado “principio de monotonía”, según el cual “dado un argumento (i.e. un conjunto de premisas y una conclusión), se tiene que si se agrega una o más premisas distintas, la conclusión sigue siendo la misma. En palabras informales, la monotonía consiste en el hecho de que si agregamos nueva información a nuestro conocimiento de las cosas, ello no da lugar a que cambiemos nuestro modo de entender dichas cosas y que seguimos entendiéndolas de la misma manera”<sup>491</sup>. Es decir, el principio de monotonía nos conduce a que, aun cuando se introduzca nueva información (nuevas premisas) no variemos nuestras conclusiones en los razonamientos<sup>492</sup>. Así ocurre en los siguientes ejemplos:

---

<sup>491</sup> LEÓN UNTIVEROS, Miguel Ángel. “El concepto de derrotabilidad en H.L.A Hart. Un punto de vista lógico”. En: *Derecho, Filosofía & Estrategia. Blog de Miguel Ángel León Untiveros*. Publicado el 28 de mayo de 2014. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/miguel-leon/2014/05/28/el-concepto-de-derrotabilidad-en-h-l-a-hart-un-punto-de-vista-l-gico-miguel-le-n-revisi-n-131213/>

<sup>492</sup> En términos de la Lógica, esto se corresponde con el hecho de que las inferencias monótonas no pierden validez cuando se añaden nuevas premisas. TRELLES MONTERO, Óscar. “Derecho y lógica: problemas”. En: ACUÑA SILVA, Elia Carmen, et al. *Lógica formal y lógica no-formal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudios Generales Letras, 2002, p., 105.

- R3) Premisa 1: Si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela  
Premisa 2: Piolín es un ave  
Premisa 3: Piolín es amarillo  
Conclusión: Piolín vuela
- R4) Premisa 1: Si Juan cae de un quinto piso, Juan se hace daño  
Premisa 2: Juan cae de un quinto piso  
Premisa 3: Juan es mayor de edad  
Conclusión: Juan se hace daño

En R3 se ha agregado una premisa adicional (“Premisa 3: Piolín es amarillo”) a lo que era R1; sin embargo, la conclusión es la misma (“Piolín vuela”), es decir, no se ve modificada ni es afectada por la introducción de esta nueva premisa o la información adicional. Y lo mismo ocurre en R4: la introducción de la Premisa 3 (“Juan es mayor de edad”) no hace que variemos la conclusión inicial (“Juan se hace daño”).

Estos ejemplos grafican de manera práctica en qué consiste el principio de monotonía: en teoría, se puede introducir cualquier premisa o agregar cualquier información adicional, y la conclusión inicial se debe mantener. Es por la afirmación del principio de monotonía que, justamente, se dice que la lógica clásica es una lógica monotónica.

Ahora bien, ya que en la lógica clásica funciona el principio de monotonía es que es posible que en esta se puedan aplicar las leyes del modus ponens y del refuerzo del antecedente<sup>493</sup>. La

---

<sup>493</sup> CADENA ROA, María del Carmen. “Modelación de las obligaciones morales *prima facie* con la lógica no monotónica”. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Filosofía, *El saber filosófico*, Morelia, UMSNH, 14-18 de noviembre de 2005, p. 9. Disponible en: [www.filosoficas.unam.mx/~morado/Cursos/05FallMono/Roa.doc](http://www.filosoficas.unam.mx/~morado/Cursos/05FallMono/Roa.doc)

ley del modus ponens señala que, a partir de una fórmula condicional, si se afirma su antecedente, entonces se obtiene su consecuente. Formalmente se representa así:

1  $p \rightarrow q$

2  $p$

$\therefore q$

Que quiere decir: “Si se da  $p$  entonces se da  $q$ ; se da  $p$ , entonces se da  $q$ ”.

Por su parte, la regla de refuerzo del antecedente señala que “si una proposición  $p$  implica a otra proposición  $q$ , entonces la implicación ha de mantenerse cuando se añaden otras proposiciones al antecedente del condicional”<sup>494</sup>. Es decir, si se tiene un esquema condicional en el cual “ $p$ ” implica “ $q$ ”, entonces es posible añadir otras proposiciones “ $r$ ”, “ $s$ ”, “ $t$ ”, etc., al antecedente “ $p$ ”, y aun así se mantendrá “ $q$ ” como consecuente. O sea, si tenemos: “ $p \rightarrow q$ ”, entonces ocurre que: “ $p \wedge (r \wedge s \wedge t \dots) \rightarrow q$ ”.

Tanto la ley del modus ponens como la ley de refuerzo del antecedente se derivan del hecho de que, en la lógica clásica, el antecedente es *condición suficiente* del consecuente. Es decir, que basta que se afirme el antecedente para que se derive el consecuente (independientemente de cualquier otra condición). O sea, en la lógica clásica, teniendo el esquema “ $p \rightarrow q$ ”, basta que se dé “ $p$ ”, para de ahí tener “ $q$ ”. Obviamente, si basta “ $p$ ” para que se dé “ $q$ ”, será suficiente que se dé “ $p$ ” para que se dé “ $q$ ”, y cuando se dé “ $p$ ” se dará (necesariamente) “ $q$ ”,

---

<sup>494</sup> NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000, p. 62

siendo irrelevante que se dé o no cualquier otra condición (por ejemplo, la aparición de nueva información).

Sin embargo, ocurre que la aplicación del principio de monotonía de manera automática y tajante a todos los razonamientos nos puede llevar en ciertos casos a conclusiones que son contraintuitivas, es decir, que van contra nuestro sistema de creencias aceptado. Por ejemplo, a partir de nuestros ya conocidos ejemplos, imaginemos las siguientes situaciones:

- R5) Premisa 1: Si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela  
Premisa 2: Piolín es un ave  
Premisa 3: Piolín tiene las alas rotas  
Conclusión: Piolín vuela
- R6) Premisa 1: Si Juan cae de un quinto piso, Juan se hace daño  
Premisa 2: Juan cae de un quinto piso  
Premisa 3: Juan cae sobre una cama elástica  
Conclusión: Juan se hace daño

Debido a que se ha aplicado el principio de monotonía en estos razonamientos, es que, a pesar de la introducción de una nueva premisa (la Premisa 3: “Piolín tiene las alas rotas” en R5, y “Juan cayó sobre una cama elástica” en R6), las respectivas conclusiones no varían. Por lo demás, estos razonamientos, tanto R5 como R6, son correctos desde el punto de vista de la lógica clásica. Y es que, precisamente, obedeciendo al principio de monotonía, desde el punto de vista de la lógica clásica, la adición de otra(s) premisa(s) al razonamiento no debe variar la conclusión inicialmente obtenida.

Sin embargo, parece claro que, tanto en R5 como en R6, tomando en cuenta las premisas añadidas, las conclusiones a las que hemos arribado resultan profundamente contraintuitivas, es decir, van en contra de nuestro sistema de creencias: intuitivamente nos parecen incorrectas, nos damos cuenta que algo falla en ellas. En efecto, si ahora tenemos (en R5) el nuevo dato de que Piolín tiene las alas rotas, entonces parece que no puede ser correcto concluir que Piolín puede volar. Igualmente, si ahora sabemos (R6) que José cayó sobre una cama elástica, entonces no parece acertado afirmar como conclusión que José se ha hecho daño.

Para evitar estos resultados contraintuitivos indeseados es que se ha visto la necesidad de recurrir a un tipo distinto de lógica, diferente a la clásica; una lógica que no afirme el principio de monotonía, es decir, una lógica no monotónica<sup>495</sup>. La lógica no monotónica es “aquella donde dado un argumento (i.e. un conjunto de premisas y una conclusión), se tiene que si se agrega una o más premisas distintas, la conclusión podría ya no ser la misma. En palabras informales, la no monotonía hace que el hecho de agregar información a nuestro conocimiento de las cosas, puede (aunque no necesariamente) dar lugar a que cambiemos nuestro modo de entender dichas cosas”<sup>496</sup>. Esta lógica es la adecuada para representar y dar cuenta de los razonamientos derrotables, aquellos que, justamente, son no monotónicos (puesto que, como se ha dicho, en los razonamientos derrotables la introducción de nueva información lleva a que se revoque o varíe la conclusión inicial)<sup>497</sup>. Lo dicho hasta aquí no significa que la lógica clásica sea inútil. Simplemente se quiere indicar que esta tiene ciertos límites (uno de ellos es

---

<sup>495</sup> MORESO, José Juan. “Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas”. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Vol II. Lima: Hermeneia Editores, 2008, p. 92.

<sup>496</sup> LEÓN UNTIVEROS, Miguel Ángel. *Op cit.*

<sup>497</sup> VELASCO CRUZ, Israel. “No-monotonicidad: ¿Un nuevo paradigma inferencial?”. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Filosofía, *El saber filosófico*, Morelia, 15 de noviembre de 2005, p. 11. Disponible en: [http://www.filosoficas.unam.mx/~Modus/AML/Eventos/Simposio\\_Filosofia\\_Logica\\_Velasco.pdf](http://www.filosoficas.unam.mx/~Modus/AML/Eventos/Simposio_Filosofia_Logica_Velasco.pdf)

lidar con razonamientos derrotables), y para superarlos es necesario recurrir a otros tipos de lógica, sin que eso implique deshacerse o reprobar la lógica clásica.

Pues bien, si aplicamos ahora la lógica no monotónica (es decir, dejamos de lado el principio de monotonía) en los razonamientos R5 y R6, se tendrán los siguientes resultados:

R7) Premisa 1: Si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela

Premisa 2: Piolín es un ave

Premisa 3: Piolín tiene las alas rotas

Conclusión: Piolín *no* vuela

R8) Premisa 1: Si Juan cae de un quinto piso, Juan se hace daño

Premisa 2: Juan cae de un quinto piso

Premisa 3: Juan cae sobre una cama elástica

Conclusión: Juan *no* se hace daño

R7 y R8 son ahora (a diferencia de R5 y R6) razonamientos no monotónicos. Como se ve, en ambos (R7 y R8) las respectivas conclusiones han cambiado. La razón de este cambio es la introducción de nueva información, es decir, la introducción de nuevas premisas en los argumento (en cada caso, la Premisa 3). Esta introducción de nueva información ahora sí (bajo las reglas de la lógica no monotónica) sí faculta a que se varíe la conclusión inicial, cosa que no era permitido bajo la perspectiva de la lógica clásica. De hecho, bajo los parámetros de la lógica clásica, tanto R7 como R8 no son razonamientos formalmente correctos (ya que no cumplen con el principio fundamental de la lógica clásica, que es el de monotonía); pero sí lo son bajo los parámetros de la lógica no monotónica, como también lo son (para la lógica no monotónica) R1, R2, R3 y R4.

En los razonamientos en los cuales se emplea la lógica no monotónica, como son los razonamientos derrotables, como ya se ha mencionado, no se aplica el principio de monotonía. Ahora bien, antes se había señalado que este principio estaba en directa relación con la aplicación de la ley del modus ponens y la ley del refuerzo del antecedente en los razonamientos. Por lo tanto, si ahora, en la lógica no monotónica no se aplica el principio de monotonía, entonces, consecuentemente, tampoco tendrán validez (en este tipo de lógica) las leyes de modus ponens ni de refuerzo de antecedente. O sea, la lógica no monotónica rechaza las leyes de modus ponens y de refuerzo de antecedente (como leyes lógicas válidas); por lo tanto, estas leyes no son aplicables a los razonamientos no monotónicos, entre ellos, los razonamientos derrotables<sup>498</sup>. Ahora bien, también antes se ha dicho que tanto la ley del modus ponens como la ley de refuerzo del antecedente se derivan del hecho de que, en la lógica clásica, el antecedente es *condición suficiente* del consecuente. Pues bien, esto no ocurre en la lógica no monotónica. Es decir, en la lógica no monotónica no basta, ante un condicional, con afirmar el antecedente para que se dé necesariamente el consecuente; sino que (como se ha visto) aun dándose la afirmación del antecedente, por el hecho de la adición de nuevas premisas, el consecuente puede no darse. Esto quiere decir que no será suficiente que se dé “p” para que automáticamente se dé “q”, sin importar cualquier otra condición. Esto se puede notar fácilmente al analizar los ejemplos R7 y R8. En ambos casos no ha sido suficiente que, dada una proposición condicional (R7: “Si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela”; R8: “Si Juan cae de un quinto piso, Juan se hace daño”) se afirme el antecedente del condicional (R7: “Piolín es un ave”; R8: “Juan cae de un quinto piso”), para que se dé el consecuente de dicho condicional (que sería en R7: “Piolín vuela” y en R8: “Juan se hace

---

<sup>498</sup> MORESO, José Juan. “Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas”, op cit, p. 94.



daño”); sino, por el contrario, la conclusión de estos razonamientos han sido proposiciones totalmente distintas (opuestas) al consecuente del condicional que hace de premisa inicial (así, las conclusiones han sido, más bien, en R7: “Piolín *no* vuela”, y en R8: “Juan *no* se hace daño”). Y la razón de ello es, precisamente, la introducción de una premisa adicional que agrega nueva información y varía el universo de conocimiento relevante para el razonamiento. Es decir, en la lógica no monotónica, la nueva información (la introducción de nuevas premisas) *sí* es relevante para llevar a cabo el razonamiento y para derivar la conclusión; cosa que en la lógica monotónica no ocurre. Por eso se dice que, mientras en la lógica clásica monotónica, los antecedentes son *condición suficiente* del consecuente; en la lógica no monotónica los antecedentes constituyen solo *condiciones contribuyentes* del consecuente: no son suficientes, no bastan; tampoco son irrelevantes; más bien, solo contribuyen a que el consecuente se dé, sin determinarlo<sup>499</sup>. Por eso se ha definido condición contribuyente como aquella “condición necesaria de una condición suficiente”<sup>500</sup>.

Todas estas características de la lógica no monotónica y de los razonamientos no monótonos, como los razonamientos derrotables, tienen implicancias muy relevantes (incluso para el razonamiento jurídico), como se verá luego.

Ahora bien, cabe adelantar que todo lo dicho hasta aquí se puede trasladar al ámbito del razonamiento jurídico. En efecto, en el derecho es usual que se den razonamientos derrotables. Ciertamente, lo normal en el derecho (como en la vida cotidiana) es que se emplee la lógica clásica y las herramientas de inferencia monotónicas, llevándose así a cabo razonamientos

---

<sup>499</sup> Ibid, p. 92.

<sup>500</sup> CARACCIOLO, Ricardo. “Normas derrotables: La concepción de Carlos Alchourrón”. En: *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, volumen 26, número 1, mayo de 2006, p. 175.

monotónicos (propios de la lógica clásica) que funcionan y son muy útiles en la práctica jurídica. Por ejemplo, si tenemos lo siguiente:

- J1) Premisa 1            Si se demuestra que Juan mató a Pedro, Juan debe ir a la cárcel  
    Premisa 2            Se demuestra que Juan mató a Pedro  
    Conclusión           Juan debe ir a la cárcel

Se trata de un razonamiento válido, formalmente correcto, útil si se quiere aplicar la sanción en un caso, y funciona adecuadamente en la práctica jurídica. Este modelo, como se recordará, se corresponde con el llamado “silogismo jurídico”, vinculado con la aplicación subsuntiva de las normas. A este caso, además, se le puede aplicar la lógica monotónica, y aun así se pueden obtener resultados válidos. Por ejemplo, al razonamiento se le puede agregar una premisa más, de forma que se tendrá lo siguiente:

- J2) Premisa 1            Si se demuestra que Juan mató a Pedro, Juan debe ir a la cárcel  
    Premisa 2            Se demuestra que Juan mató a Pedro  
    Premisa 3            Juan es chileno  
    Conclusión           Juan debe ir a la cárcel

El razonamiento es monotónico, porque, a pesar de que se ha agregado una premisa, es decir, se ha introducido nueva información (en este caso, que Juan es chileno), este hecho no hace que se varíe la conclusión: esta permanece. Además, el razonamiento es correcto y válido, y se puede admitir que la proposición que hace de conclusión es aceptable (no colisiona con nuestro sistema de creencias; es razonable pensar que, si se ha demostrado que Juan mató a

Pedro, Juan debe ir a la cárcel, aun cuando Juan sea chileno; además, podemos estar de acuerdo con lo concluido). Sin embargo, hay casos en los cuales, la aplicación de la lógica monotónica no funciona, o mejor dicho, no nos lleva a conclusiones que puedan ser aceptables (o aún, verdaderas) en el marco de un sistema jurídico. Por ejemplo, consideremos ahora que se da este razonamiento:

J3) Premisa 1	Si se demuestra que Juan mató a Pedro, Juan debe ir a la cárcel
Premisa 2	Se demuestra que Juan mató a Pedro
Premisa 3	Juan es chileno
Premisa 4	Juan tiene 12 años de edad
Conclusión	Juan debe ir a la cárcel

La conclusión no puede ser aceptada (por lo menos, en nuestro ordenamiento jurídico) puesto que un menor de edad, de doce años, no puede ir a la cárcel. La aplicación del principio de monotonía en este razonamiento jurídico, por tanto, nos lleva a una conclusión errada, aun cuando el razonamiento sea formalmente correcto (bajo los parámetros de la lógica clásica). Este hecho, por lo demás, muestra una limitación del llamado silogismo jurídico, y por extensión, de la aplicación subsuntiva de las normas; ya que estos trabajan bajo la perspectiva monotónica de la lógica clásica, que, como se ve, es limitada, y su aplicación universal y tajante conduce a resultados o conclusiones inaceptables, inválidas o erradas.

Se requiere, por tanto, para dar cuenta de los razonamientos jurídicos (y, en general, de los razonamientos normativos), del uso de la lógica no monotónica. Es gracias a la aplicación de

esta lógica no monotónica que se evita derivar conclusiones (formalmente válidas) que son inaceptables o falsas (en el contexto del ordenamiento jurídico). Si se renuncia al principio de monotonía, y se aplica la lógica no monotónica, es posible que se construya un razonamiento de esta forma:

J3) Premisa 1	Si se demuestra que Juan mató a Pedro, Juan debe ir a la cárcel
Premisa 2	Se demuestra que Juan mató a Pedro
Premisa 3	Juan es chileno
Premisa 4	Juan tiene 12 años de edad
Conclusión	Juan <i>no</i> debe ir a la cárcel

Cuya conclusión sí es correcta y verdadera en relación con nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se ve, se trata de un razonamiento que es formalmente incorrecto desde el punto de vista de la lógica clásica monotónica. De ahí la necesidad de dejar de lado (para estos casos, de razonamientos derrotables) a la lógica monotónica, y, más bien, hacer uso de la lógica no monotónica (que sí nos lleva a inferencias correctas, además de útiles y que funcionan en la práctica jurídica).

Así pues, la gran ventaja de usar la lógica no monotónica para los razonamientos derrotables (tanto de cotidianos como jurídicos-normativos) es que se evita arribar a conclusiones erradas, falsas o contraintuitivas. Sin embargo, hay que mencionar que el uso de la lógica no monotónica también introduce algunas dificultades y problemas. El más importante de todos

tiene que ver con el rechazo del modus ponens y el refuerzo del antecedente. Estos son, en la lógica clásica, las leyes básicas para poder realizar inferencias. Por lo tanto, si se rechazan estas leyes surge el problema de cómo derivar, de una premisa una conclusión. En otras palabras, ya no vale el esquema según el cual, si se tiene “ $p \rightarrow q$ ”, y a la vez se tiene “ $p$ ”, entonces se puede obtener “ $q$ ”; sino que ahora, si se tiene “ $p \rightarrow q$ ”, y a la vez se tiene “ $p$ ”, no se sabe qué se puede obtener (podría ser “ $q$ ”, como también “ $\sim q$ ”, “ $r$ ”, “ $s$ ” o cualquier otra proposición). Si estamos en esta situación, entonces simplemente no es posible derivar o concluir nada con seguridad; ya no funciona el proceso de deducción. Esto sería especialmente grave en el caso del derecho, porque, si se considera que las normas funcionan como condicionales y premisas iniciales en los razonamientos jurídicos, entonces, si no es posible derivar ninguna conclusión a partir de un condicional, luego resulta que tampoco será posible deducir con seguridad ninguna conclusión (consecuencia jurídica) de ninguna norma. Por ejemplo, si se tiene la norma que establece “si alguien mata a otro, será condenado a 20 años de prisión”, y a la vez se tiene que “ $X$  mató a  $Y$ ”, de todo esto no se podría concluir (con seguridad) “ $X$  será condenado a 20 años de prisión” (algo que, por lo demás, ocurre en la realidad, ya que pueden haber otras premisas adicionales, tales como “el delito de  $X$  prescribió”, “ $X$  es menor de edad”, “ $X$  lo hizo en defensa propia”, etc., que hacen que la conclusión “ $X$  será condenado a 20 años de prisión” no se dé). Las normas, así, resultarían siendo solamente condicionales muy precarios, que simplemente nos mostrarían aquello que tentativamente se puede dar (como consecuencia jurídica), pero sin que haya seguridad de que eso realmente se dé (ya que las circunstancias, la nueva información, etc., podría hacer que se “bloquee”, es decir, no se concrete, la consecuencia jurídica establecida por la norma).

Este problema es bastante complejo, y no nos parece que sea este el lugar en que deba ser analizado a fondo; sin embargo, se puede mencionar que, entre las propuestas que se han ensayado para superarlo está la de replantear la noción de consecuencia lógica, y por lo tanto, de deducción, o por ejemplo, postulando que la clase de los razonamientos válidos demostrativos va más allá de los razonamientos meramente deductivos.

En fin, como conclusión de este apartado, se puede establecer que hay una estrecha vinculación entre derrotabilidad y no monotonicidad; de modo que para representar y dar cuenta del fenómeno de la derrotabilidad, o de los razonamientos derrotables (tanto en los hechos como a nivel normativo) se hace preciso recurrir a, justamente, la lógica no monotónica. En este sentido, el vínculo entre no monotonicidad y derrotabilidad puede entenderse en la medida que

(...) el término derrotable (“defeasible”), puede entenderse con referencia a aquel argumento cuya conclusión podría cambiar, si se agregan nuevas premisas. En ese sentido, el término derrotable hace referencia al tipo especial de relación que hay entre las premisas y la conclusión de un argumento. Por ello, la derrotabilidad es una propiedad de cierto tipo de argumentos (como los jurídicos éticos, etc.) (...) [La derrotabilidad] hace referencia a un tipo especial de argumentos (jurídicos, éticos, etc.) y su sentido es indicar la relación que hay entre las premisas y la conclusión. Dicha relación, no es monotónica, y por ello no es reducible a la lógica clásica<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> LEÓN UNTIVEROS, Miguel Ángel. *Op. Cit.*

#### 1.4. Derrotabilidad en el ámbito práctico

##### 1.4.1. Derrotabilidad y obligaciones *prima facie*

El fenómeno de la derrotabilidad no solo se manifiesta en las situaciones de la vida cotidiana o en vinculación con cuestiones de hecho. También es posible reconocer la característica de la derrotabilidad en el ámbito de la moral, o de manera más general, en el plano de las cuestiones prácticas, es decir, aquellas que involucran obligaciones o deberes. Se está aquí ante una diferencia sustantiva, ya que, mientras en el primer acercamiento a la derrotabilidad se analizaba cómo esta se manifestaba en el plano del *ser*; este segundo acercamiento tiene que ver con el *deber ser*.

En este sentido, la derrotabilidad en el ámbito práctico se relaciona con la noción de *prima facie*; de forma que las “obligaciones derrotables” son aquellas que, de manera general, son caracterizadas como obligaciones *prima facie*. Para comprender esto, primeramente, es preciso mencionar que usualmente se entiende por obligaciones derrotables a aquellas que dan lugar a inferencias derrotables (“vencibles”, “retractables”, en el sentido expuesto en los apartados anteriores) acerca de lo que, una vez “consideradas todas las cosas (circunstancias)”, estamos obligados a hacer. Es en esta línea que David Ross discutió el fenómeno de las obligaciones *prima facie*. Según Ross, la existencia de una obligación *prima facie* da una buen motivo, aunque derrotable, para creer que se debe cumplir con esa obligación<sup>502</sup>.

Ahora bien, el estudio de las obligaciones derrotables, (*prima facie*), ha resultado de utilidad práctica por sus propuestas y planteamientos cuando ha querido ser desarrollado en el campo

---

<sup>502</sup> Ibid.

de la filosofía del derecho. Precisamente, este tema de las obligaciones *prima facie* nos parece un buen punto para empezar a abordar la cuestión de la derrotabilidad propiamente en el ámbito jurídico. A ello dedicamos el siguiente punto de este trabajo.

#### 1.4.2 Aproximación a la idea de obligación *prima facie*

Como se ha mencionado, la cuestión de las obligaciones derrotables se halla muy vinculada con el concepto de deber u obligación *prima facie*, sobre todo en el ámbito de la moral, de donde, por lo demás, se ha trasladado al campo jurídico. La expresión *prima facie* fue utilizada por primera vez con un sentido técnico específico por el filósofo escocés William David Ross, en su libro *Los Correcto y lo Bueno* (“The Right and the Good”, Oxford, 1930). Aunque inicialmente solo para referirse a obligaciones, actualmente, en cambio, la expresión *prima facie* se predica también con respecto a derechos<sup>503</sup> y normas, y aún de razonamientos (morales o jurídicos) *prima facie*.

En una primera aproximación, se habla de obligaciones o normas *prima facie* en el sentido de que ellas

(...) están sujetas a un conjunto de excepciones implícitas o explícitas que en caso de que concurren «disuelven» tal obligación, o también en el sentido de que [las obligaciones o normas *prima facie*] pueden ser desplazadas o vencidas por otras normas u obligaciones de mayor importancia, que son las que en definitiva determinarán qué debemos hacer en esa situación. Por esa razón, lo que parecía en principio que era nuestro deber, lo era sólo en una «primera apariencia», pues un examen más minucioso de la situación nos revela que las cosas no son realmente así<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*. Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, 1995, p. 332.

<sup>504</sup> MARTINEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Op cit., p. 216.



Ahora bien, en un sentido más específico, predominante especialmente en el ámbito de la discusión moral, se dice que

(...) una obligación o deber es o no *prima facie* en función de lo que podríamos llamar «la posición que ocupa dentro del razonamiento moral acerca de lo que debemos hacer en una situación concreta». En este sentido, y dada una situación de conflicto de obligaciones (...) es *prima facie* toda aquella obligación que resulte «desplazada» o «vencida» (*overriden*) por otra incompatible que por alguna razón se considere de mayor importancia, y que constituirá nuestro deber en esas circunstancias<sup>505</sup>.

Las obligaciones *prima facie* se caracterizan por ser las que resultan “desplazadas” o “vencidas” por otras obligaciones en caso de conflicto entre estas. Aquí el aspecto del conflicto es muy importante. Porque se entiende que solo a raíz de la circunstancia del conflicto se concretará la no exigibilidad de la obligación; pero, en tanto no nos encontremos ante un conflicto de obligaciones (*prima facie*) estas se entienden como aun válidamente exigibles. Por eso, se puede decir que una norma, obligación, etc., *prima facie* es “en principio” siempre válida, aplicable, exigible, etc.; *en principio*, o sea, en el primer momento, previamente o cuando aún no se ha manifestado el conflicto. En ese primer momento solo tenemos como información relevante la existencia y la carga moral del deber u obligación específico, y con esos datos solo podemos deducir que se trata de una obligación o deber moral, y como tal, *merece ser cumplido*. Pero solo con información adicional (que se manifestará a partir de la situación de conflicto) se podrá determinar si eso que aparece como que debe ser cumplido efectivamente corresponde que se cumpla en el caso específico. Por ello, se puede decir que el carácter *prima facie* indica que una norma, deber, obligación o

---

<sup>505</sup> Ibid., loc cit.

derecho es aplicable, exigible, obligatorio, etc., según sea el caso, “a falta de información en contra”<sup>506</sup>

Según Peczenik, el carácter *prima facie* se produce por dos motivos. Primero, por la variedad de códigos morales existentes entre las distintas sociedades, periodos históricos, y aún entre los diversos grupos en una misma sociedad. Segundo, porque un mismo individuo usualmente abraza criterios morales o principios que están en mutua competencia<sup>507</sup> (como, por ejemplo, cuando alguien acepta como válido decir la verdad y también el principio de no causar daño, lo cual entraría en conflicto en el supuesto caso de que tenga que contarle a un agresor dónde está escondida su víctima). Si solo existiese un único código moral homogéneo para todo tiempo y sociedad, y aún dentro de cada sociedad este fuese aceptado unánimemente; y si además los individuos asumiesen sistemas de valores y principios no potencialmente contradictorios, o, al menos, rígidamente jerarquizados (de forma tal que para cada situación se pudiese establecer con certeza el valor o principio predominante), entonces, no ocurrirían conflictos morales. Pero, en tanto que existe esta heterogeneidad a dos niveles (entre grupos y en el mismo individuo), los conflictos existen. Como se ha dicho antes, el conflicto puede actualizar la no exigibilidad o cumplimiento de una norma, obligación, principio, etc.

Por otro lado, el mismo Peczenik propone distinguir entre dos sentidos de *prima facie*. En un primer sentido, *prima facie* solo quiere decir “*lingüísticamente posible*”. Esto significa que “el lenguaje en cuestión no hace que nos resulte extraño considerarlo [al principio, valor o

---

<sup>506</sup> MORADO, Raymundo. *Op. Cit.*, p. 320. Morado se está refiriendo a “razonamientos” pero creemos que válidamente se puede aplicar a los casos mencionados.

<sup>507</sup> PECZENIK, Aleksander. “Dimensiones morales del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, , número 8, 1990, p. 90.

también a la norma, obligación o deber] dentro del acto de sopesar y equilibrar que determina nuestra opinión moral o conducta (acción u omisión)”<sup>508</sup>. En un segundo sentido, tener carácter *prima facie* quiere decir que es “relevante [; e]llo significa que la cultura en cuestión nos compele a tomarlo [al principio, valor o también a la norma, obligación o deber] en consideración dentro del acto de sopesar y equilibrar que determina nuestra opinión moral o conducta (acción u omisión)”<sup>509</sup>. La diferencia principal con el sentido anterior es la inclusión del factor cultural. Al respecto, hablar de que “la cultura compele a tomar en cuenta algo dentro del acto de sopesar y equilibrar”, puede interpretarse en dos formas: 1) “Cualquier persona normal, perteneciente a esa cultura (...) *vería como algo extraño* no tomar en consideración tal juicio y sin embargo insistir en que se ha realizado un acto justificable de sopesar y equilibrar para responder a la pregunta de si H es *definitivamente* obligatorio o bueno”. 2) “Cualquier persona normal, perteneciente a esa cultura (...) actuaría de una manera que implica que *está obedeciendo la regla* según la cual se debe tomar en consideración tal juicio cuando se realice dicho acto de sopesar”.<sup>510</sup>

#### 1.4.3. Formalismo y carácter categórico del cumplimiento de las obligaciones en Kant

Como se ha indicado antes, se debe a W. D. Ross la introducción del uso técnico de la expresión *prima facie*. Esto como parte de su intento por superar las dificultades a las que, según este filósofo, nos llevaba el formalismo moral kantiano. Según Ross, todos los filósofos morales están de acuerdo que en determinadas circunstancias resulta correcto no decir la

---

<sup>508</sup> Ibid., loc cit.

<sup>509</sup> Ibid., p. 91

<sup>510</sup> Ibid., loc cit.

verdad o romper una promesa<sup>511</sup>; o sea, aceptan que, bajo ciertas condiciones, es válido no cumplir con una acción que, a primera vista, se nos aparece como un deber. La excepción a esta opinión generalizada sería defendida por Kant, para quien el cumplimiento del deber tiene carácter categórico, es decir, no contiene excepciones. Así, por ejemplo, ocurre con el deber de veracidad, o sea, el deber de “ser *veraz* (sincero) en todas las declaraciones”, acerca del cual Kant concluyentemente llega a afirmar que se trata de “un sagrado mandamiento de la razón incondicionalmente exigido, no limitado por la conveniencia”<sup>512</sup>. Al ser el deber de veracidad un “mandamiento incondicionalmente exigido”, entonces resulta que se trata de un deber que ningún individuo “puede eludir, aunque [su cumplimiento] pueda perjudicarle a él mismo o a otros”<sup>513</sup>. Por ello es que, a la pregunta de si, ante una coacción injusta, una persona no está obligada a ser verídica para evitar así un crimen que le amenaza a él o a otro, Kant responde negativamente; llegando incluso a considerar que la mentira, aun en tal circunstancia, constituye una injusticia, no sólo para con uno mismo y para con el prójimo, sino hacia a la humanidad entera, en tanto que mediante tal proceder se menoscaban las bases sobre las cuales se construyen todos los acuerdos. Dice Kant explícitamente:

La veracidad en las declaraciones que no se pueden eludir es un deber formal del hombre para con el otro, por grave que pueda ser el perjuicio que pueda resultar de ella para él o para otro; y, aunque no cometa injusticia alguna con aquel que me fuerza injustamente a la declaración, si la falseo, sin embargo, con tal falseamiento, que puede llamarse mentira (aunque no en el sentido de los juristas), cometo injusticia con lo más esencial del deber en general: es decir, hago, en lo que a mí respecta, que las declaraciones no encuentren creencia alguna, y con ello, que se omitan y pierdan vigor todos los derechos que se

---

<sup>511</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Op. Cit.*, p. 332.

<sup>512</sup> KANT, Immanuel. “Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía”. En: KANT, Immanuel. *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba Editorial, 1999, p. 396

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 397

fundan en contratos: lo que es una injusticia que se inflige a la humanidad en general [subrayado nuestro]<sup>514</sup>.

La “injusticia” de la que se habla aquí (y que puede válidamente entenderse también como *perjuicio*, como el mismo Kant lo dirá) consiste en el hecho de contribuir al descrédito de las declaraciones (de todas en general), y con ello, de manera derivada, a que los pactos, contratos, acuerdos y similares (que, precisamente, se basan en las declaraciones o *promesas*) terminen perdiendo vigor; cosa que termina afectando a todos en general, ya que, a fin de cuantas, perjudica una de las bases de la convivencia. La idea que sustenta esta postura es que cada mentira, cada falta al deber de veracidad, establece una situación de debilitamiento en la certeza de las declaraciones, lo cual llevaría a que, en cierto punto, sea imposible que las podamos tomar en serio (en concreto, si las mentiras se vuelven recurrentes y se suceden una tras otra, luego, en adelante ante cualquier nueva declaración o promesa simplemente no se podrá tener seguridad de si son veraces o no).

A decir de Kant, esta injusticia ocurre desde el momento mismo en que se convierte “el deber de la veracidad, que es absolutamente incondicionado y constituye la suprema condición jurídica de las declaraciones, en un deber condicionado y subordinado a otras miras”<sup>515</sup>. Esto porque al condicionarlo o subordinarlo, el deber mismo se relativiza, perdiendo así su naturaleza de regla clara y firme, efectiva como guía de conducta de los individuos. Condicionar o subordinar los deberes a las circunstancias, o sea, hacer que el cumplimiento de un deber no sea exigible siempre y universalmente, es equivalente a convertir los deberes en

---

<sup>514</sup> Ibid., p. 394

<sup>515</sup> Ibid., p. 398

meras recomendaciones o sugerencia para la acción, y ya no en reglas, propiamente dichas. Por ejemplo, si un mandato como: “Debes decir la verdad”, no fuese una regla, o sea, un deber categórico, válido para cualquier circunstancia y sin excepciones, sino uno cuyo cumplimiento o no dependiese de las circunstancias particulares en cada caso, entonces se perdería la seguridad de la validez universal de ese mandato, en la medida que nos hacemos esclavos de las circunstancias, que son las que, en última instancia, establecerán si el mandato debe o no ser acatado. Si a la prescripción “debes decir la verdad” se le van aceptando excepciones, de forma tal que al final tenemos una formulación como: “Debes decir la verdad, pero se justifica no decirla para evitar un crimen, y también para evitar la angustia de un enfermo acerca de su salud, y también para ayudar a un desvalido, y también para generar un beneficio, etc.”; entonces llega un momento en que ese mandato de veracidad se vuelve inocuo y vacío, porque al fin y al cabo, como es la circunstancia específica la que en la práctica determine si cabe o no cumplirlo, nunca se tendrá la seguridad de que en el futuro podrá aplicarse, ya que siempre existirá la posibilidad de que una ulterior circunstancia configure una excepción a la regla. Por ello se dice que el mandato deja de ser regla o norma, para convertirse en una sugerencia o propuesta, algo que podría, o mejor, *debería* ser cumplido (en condicional, ya no que *debe* serlo); queda, en la práctica, convertida en una “buena pauta de conducta”, mas ya no en un mandato. Eso equivale a relativizar el deber. Ahora bien, como ya se ha indicado, si el deber se relativiza, entonces se hace imposible estar seguro de la veracidad de las declaraciones, estableciéndose así la desconfianza y la inseguridad en las relaciones (pactos), lo cual afecta a la convivencia misma (injusticia general).

Por lo demás, cabe explicitar que este carácter incondicionado del deber de veracidad implica no solo que este no depende de las circunstancias o condiciones fácticas, sino que tampoco conoce excepciones con respecto a los sujetos (involucrados): en otras palabras, el deber de la veracidad no hace “distinción entre personas, unas en relación a las cuales tengamos este deber, otras para con las cuales nos podamos deshacer de él”<sup>516</sup>; y en eso consiste –en este aspecto- que este deber tenga carácter incondicionado, o sea, “válido en cualquier condición”. “Válido en cualquier condición”, por tanto, debe entenderse íntegramente, en el sentido de que no está condicionado ni por las circunstancias fácticas (del momento, de los hechos) ni tampoco por las circunstancias que tengan que ver con las personas (su cumplimiento no es que se dé necesariamente ante algunas personas, pero podría no darse con respecto a otras); en pocas palabras, no debe estar condicionado por ningún tipo de circunstancias, ni fácticas ni personales.

Queda claro, entonces, que para Kant no existe justificación desde un punto de vista moral para no cumplir con un deber (como el de ser verídico, que hemos tomado como ejemplo); ni siquiera es justificación válida el posible perjuicio que el cumplimiento de ese deber podría producir. Pero, para Kant, el no cumplimiento de un deber no es solo injustificado a nivel moral, sino que también puede ser punible a nivel jurídico, generando, bajo cualquier circunstancia, responsabilidad y culpa; mientras que el cumplimiento del deber, sea cuales fueren las consecuencias (negativas) derivadas de él, nunca genera responsabilidad jurídica en quien cumple el deber. Así, en relación con el deber de veracidad (que nos sirve de ejemplo),

---

<sup>516</sup> KANT, Immanuel. “Sobre un supuesto derecho a mentir por amor a la humanidad (1797)”. En: ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA DE URUGUAY. *Uruguay Educa. Portal Educativo de Uruguay*. Montevideo: Administración Nacional de Educación Pública, 2009, p. 3  
<[http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/KANT\\_sobreunsupuestoderechoamentir2.pdf](http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/KANT_sobreunsupuestoderechoamentir2.pdf)>

mientras que su cumplimiento siempre es eximente de responsabilidad (nadie es culpable por cumplir un deber), su no cumplimiento siempre genera responsabilidad, así sus consecuencias sean positivas o no se haya cumplido en vista a evitar algún daño; de forma tal que -dice Kant-

(...) si *mediante una mentira* has impedido actuar al que se proponía cometer un asesinato, eres jurídicamente responsable de las consecuencias que puedan derivarse de ello. Pero si te has atendido estrictamente a la verdad, nada puede hacerte la justicia pública, sea cual fuere la imprevista consecuencia de ello (...). Por tanto, quién *miente*, por piadosa que pueda ser su intención, debe responder y pagar, aun ante un tribunal civil, por las consecuencias de ello, por imprevistas que puedan ser (...)<sup>517</sup>.

Tal desaprobación al incumplimiento del deber de veracidad está justificada para Kant “porque la veracidad es un deber que ha de considerarse como la base de todos los deberes fundados en contrato, cuya ley, con que se admita la menor excepción a ella, se vuelve vacilante e inútil”<sup>518</sup>. En otras palabras, para Kant el carácter categórico de la exigencia de veracidad se fundamenta, por un lado, porque es la veracidad la base para cualquier otro deber que implique un acuerdo (o lo que es lo mismo, sin veracidad, los acuerdos se vuelven inútiles, ya que no es posible acordar nada con seguridad si se tiene como base el engaño o la mentira). Pero para Kant también el cumplimiento del deber de veracidad es categórico porque cualquier excepción supondría la anulación del deber mismo como *regla* o *norma*, que en tanto lo es, implica la aplicación de manera general, o a todos los casos, por lo tanto, sin excepciones (bajos las mismas razones –aunque aquí aplicadas al ámbito jurídico- expuestas antes en relación al cumplimiento del deber en el ámbito moral).

---

<sup>517</sup> KANT, Immanuel. “Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía”, p. 395

<sup>518</sup> Ibid., pp. 395-396



Por lo demás, si bien hemos tomado (como usualmente se toma) al deber de veracidad como un caso paradigmático acerca de la exigencia de cumplimiento irrestricto, y si bien este deber tiene algunas particularidades que lo distinguen de los otros deberes (a nivel moral y jurídico), específicamente el constituirse en la base de los acuerdos y pactos; esto, sin embargo, no significa que el deber de veracidad sea diferente, superior o “más obligatorio” que los otros deberes. Por el contrario, la rigidez kantiana con respecto al cumplimiento del deber resulta exigible a todos los deberes por igual. Del mismo modo, Kant considera que el incumplimiento del deber (sea este cual sea, y sin importar la razón del no acatamiento), implica también la anulación del este como norma o regla, puesto que, en igual medida para cualquier deber, una no observancia implica forzosamente y por lógica la pérdida de su carácter necesario y universal, características esenciales para que algo se pueda llamar propiamente norma (porque, la idea es que *basta un solo caso* en el que lo mandado por el deber no se dé para poder decir que *no se cumple en todos los casos*, con lo cual entonces resulta que se puede afirmar que su cumplimiento no es necesario ni universal, y por ello no es una norma). Por lo demás, hay diversos ejemplos que el mismo Kant pone para ilustrar y enfatizar el hecho de que el cumplimiento del deber debe darse siempre, bajo cualquier circunstancia<sup>519</sup>.

---

<sup>519</sup> Para Kant, la única razón válida para cumplir un deber, es el deber mismo. Por tanto, resultan irrelevantes como eximentes las consecuencias fácticas (negativas); pero tampoco resultan relevantes como razones a favor los beneficios o la satisfacción que se puedan alcanzar a consecuencia de ese cumplimiento. El irrestricto cumplimiento del deber, cuyo fundamento es el deber mismo, así nos encontremos en la situación que sea y bajo cualquier circunstancia, queda claro en el siguiente ejemplo, en el cual Kant no pone en una hipotética situación extrema, en la que, sin embargo, aún en ella, se exige cumplir con lo debido: “Sea por ejemplo el siguiente caso: alguien retiene un bien que otro le ha confiado (*depositum*); el propietario ha muerto y sus herederos no saben ni pueden saber nada del asunto. Supongamos que le presentamos este caso a un niño de ocho o nueve años, agregando que el poseedor de ese depósito experimenta en la misma época (sin su culpa) la ruina completa de su bienestar, que se ve rodeado por una familia, mujer e hijos, afligida, agobiada por la miseria, y que puede salir al momento de esa indignancia apropiándose de ese depósito; que además es filántropo y caritativo, mientras que los

#### 1.4.4. La negación kantiana de la posibilidad de conflicto entre obligaciones o deberes

Al mismo tiempo que Kant afirma que no existen excepciones para el cumplimiento de un deber, niega que puedan darse situaciones de conflicto entre deberes u obligaciones. Esta última idea se sustenta en el hecho de que, según Kant, los principios morales que sirven de base a nuestros deberes morales, están, en última instancia, fundamentados en un único

---

herederos en cuestión son ricos, egoístas y en esto extremadamente exuberantes y despilfarradores, hasta tal punto que más valdría arrojar al mar ese suplemento a su fortuna. Y preguntemos ahora si en esas circunstancias sería lícito usar ese depósito en provecho propio. No es dudoso que el niño interrogado respondería: ¡no!, y en vez de cualesquiera razones dirá simplemente: *es injusto*, es decir, es contrario al deber”. KANT, Immanuel. *Teoría y Praxis*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1984, p. 32. (también en la *Crítica de la razón práctica* Kant apela, aunque de manera referencial, al caso del *depositum* confiado sin conocimiento de otras personas, para exponer un aspecto referido al cumplimiento del deber, específicamente aquí la (in)validez de las máximas de acción cuando son contrarias a lo debido. Cft. KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Ak. V, 27-28 [A 49-50].).

Por lo demás, cabe mencionar que para Kant ni siquiera la misma felicidad que nos pueda provocar o que suponemos podemos alcanzar mediante el cumplimiento del deber (tal vez porque esto nos llevaría a un estado de bienestar con nosotros mismos) es razón alguna para cumplir el deber; porque la felicidad –para Kant- es algo que depende de las circunstancias y, por ello, nadie puede asegurarse que haciendo “tal o cual cosa” logrará ser feliz; siendo así que alcanzar la felicidad es algo de lo que nadie puede estar seguro, sería irracional (si no es que contradictorio) poner como razón para el cumplimiento del deber el que esto *nos serviría para llegar a ser felices*: “Nada más claro que esto [que algo se debe hacer solo por el deber, y lo contrario es injusto], pero verdaderamente no en el sentido de que la restitución del depósito favorecería la propia *felicidad*. Pues si nuestro hombre esperara la determinación de su decisión de una intención de felicidad, podría razonar así: «Si espontáneamente devuelves ese bien ajeno a sus verdaderos propietarios, probablemente te recompensarán por tu honradez; o, si eso no ocurre, ganarás una extensa y buena fama que te puede ser muy provechosa. *Pero todo esto es muy incierto*. En cambio, muchas reflexiones surgen también: si quisieras quedarte con lo que te ha sido confiado para salirte en seguida de esa estrecha situación, te volverías sospechoso al hacer un uso rápido de ese dinero (...)». *Por consiguiente la voluntad que se rige por la máxima de la felicidad oscila entre móviles acerca de lo que debe decidir; pues apunta al éxito y éste es muy incierto; hay que tener una buena cabeza para zafarse de la presión de las razones en pro y en contra y no engañarse en el balance. Por el contrario, cuando la voluntad se pregunta cuál es en este caso el deber, de ningún modo se turba acerca de la respuesta que ha de darse a sí misma, sino que en el acto está segura de lo que tiene que hacer*. Aún más, si el concepto de deber tiene para ella algún valor, experimenta incluso un disgusto ante el solo aventurarse en el cálculo de las ventajas que podría procurarle su transgresión, exactamente lo mismo que si en este caso tuviera aún la elección” [énfasis nuestro]. KANT; Immanuel. *Teoría y Praxis*, op cit., pp. 33-34

Por último, es, por lo demás destacable que Kant mencione que, aún para “un niño de ocho o nueve años” queda claro cómo se debe actuar en el caso del ejemplo (o sea, no ir contra el deber). Y es que para Kant la obligatoriedad irrestricta del cumplimiento del deber es una verdad de razón, cualquier ser racional puede darse cuenta de ello; basta con tener la facultad de la razón (y ninguna otra cualidad especial) para poderse dar cuenta de que lo contrario al deber es *injusto* (no es una cuestión de *sabios*, por decirlo así, sino que es algo, digamos, *natural*, tan natural como la capacidad de entender que aquello que nos hiera es malo).

principio fundacional, el cual no es otro que el imperativo categórico<sup>520</sup>. En otras palabras, existe un único principio moral fundacional, que es el imperativo categórico. De ese principio fundacional único se derivan todos los demás principios morales, los cuales sirven, a su vez, de base a nuestros deberes morales<sup>521</sup>. Ahora bien, en la medida que todos los principios morales derivan de un solo principio fundamental común, resultará que entre ellos no puede haber contradicción alguna, todos serán coherentes entre sí, ya que, como todos los principios derivados (y, a la vez, todos los deberes) se remiten a ese único principio fundamental, (que viene a ser su origen común), entonces todos ellos comparten una misma “naturaleza moral” y obedecen a una misma lógica. Los principios “secundarios” serían análogos a consecuencias lógicas del principio fundamental y, en ese sentido, serán lógicamente coherentes y no contradictorios. Del mismo modo, también se puede decir que el principio único fundacional da unidad a la pluralidad de principios; con lo cual, lo que se llega a tener no es solo un conjunto o agregado de principios morales, sino propiamente un sistema moral que, como tal, resulta siendo consistente y lógicamente congruente internamente. Por otro lado, si recordamos que este principio fundamental, así como todos los principios que surgen sustentados en él, se considera que tienen una naturaleza categórica, se trata, entonces, de principios que son (todos) rígidos, o lo que es lo mismo, dentro de la propuesta kantiana se

---

<sup>520</sup> Sería mucho apartarnos de nuestro tema explicar aquí lo que es el imperativo categórico kantiano (además de que se trata de un tema amplísimo). Por ello remitimos a la fuente primaria: KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2002, específicamente los capítulos primero (“Tránsito del conocimiento moral común de la razón al filosófico”) y segundo (“Tránsito de la filosofía moral popular a una metafísica de las costumbres”). Una explicación bastante clara y general sobre el imperativo categórico se puede encontrar en: RIVERA CASTRO, Faviola. “El imperativo categórico en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*”. En: *Revista Digital Universitaria*. México D.F., UNAM, volumen 5, número 11, 10 de diciembre de 2004, pp. 1-6. Disponible en: [http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic\\_art81.pdf](http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf)

<sup>521</sup> Siguiendo un razonamiento en “sentido contrario”: tenemos el deber moral de ser veraces, porque hay un principio moral que prescribe decir la verdad; pero, a su vez, este principio moral encuentra su fundamento en el imperativo categórico. El principio de veracidad no es más que una concretización del imperativo en relación con una acción específica (decir la verdad).

trata de reglas estrictas que no admiten excepciones (puesto que, como se ha dicho, solo si tienen estas características se les puede considerar como verdaderas *normas-principios*, es decir, necesarias y universales, o sea, aplicables a todos los casos).

Si la moral, entonces, funciona para Kant como un sistema en el cual todos los principios se encadenan o vinculan unos a otros, y en el cual todos ellos se derivan de un solo principio fundamental; y, además, estos principios se caracterizan por su inflexibilidad, de forma tal que su aplicación es siempre categórica, como si se tratasen de bloques rígidos de aplicación mecánica; entonces, el sistema moral que Kant propone resulta siendo similar a un sistema geométrico o axiomático (donde el papel de los axiomas lo toma el imperativo categórico) que funciona mecánicamente mediante meras inferencias formales. Si el sistema moral kantiano efectivamente tiene estas características, entonces válidamente se puede caracterizar como un sistema deductivo<sup>522</sup>, en el cual se procede mediante la vía de la subsunción<sup>523</sup>. Precisamente, al respecto, José Juan Moreso ha señalado que la moral kantiana es un ejemplo paradigmático del llamado “enfoque subsuntivo” de la moral. Tal enfoque subsuntivo plantea que nuestros deberes morales (lo que debemos hacer) son consecuencias lógicas de nuestros principios morales, y considera que el razonamiento moral, correctamente entendido, consiste en “subsumir las acciones del mundo en los principios morales”, de forma tal que, con solo hacer

---

<sup>522</sup> No todos los sistemas son necesariamente deductivos, ya que existen otros tipos, como los interpretativos, que también pueden llamarse sistema. Lo que define lo que es un sistema no es el ser deductivo, sino las características de completitud y coherencia (Véase al respecto: BULYGIN, Eugenio. “Sistema deductivo y sistema interpretativo”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 13, octubre de 2000). Un sistema deductivo será entonces tal sistema que, además de ser coherente y completo, tiene una estructura deductiva, o sea, en la cual las derivaciones de unas proposiciones a otras tienen un carácter necesario.

<sup>523</sup> O sea, haciendo encajar la acción particular debida en los supuestos de hecho de los principios, como si aquellos fueran instancias de estos, bajo la lógica -ya expuesta- según la cual lo que se debe hacer implica el cumplimiento irrestricto de lo que manda el deber moral, el cual se infiere del contenido de los principios.

esto, “siempre sabremos cómo comportarnos”<sup>524</sup>. En otras palabras, para proceder a resolver un problema moral, lo único que tenemos que hacer es simplemente tomar el principio correspondiente y aplicarlo al caso específico, o sea, actuar mecánicamente según lo que manda el respectivo principio en el caso en cuestión, y así tendremos solucionado el problema sin mayor complicación. Por ejemplo, una muestra de razonamiento moral bajo este enfoque sería el siguiente: “hay un principio moral conforme al cual deben cumplirse las promesas; tú prometiste a tu hija regalarle un juego de croquet y, por tanto, debes regalárselo”<sup>525</sup>. Es decir, para esta concepción, resolver un problema moral es lo mismo que llevar a cabo un razonamiento silogístico, donde el proceder es simplemente formal y mecánico. Y como buen proceder meramente formal y mecánico, se aplica igual bajo cualquier circunstancia; no importan las condiciones específicas, sean estas simples o complicadas, fáciles o difíciles; el principio siempre debe aplicarse y lo que corresponde es actuar cumpliendo con lo que aquel manda: si prometiste regalar un juego de croquet, debes hacerlo, no importa que ahora te encuentres en una situación paupérrima o comprarlo implique gastar el dinero destinado a una curación urgente. Por ello se dice que una característica de este enfoque es, precisamente, que considera que “los deberes morales son categóricos, sin excepciones”<sup>526</sup>; o sea, sostiene algo al igual a lo que lo defiende la teoría ética kantiana, razón por la cual se considera a esta como un ejemplo del mencionado enfoque.

Ahora bien, se ha dicho que la teoría kantiana presenta a la moral como un sistema deductivo.

Pues bien, una de las características de todo sistema, incluyendo los deductivos, es el de ser

---

<sup>524</sup> MORESO, José Juan. “Razones y significados en contexto”. En: *Revista de Libros*. Madrid: Fundación Caja Madrid, número 112, abril de 2006, p. 26

<sup>525</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>526</sup> *Ibid.*, loc cit.

coherentes<sup>527</sup>. Por tanto, si se acepta la idea de la moral como un sistema deductivo, entonces hay que aceptar que esta es por necesidad coherente, es decir, está libre de contradicciones; lo cual se traduce en el terreno moral en la ausencia de conflictos entre normas, o sea, en la ausencia de los llamados “dilemas morales”. Y en efecto, otro de los postulados fuertes de la ética kantiana (por lo demás, consecuencia coherente de sus tesis, aquí expuestas) es la negación de la existencia de dilemas morales legítimos o genuinos conflictos entre normas<sup>528</sup>; lo cual no es sino una derivación de su rechazo a la posibilidad misma de la existencia del fenómeno de los dilemas, rechazo expresado por Kant mediante el conocido lema “obligationes non colliduntur”<sup>529</sup>. De hecho, se puede decir que para Kant la existencia de

---

<sup>527</sup> La completitud es otra de las características presentes en los sistemas, sean estos deductivos o de otro tipo, como los interpretativos.

<sup>528</sup> Cabe precisar, no obstante, que Kant no es el único filósofo que niega la existencia de dilemas morales genuinos; por el contrario, más bien parece haber sido una postura bastante aceptada, al punto que se puede decir que “tradicionalmente buena parte de la filosofía moral no sólo ha ignorado estos casos, sino que ha negado que existan genuinos dilemas morales” (ORTIZ-MILLÁN, Gustavo. “Guillermo Lariguét, *Dilemas y Conflictos Trágicos*. Una investigación conceptual”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 34, abril de 2011, p. 164). Así, al igual que Kant, también Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Hegel, John Stuard Mill, Hare, entre otros, niegan la existencia de dilemas morales (GOWANS, Christopher. “Introduction: The Debate on *Moral Dilemmas*”. En: GOWANS, Christopher (ed.). *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987, pp 3 y ss. En este trabajo se puede encontrar una exposición general de las posiciones de los filósofos mencionados acerca del tema de los dilemas morales).

Por lo demás, parece que no han sido pocas las razones para que todos estos filósofos hayan negado la existencia de dilemas morales. De entre todas estas razones, “una de ellas tiene que ver con el hecho de que admitir estos conflictos dentro de una teoría moral sería admitir inconsistencias en la teoría y ese sería un defecto muy grave para cualquier teoría, dado que de una teoría que admite inconsistencias se puede seguir cualquier cosa” (ORTIZ-MILLÁN, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 165).

<sup>529</sup> LARIGUET, Guillermo. “Dilemas morales *qua* límites de la racionalidad práctica”. En: *Dianoia. Revista de Filosofía*. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Fondo de Cultura Económica, volumen LV, número 64, mayo de 2010, p. 78. Este autor señala que la existencia de dilemas morales supone la existencia de límites a la racionalidad práctica, en tanto que estos dilemas serían situaciones con las cuales la racionalidad práctica no puede lidiar, es decir, que no puede resolver; en otras palabras, los dilemas morales mostrarían que la racionalidad no es omnipotente y, por tanto, no puede dar solución a ciertas cuestiones morales, lo que a su vez implica que existirían ciertos ámbitos de la moral que escapan al dominio de la racionalidad, y, en ese sentido, existen legítimos problemas morales que, si quieren ser resueltos, no han de ser tratados mediante procedimientos racionales, sino i-rracionales o a-rationales (ej., dejarlo al azar). LARIGUET, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 76 y ss.

dilemas morales genuinos cae dentro del “terreno de la imposibilidad conceptual”<sup>530</sup>, o sea, no es posible un concepto válido de “dilema”, que implique poner en juego dos obligaciones en contraposición, o sea, dos mandatos que necesariamente tienen que cumplirse: la noción de obligación implica que una acción debe hacerse necesariamente; por tanto, que dos obligaciones opuestas concurren, supondría que se está mandando a que necesariamente se deban cumplir dos acciones opuestas a la vez, lo cual es contradictorio. Entonces, no es posible que dos reglas opuestas concurren y sean las dos exigibles; esto resulta lógicamente contradictorio, pues sería tanto como exigir que se dé algo y a la vez su opuesto. De hecho, desde el momento en que una regla resulta necesaria, actuar de acuerdo con otra opuesta no solo no es un deber, sino que es lo contrario al deber, tal como bien lo explica Kant en la *Metafísica de las costumbres*:

Un *conflicto de deberes* (*collisio officiorum s. obligationum*) consistiría en una relación entre ellos, en virtud de la cual uno de ellos anularía al otro (total o parcialmente). Pero, dado que deber y obligación en general son conceptos, que expresan la *necesidad* objetiva práctica de determinadas acciones, y puesto que dos reglas opuestas entre sí no pueden ser a la vez necesarias, sino que cuando es deber obrar atendiendo a una, obrar siguiendo a la otra no sólo no es deber alguno, sino incluso contrario al deber : es totalmente impensable una *colisión de deberes* y obligaciones (*obligationes non colliduntur*)<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> LARIGUET, Guillermo. “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 24, abril de 2006, p. 99.

<sup>531</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. A 224 (KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. 4ta edición. Madrid: Editorial TECNOS, 2008, pp. 30-31).

La postura negativa frente a los conflictos de obligaciones, por tanto, se fundamenta, por un lado, en la tesis de la posibilidad de los deberes morales “perfectos”<sup>532</sup>, “junto a la tesis de que estos deberes generan una *necesidad moral* de realizar ciertas acciones”<sup>533</sup>.

Además, hay que tener en cuenta que

Si las obligaciones derivan de postulados *a priori* de la razón –y de ahí su necesidad–, parecería irracional que la razón nos dictara obligaciones contradictorias o en conflicto, y que además nos llevara a actuar de modos incompatibles. Además, para Kant, como para muchos otros, deber implica poder, así es que no es posible que haya conflictos de obligaciones. Los llamados «dilemas morales», diría Kant, son sólo conflictos aparentes: o bien uno de los enunciados de obligación no es válido o bien los dos enunciados realmente no nos imponen acciones incompatibles<sup>534</sup>.

En consecuencia, se puede concluir que para Kant la postura que niega la existencia de conflictos entre deberes, no es más que una conclusión a la que ha de llegarse necesariamente si se asume una perspectiva ética racionalista, es decir, una en la cual los principios (y los deberes derivados de estos) son mandatos de la razón, y como tales, necesarios<sup>535</sup>. Partiendo

---

<sup>532</sup> Los deberes morales “perfecto” son, para Kant, aquellos “cuyo cumplimiento, sea positivo –una acción- o negativo –una omisión-, debe ser completo y definitivo, y por eso se dice de ellos que obligan de un modo perfecto: pagar una deuda en una fecha precisa, decir la verdad y nada más que la verdad, no matar, etcétera. Aquí el deber no deja mucho espacio para saber cómo es que debe ser cumplido. Una vez que estos deberes han sido cumplidos, lo han sido perfectamente (quien paga una deuda cumplidamente liquida, mediante su acción, la obligación que lo compelia a pagar esa deuda)”. DURÁN CASAS, Vicente. “La actualidad del pensamiento moral de Kant”. En: CASTAÑEDA, Felipe, DURÁN, Vicente y HOYOS, Luis Eduardo (eds.). *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 174

<sup>533</sup> LARIGUET, Guillermo. “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza”, op cit. p. 99

<sup>534</sup> ORTIZ-MILLÁN, Gustavo. *Op. Cit.*, pp. 164-165

<sup>535</sup> Lo racional se haya vinculado con la necesidad: si algo es racional, se impone su aceptación o realización, de la misma forma que si algo es irracional no puede sino ser rechazado. Si lo racional forzosamente debe ser aceptado, es porque lo contrario implicaría que es posible aceptar lo irracional; en otras palabras, se impone forzosamente lo racional, porque lo contrario sería aceptar que es (un proceder) válido el actuar irracional, algo que, por lo demás, no puede ser consistentemente defendido desde que se entiende al hombre como un ente racional. Cuando partimos del hecho de que el hombre es un ser racional es contradictorio aceptar, a su vez, que se puede (válidamente) actuar irracionalmente. Por tanto, si se es racional, la única opción es el actuar racional, y es así que, por ello, ante lo racional no queda más que su seguimiento forzoso, o sea, su *necesidad*, por el simple motivo de que no existe alternativa alguna distinta que sea válida (puesto que la única opción diferente es el actuar irracional).



de asumir que las obligaciones son derivados a priori de la razón, han de tener, por tanto, carácter racional; no pueden, obviamente por ello, ser irracionales, o sea, no pueden ser contradictorias (una forma de irracionalidad). De otro lado, también resulta racional aceptar el postulado según el cual “deber implica poder”, ya que, caso contrario, supondría aceptar la posibilidad de que existan deberes que no puedan ser realizados, lo cual sería irracional por contradictorio, ya que sería aceptar que existen “mandatos que necesariamente deben ser cumplidos” (tal es lo que es un deber) pero que a la vez, no se pueden cumplir; o lo que es lo mismo, que se mande a hacer necesariamente aquello que no se puede hacer. Que *algo tiene que hacerse* tiene como condición lógica que aquello *puede hacerse*; puesto que, si aquello ha de hacerse bajo cualquier circunstancia, es porque aquello puede hacerse (necesidad implica posibilidad). Teniendo en cuenta estas consideraciones, entonces hablar de “dilemas morales”, o conflictos entre deberes, solo permite dos interpretaciones racionales (o sea, si no se quiere caer en una contradicción), o mejor dicho, analizando detenidamente, nos daremos cuenta de que los llamados dilemas son aparentes, porque en realidad encubren una de estas dos opciones: 1) que en realidad no hay dos deberes, obligaciones o normas válidas que colisionan, sino que solo una de ellas lo es en función del caso, que es la que se aplica, mientras la otra, o bien no es válida del todo o no es válida al caso; o 2) en realidad, los deberes u obligaciones, que supuestamente imponen acciones incompatibles, bien vistas las cosas, no lo hacen (si no que bien pueden ser complementarias, o independientes).

#### 1.4.5. La crítica de Ross a la teoría de los deberes kantiana y la propuesta de la existencia de obligaciones *prima facie*

Ahora bien, a pesar de la argumentación kantiana, lo que cierto es, más bien, que en la vida real “se presentan situaciones en las que las personas tienen conflictos entre sus deberes u obligaciones”, o sea, situaciones en las cuales nos enfrentamos efectivamente a dilemas morales o conflictos entre normas (morales), los cuales pueden persistir aun tras un análisis detenido, con lo cual, parece ser (al contrario de lo que afirma Kant), que estos conflictos son genuinos y no meramente aparates.

David Ross tratará de responder a estas situaciones de la vida cotidiana, pero asumiéndolas como reales, por tanto, descarta la concepción kantiana que no da cabida a la posibilidad de conflictos, y busca superarla, evitando así también las supuestas dificultades que cree se derivan de ella. Para lograr su propósito, Ross planteará, justamente, la distinción entre dos tipos de obligaciones: obligaciones (o deberes) reales (*actual obligations*) o absolutas, y obligaciones (o deberes) *prima facie*<sup>536</sup>. Para Ross,

(...) nos hallamos ante un deber u obligación *prima facie* (*prima facie duty*) cuando una acción presenta una característica (por ejemplo, ser el cumplimiento de una promesa) que en condiciones normales haría que fuese nuestro deber, pero que por presentar también otra/s característica/s moralmente relevante/s (por ejemplo, infligir un daño serio a un inocente), consideradas de mayor importancia y que constituyen asimismo el fundamento de otro deber incompatible, deja de serlo (o resulta sólo «aparente»), al ser desplazado por esta última, que es nuestro definitivo o auténtico deber (*duty proper*; aunque en la literatura más reciente suelen utilizarse más a menudo expresiones como obligación *all-things considered* o *overall obligation*)<sup>537</sup>

---

<sup>536</sup> VILLANUEVA FLORES, Rocío. Op. Cit., p. 332-333

<sup>537</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Op. Cit., p. 216-217

Por lo expuesto, debe quedar claro, entonces, que el hecho de que un deber sea *prima facie*

(...) no depende ni de su contenido ni de su estructura, sino de qué lugar ocupa a la hora de determinar qué debemos hacer. Por esta razón, en otras circunstancias, el cumplimiento de nuestra promesa, que en el anterior ejemplo era sólo un deber *prima facie*, puede resultar ser nuestra obligación definitiva, por ejemplo porque se trate de un contexto en el que no se plantee conflicto alguno, o porque a pesar de plantearse un conflicto, el cumplimiento de la promesa se repunte como de mayor importancia desde el punto de vista moral, desplazando a las demás obligaciones en conflicto<sup>538</sup>.

Por lo tanto,

(...) una obligación o deber es o no *prima facie* en función de lo que podríamos llamar «la posición que ocupa dentro del razonamiento moral acerca de lo que debemos hacer en una situación concreta». En este sentido, y dada una situación de conflicto de obligaciones (...) es *prima facie* toda aquella obligación que resulte «desplazada» o «vencida» (*overriden*) por otra incompatible que por alguna razón se considere de mayor importancia, y que constituirá nuestro deber en esas circunstancias<sup>539</sup>.

Como se ve, entonces, se renuncia a la idea de deberes perfectos y de normas rígidas (propia de la propuesta kantiana). Ahora bien, esta postura se deriva, en última instancia, del hecho de que Ross niega el llamado “monismo moral”, o sea, la ya expuesta idea de que los principios que dan lugar a nuestros deberes morales se fundamentan en un único principio moral (algo que Kant defiende). Ross, en cambio, como bien dice Pau Luque Sánchez, “afirma no sólo la pluralidad de formas de lo «correcto» o «debido» [right], sino también de los valores o del «bien» [good]”. Es decir, no existe, para Ross un único principio moral que genere obligaciones, ni tampoco existe para él “un único valor maestro (como pudiera ser el bienestar) del cual se desprendan todos los demás valores”; sino, más bien, según él existe una pluralidad de elementos “buenos por sí mismos” y “cuyo valor no necesita ser derivado de

---

<sup>538</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Op. Cit.*, p. 217

<sup>539</sup> *Ibid.*, p. 216

ningún otro elemento” (como por ejemplo la virtud, el placer, el conocimiento, la justicia, etc.). Al negar con esta afirmación la tesis kantiana de la existencia de un único principio moral básico, se está también negando la unidad del orden moral y su concepción como un sistema y un todo. Esto, obviamente, nos lleva a considerar que, entonces, no existe necesariamente una coherencia propia subyacente a todo el orden moral, y, por lo tanto, es posible que existan las incoherencias normativas y los conflictos morales. Si existen diversos principios morales básicos, entonces es posible que de ellos se deriven diversas obligaciones, las cuales no necesariamente tienen que ser coherentes entre sí –ya que los principios no están vinculados unos con otros- y, por ello, pueden llegar a establecer mandatos opuestos o incompatibles.

Justamente, además de esta pluralidad de valores o bienes [*goods*], también afirma Ross la existencia de una pluralidad de deberes (que este autor define como las “consideraciones morales a tener en cuenta en la toma de decisiones morales”), a los cuales propiamente va a denominar como deberes *prima facie*<sup>540</sup>. Serán estos deberes *prima facie* (“consideraciones morales a tener en cuenta”) los que efectivamente podrán entrar en conflicto entre ellos, aunque sin que existan reglas explícitas a priori que sirvan para resolver tales conflictos; razón por la cual Ross propone que en esos casos la solución viene por una vía intuitiva, aunque esa intuición se base en la convicción de que existe una opción que es la correcta<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> LUQUE SÁNCHEZ, Pau. “I. Berlin y W. D. Ross: ¿dos pluralismos? En: *Diritto e Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. Palermo. Università degli Studi di Palermo-Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società, número 10, 2010, p. 365.

<sup>541</sup> *Ibid.*, pp. 365-366

Recapitulando, mientras que Kant planteaba que la base y a la vez la garantía racional de la estructura ética se hallaba en un solo principio racional necesario; Ross, en cambio, rechaza que la garantía de corrección y racionalidad se encuentre en un único valor o principio. Por el contrario, lo que afirma Ross es la existencia de “diversas formas tanto de lo bueno como de lo correcto”, todas ellas igualmente válidas, las cuales, sin embargo, pueden llegar a entrar en conflicto entre sí, o sea, pueden resultar, eventualmente, para algún caso específico, incompatibles o irrealizables contemporáneamente<sup>542</sup> (aunque no por ello pierden validez). Pero, además de este nivel, que supone el rechazo al monismo de valores y más bien afirma la pluralidad de bienes últimos, en Ross también se puede identificar otro nivel de pluralismo, en el cual ubica a “las obligaciones (los deberes morales) que surgen de esos valores”. Este “segundo nivel” se caracteriza por la existencia de la diversidad y conflictividad entre obligaciones o deberes (*prima facie*), de lo cual se deriva que “un mismo caso práctico puede dar lugar a diferentes formas de resolverlo (...) susceptibles de entrar en conflicto y sin criterios a priori que lo resuelva”. Lo resaltante del caso es que esta situación en este segundo nivel (el conflicto entre deberes y, por tanto, el conflicto entre soluciones en un caso en el cual concurren), es, para Ross, “consecuencia de la existencia de consideraciones morales diversas” (aunque, curiosamente, para él, a nivel de los bienes morales últimos, a pesar de su pluralidad, eventualmente no habría conflictos entre ellos)<sup>543</sup>.

Ahora bien, si en el segundo nivel se dan conflictos entre deberes *prima facie*, y la solución a estos conflictos no surge en base a ningún “criterio a priori”, cabe preguntarse válidamente cómo supone Ross que se resuelven estas situaciones de conflicto nacidas a partir de la

---

<sup>542</sup> Ibid., p. 366

<sup>543</sup> Ibid., p. 367

conurrencia de dos deberes u obligaciones *prima facie*. Al respecto, nuestro filósofo sostiene que, dado un caso de confluencia de deberes *prima facie* incompatibles entre sí, lo que se debe hacer es

(...) estudiar la situación tan completamente como pueda hasta que me forme la opinión meditada (nunca pasa de ser eso) de que en las circunstancias dadas uno de ellos es más de mi incumbencia que cualquier otro; pues estoy obligado a pensar que cumplir este deber *prima facie* es mi deber *sans phrase* en esa situación<sup>544</sup>.

Lo que está diciendo Ross es que, para obtener una respuesta a un conflicto entre deberes *prima facie* y ver cuál de ellos predomina, se debe apelar “a una forma de intuicionismo vinculado a la observancia de las consideraciones morales relevantes, a la luz de las circunstancias del caso particular”<sup>545</sup>. Que para Ross dar con el deber predominante en el caso específico pase por la apelación a algún tipo de intuicionismo, parece entendible desde el momento en que él rechaza que nuestros juicios acerca de deberes particulares sean conclusiones lógicas derivadas de premisas autoevidentes<sup>546</sup>. Ahora bien, ante esto, surge la pregunta de por qué para Ross esto es así, es decir, por qué para él los juicios acerca de deberes particulares surgen intuitivamente y no se derivan lógicamente de premisas autoevidentes. La respuesta a ello, quizá se encuentre en la caracterización misma que hace Ross de los deberes *prima facie*. Ross caracteriza a los deberes *prima facie* de la siguiente manera:

Sugiero “deber *prima facie*” o “deber condicional” como manera abreviada de referirnos a la característica (completamente distinta de la de ser un deber en sentido propio) que tiene un acto, en virtud de ser de una cierta clase (por ejemplo, el mantener una promesa), de ser un acto que sería un deber en sentido

---

<sup>544</sup> ROSS, David W. *Lo correcto y lo bueno*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994, p. 34

<sup>545</sup> LUQUE SÁNCHEZ, Pau. *Op. Cit.*, p. 373

<sup>546</sup> Al respecto, dice Ross justamente que “(...) nuestros juicios acerca de nuestros deberes concretos no son conclusiones lógicas a partir de premisas evidentes por sí mismas”. ROSS, David W. *Op. Cit.*, p. 46

propio si no fuera al mismo tiempo de otra clase que es moralmente relevante. Que un acto sea un deber en sentido propio o deber real depende de *todas* las clases moralmente significativas de las que es caso. A la expresión debe disculpársele 1. Que sugiera que de lo que estamos hablando es de una cierta clase de deber, cuando en realidad no es un deber, sino algo relacionado de una manera especial con el deber. En rigor, no nos hace falta una expresión en la cual “deber” sea calificado por un adjetivo, sino un nombre distinto. 2. “*Prima facie*” sugiere que se está hablando sólo de un aspecto que una situación moral presenta a primera vista, y que puede resultar ilusorio; cuando de lo que yo estoy hablando es de un hecho objetivo implicado en la naturaleza de la situación, o, más precisamente, en un elemento de su naturaleza –aunque no surja de su naturaleza *toda*, como ocurre con el deber en sentido propio.<sup>547</sup>

O sea, para Ross, los deberes *prima facie* “no son ni verdaderos deberes ni constituyen parte de una categoría epistémica (i.e. no son creencias acerca de deberes)”<sup>548</sup>. No se trata, por tanto, de verdaderas reglas que puedan funcionar como formulaciones universales y necesariamente válidas. Al carecer de este carácter universal y necesario, los deberes *prima facie* tampoco son categóricos; ni tampoco se les puede, por lo mismo, asimilar a proposiciones rígidas, las cuales puedan servir como premisas de razonamientos. Como ya se sugirió antes, de una regla R (tal como: “hay que ser veraz”) se puede derivar un deber actual (como: “debo decir la verdad en el caso X”) solo si asumimos que R tiene carácter categórico, alcance universal y es necesaria. Solo bajo estas condiciones queda asegurado que, como R se aplica a todos los casos, si X es un caso de R, luego, R se aplica a X. Pero, si la “regla” ya no cumple con las condiciones mencionadas, entonces no hay ya seguridad alguna de que al caso X le sea aplicable la susodicha regla, ya que como esta no es aplicable necesariamente ni tiene alcance universal, o sea, no regula todos los casos, mal haríamos en considerar desde el principio que X es un caso al cual alcanza R. X podría resultar ser, más bien, una excepción a R. En cualquier caso, por lo mostrado, se ve entonces que no resulta posible derivar mecánicamente

---

<sup>547</sup> ROSS, David W. *Op. cit.*, p. 35

<sup>548</sup> LUQUE SÁNCHEZ, Pau. *Op. Cit.*, p. 373

de una regla o deber *prima facie*, un deber actual. En pocas palabras, al no ser los deberes *prima facie* deberes propiamente dichos, o sea, no son normas al no ser ni universales ni necesarios, ni poderse aplicar ellos categóricamente, entonces no pueden constituirse como premisas de las cuales puedan inferirse deberes actuales. Ahora bien, si no es posible, a partir de deberes *prima facie*, inferir deductivamente deberes actuales, entonces parece que no cabe otra alternativa que llegar a soluciones mediante razonamientos no deductivos, y específicamente, intuitivos (que es lo que propone Ross como solución).

## **2. La idea de derrotabilidad en el ámbito jurídico**

La teoría de los deberes *prima facie*, propia de la moral, ha sido trasladada al plano jurídico para defender la idea de que en el derecho existen normas (jurídicas) que son derrotables, en la medida que estas contienen obligaciones o imponen deberes que son (también) derrotables, puesto que solo serían obligaciones o deberes *prima facie*.

*2.1. La existencia de excepciones implícitas como condición de problemas jurídicas y la concepción de la estructura de las normas como condicionales derrotables.*

Cuando se relaciona el carácter *prima facie* (de una norma) con la idea de derrotabilidad, a grandes rasgos, se considera que una norma *prima facie* es una norma derrotable (y lo mismo se puede decir con respecto a los deberes). Ahora bien, cuando se habla de derrotabilidad en este contexto, se está afirmando que la cualidad de derrotable se encuentra vinculada a la



existencia de “excepciones implícitas” en aquello de lo cual se predica la derrotabilidad. Así, por ejemplo, en el caso específico de las normas jurídicas, se dice que afirmar que todas, o al menos algunas de ellas<sup>549</sup>, “son derrotables –o «abiertas»- equivale a sostener que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano”<sup>550</sup>. Este, por ejemplo, es uno de los sentidos<sup>551</sup> que le dio a la expresión “derrotable” (*defeasible*) Herbert L. A. Hart<sup>552</sup>, a quien, por lo demás, se le reputa como el primero que usó esta expresión en sentido técnico en el ámbito jurídico con la determinación conceptual que se le da actualmente. No obstante, también se reconoce que con la expresión “excepciones implícitas” se puede llegar a hacer referencia “a problemas substancialmente distintos, que abarcan desde las diferencias semánticas que aquejan a la formulación de las normas jurídicas hasta cuestiones concernientes a la atribución de la carga de la prueba de los hechos en el marco del proceso judicial”<sup>553</sup>.

La razón para que la caracterización de una norma como derrotable se haga en función a la existencia de excepciones implícitas, está directamente relacionada al hecho de que la

---

<sup>549</sup> Para García Figueroa, por ejemplo, la derrotabilidad es una característica presente en todas las normas jurídicas de un Estado constitucional (incluso en las reglas). Al respecto véase: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”: En: CARBONELL, Miguel (editor). *El canon neoconstitucional, op cit.*, pp. 192 y ss. Juan Carlos Bayón, en cambio, ha defendido la tesis de la derrotabilidad es una propiedad presente en solo algunas normas (principios). Véase: BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 24, 2001; BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000

<sup>550</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”. *Op cit*, p. 51.

<sup>551</sup> Hart habría empleado también otro sentido de derrotabilidad, relacionado con la noción de invalidez, sin hacer una distinción explícita entre ellos. Al respecto, véase: LEÓN UNTIVEROS, Miguel Ángel. “El concepto de derrotabilidad en H.L.A Hart. Un punto de vista lógico”, *op cit.*

<sup>552</sup> Ver: HART, Herbert L. A. “The ascription of responsibility and rights”. En: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*. Londres, volumen 49, 1948-1949, pp. 171-194.

<sup>553</sup> RODRÍGUEZ, Jorge y Germán SUCAR. “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”. En: *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 278

estructura formal de las normas se represente o conciba como condicionales; porque se entenderá, bajo esta perspectiva, que “normas derrotables” solo podrán ser aquellas que tienen una estructura condicional, o sea, solo las normas con una estructura similar a las proposiciones lógicas condicionales, pueden eventualmente ser derrotables. En tanto las normas jurídicas (pero también morales) se pueden representar o interpretar como enunciados condicionales, podrán ser calificadas como derrotables.

Si se toma en cuenta por un momento el ámbito de la lógica, se verá que, de manera general, bajo esta postura se plantea que la derrotabilidad es una cualidad que se predica de los enunciados condicionales, o sea, aquellos enunciados que se pueden representar mediante la estructura de un condicional lógico. Un condicional lógico tiene una estructura que consta de dos elementos: un antecedente y un consecuente, y en donde, de manera general, se puede afirmar que se establece una condición, la cual, si es cumplida, es suficiente para que se dé una determinada consecuencia (lo cual quiere decir que el antecedente es condición suficiente del consecuente, en tanto que el consecuente es, más bien, condición necesaria del antecedente<sup>554</sup>). Estas proposiciones pueden reconocerse por estar contruidos mediante la fórmula: *si....entonces* (o con expresiones equivalentes).

Las normas jurídicas (o morales) usualmente han venido siendo representadas o interpretadas como enunciados condicionales. Esto en la medida que los enunciados normativos<sup>555</sup> por lo

---

<sup>554</sup> GARCÍA ZÁRATE, Óscar Augusto. *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional de San Marcos, 2003, p. 80

<sup>555</sup> Hablar de enunciados normativos en como si se tratase de proposiciones es problemático. En tanto las normas son enunciados a los cuales no cabe aplicárseles la propiedad de verdad o falsedad (característica definitoria de lo que es una proposición en lógica), parece que no es posible tratar a las normas como si fuesen proposiciones, lo cual ha derivado en el problema de la posibilidad de una verdadera lógica de normas. Con todo, esto parece que no generaba mayor problema en aquellos que aspiraban a construir razonamientos silogísticos a partir de

general establecen ciertos supuestos de hecho, los cuales, de ser cumplidos, llevan o implican que se dé o se efectúe cierta consecuencia. Debido a esto se ha llegado a interpretar que las normas tienen una estructura en la cual los supuestos o condiciones funcionan como antecedentes, mientras que la consecuencia funciona como el consecuente del enunciado<sup>556</sup>. Así, por ejemplo, una norma como la siguiente, contenida en el artículo 1358° del Código Civil:

*“Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”*,

Usualmente se puede hacer derivar en el enunciado condicional siguiente:

*“Si alguien es una persona incapaz no privada de discernimiento, entonces puede celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”*,

---

normas, quienes, al parecer, si no es que por desconocimiento, tal vez por comodidad asumían la ficción de que cualquier enunciado, aún normativo, puede asumirse como proposición. Acerca del carácter propositivo de los enunciados normativos hay abundante bibliografía. Nos limitamos a indicar dos textos: el primero defiende la tesis del carácter propositivo de las normas; el segundo plantea que las normas no son proposiciones, pero remiten o implican enunciados aseverativos acerca del mundo (los cuales sí pueden ser verdaderos o falsos). Véase: KLUG, Ulrich. «Acerca de la estructura lógica de las normas» En: *Problemas de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial SUR S.A., 1966, pp 31-45 MIRO QUESADA, Francisco. «Teoría de la deducción jurídica». En: MIRO QUESADA, Francisco. *Ensayos de filosofía del derecho*. Lima: Universidad de Lima, 1988, pp 125-156.

<sup>556</sup> Rubio, por ejemplo, propone que una norma jurídica, definida desde un punto de vista lógico-jurídico, sería “un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico-jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento

La norma jurídica asume así la forma de una proposición implicativa cuya esquematización sería la siguiente:

S ----- > C  
(Si S, entonces C)

En esta definición, la norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y, el nexó lógico-jurídico (---- >) que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia”. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 85-86

En el cual el antecedente está dado por la condición de que *alguien es una persona incapaz no privada de discernimiento*, de forma tal que, si se cumple esta condición, entonces se sigue que *puede celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria* (donde “puede celebrar contratos...” viene a ser el consecuente del enunciado)<sup>557</sup>.

Ahora bien, como ya se ha dicho, tanto en las proposiciones condicionales como en las normas (en tanto que pueden ser interpretadas como enunciados condicionales) se puede reconocer en su estructura un antecedente y un consecuente, y pueden representarse con la forma lógica de un condicional. De manera general, bajo los parámetros de la lógica clásica, se afirma que el antecedente es siempre una condición suficiente del consecuente. Por ejemplo, en la proposición condicional: “Si llueve entonces el piso se moja”, el antecedente “llueve” es condición suficiente del consecuente “el piso se moja” (en la medida que, si se da la condición, luego se sigue la consecuencia; o sea, basta que se dé la condición, sin necesidad de ningún otro factor adicional, para que se siga la consecuencia). Los enunciados condicionales en los cuales el antecedente es condición suficiente del consecuente, se dice que obedecen a la forma de *condicionales estrictos*.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con estos condicionales “estrictos”, en los llamados *condicionales derrotables* “el antecedente está sujeto a una serie de presupuestos y excepciones implícitos que pueden suponer (en los casos en que tales presupuestos no se hallen presentes o en que se manifieste alguna de las excepciones) que no sea verdadero el

---

<sup>557</sup> En este caso, la norma ha sido interpretada o “traducida” para dar lugar a una proposición condicional, la cual puede representarse válidamente ya sea en el lenguaje de la lógica proposicional (como:  $p \rightarrow q$ ), o también (de manera más detallada) mediante el lenguaje cuantificacional (como:  $(\forall x)[(Cx \supset Dx) \rightarrow Nx]$ ). Este proceder es el usual a la hora de tratar de interpretar las normas como enunciados condicionales.

consecuente a pesar de la verdad del antecedente”<sup>558</sup>. Para el caso de las proposiciones lógicas, esto se puede ilustrar recurriendo a un ejemplo ya antes citado, y que, como se ha dicho, ha adquirido cierta celebridad<sup>559</sup>: la proposición condicional “si Piolín es un ave, entonces Piolín vuela”, es una afirmación de conocimiento común, y que en un primer momento podríamos aceptar sin problemas, o sea, parece que podríamos aceptar –al menos en principio- que el (conocimiento del) antecedente (o sea, conocer que Piolín es un ave) es condición suficiente para que se siga el (conocimiento del) consecuente (que Piolín vuela). Sin embargo, bien vistas las cosas, nos daremos cuenta que no basta con la verdad del antecedente para poder afirmar la verdad del consecuente<sup>560</sup>, puesto que existen situaciones (como por ejemplo, que Piolín esté muerto, o tenga las alas rotas, o que sea un pingüino o un avestruz), que hacen que, a pesar de la verdad del antecedente (si Piolín es un pingüino, sigue siendo un ave; de igual forma que lo sigue siendo aunque tenga las alas rota, y aún en el caso de estar muerto, pues en este caso será un ave muerta, pero ave al fin y al cabo), no se siga la verdad del consecuente (ya que, a pesar de que es verdad en los tres casos mencionados que Piolín sigue siendo un ave, sin embargo, no es en ningún caso capaz de volar).

Ahora bien, algo parecido ocurre en el caso de las normas, ya que con ellas parece darse también el problema de que no es suficiente la condición dada en el antecedente, para que de

---

<sup>558</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. *Op cit.*, p. 217.

<sup>559</sup> Ver *supra* (apartado 1.2 de este capítulo).

<sup>560</sup> Recuérdese que la tabla de valor del condicional es el siguiente:

P	Q	P → Q
V	V	V
V	F	F
F	V	V
F	F	V

Por lo tanto, si se parte de asumir que la proposición es verdadera, si se tiene que el antecedente es verdadero, entonces, necesariamente el consecuente resulta verdadero; así, sabiendo que el antecedente es verdadero, no se necesita nada más para concluir que el consecuente es también verdadero.

ella se siga lo establecido en el consecuente. Por ejemplo, el artículo 106 de nuestro Código Penal, el cual regula el delito de homicidio simple, y cuyo texto dice: “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”, puede ser simbolizado mediante el lenguaje de la lógica deóntica cuantificada de la siguiente manera:

$$(\forall x) (Mx \rightarrow ORx)$$

O sea: Para todo  $x$ , si  $x$  mata a otro, entonces es obligatorio reprimirlo con una pena de entre seis a veinte años de privación de la libertad (donde “O” representa el operador deóntico *obligatorio*).

De forma tal que lo que establece la norma es que de darse un determinado supuesto ( $Mx$ ) se sigue una determinada consecuencia ( $ORx$ ), lo cual tiene la forma condicional. Sin embargo, no es tan cierto que, dada la condición ( $Mx$ ) se siga de ella la consecuencia ( $ORx$ ), o lo que es lo mismo,  $Mx$  no es suficiente (no es condición suficiente) para  $ORx$  (como debería serlo bajo los parámetros de la lógica estándar). Y no lo es porque existen, en el mismo ordenamiento jurídico peruano, otras normas tales como las que establecen la inimputabilidad de los menores de edad o de las personas que no pueden comprender el carácter delictuoso de sus actos por anomalía psíquica, o aquella que exime de responsabilidad penal a quien actúa en legítima defensa (al respecto véase el artículo 20 del Código Penal). De forma tal que la condición  $Mx$  podría darse, pero si el sujeto autor del acto típico resulta siendo un menor de edad o alguien que actuó en legítima defensa, entonces resulta que la consecuencia  $ORx$ , no se da; de aquí entonces, para este caso, tenemos que el hecho de “matar a otro” (antecedente) no es una condición suficiente para la imposición de la sanción (consecuente), porque existe además un conjunto de elementos implícitos [que lo son en tanto no están presentes en la

misma norma, sino fuera de ella, aunque actúen con ella] cuya presencia debe satisfacerse y que en caso contrario excepcionan a la norma”<sup>561</sup>.

Generalizando, entonces, al parecer sucede que en las normas (en todas o algunas de ellas) el antecedente no es condición suficiente del consecuente; o sea, no basta que ocurra la condición para afirmar que se da la consecuencia establecida en la norma (como sí pasa bajo los parámetros de la lógica estándar), ya que pueden existir otras condiciones o mandatos, no presentes en el contenido de la norma, pero que, tomados en cuenta, suponen que no ocurra la consecuencia contenida en el consecuente (a pesar de darse la condición del antecedente).

Por tanto, con relación a las normas, cuando se dice que ellas son (o funcionan como) *condicionales derrotables*, se está diciendo que son normas que pueden expresarse como condicionales (en tanto que mandan algo, establecen condiciones que llevan a una consecuencia), pero que no son definitivos o categóricos, ya que en ellos el antecedente no es condición suficiente del consecuente (lo que ocurre en los condicionales *estrictos*); sino que son condicionales que, debido a elementos no presentes en la misma norma, pueden resultar siendo replanteados o revisados en sus consecuentes, razón por la cual no es posible, de la sola dación del antecedente derivar el consecuente. Esto implica que lo establecido en el consecuente eventualmente puede verse *derrotado* –no darse- ante otras consecuencias alternativas, las que sí se darían, desplazando al consecuente original, en vista de considerar aquellos otros elementos del sistema jurídico no presentes en la norma. En esto último es en lo que consiste el carácter derrotable.

---

<sup>561</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Op. Cit.*, pp. 217-218

Recapitulando: al inicio de este apartado se estableció una relación entre carácter *prima facie* y derrotabilidad, en la medida que se define a una norma *prima facie* como una norma derrotable. Ahora bien, que una norma es derrotable –en este sentido- quiere decir que tal norma está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente por adelantado. Estas excepciones implícitas afectan a la norma de tal forma que impiden que la consecuencia establecida en el consecuente de esta se dé, aun cuando ocurra la condición contenida en el antecedente de la norma. Como se ve, esta definición de derrotabilidad está vinculada al supuesto según el cual las normas son enunciados con forma condicional, y como todo enunciado condicional, ellas también consisten en un antecedente y en un consecuente; pero, a diferencia de los condicionales “estrictos” (de la lógica estándar), en los cuales el antecedente es suficiente para que se dé el consecuente, en las normas (en todas o algunas) el antecedente no basta para derivar el consecuente, ya que la presencia de excepciones implícitas impediría que se dé la consecuencia, a pesar del cumplimiento de la condición del antecedente. Se puede decir así que la norma tiene una naturaleza derrotable, debido a que puede verse afectada por excepciones implícitas. Porque resulta que la realización del consecuente, que debería ocurrir (en situaciones normales) ante el solo darse del antecedente, queda “bloqueado” o desplazado (o figurativamente, *derrotado*) debido a la presencia de las excepciones implícitas, las cuales imponen otra conclusión (que es la que “vence” o “derrota” a la conclusión original). En síntesis, la idea de *prima facie* como derrotabilidad presupone entender a las normas como enunciados condicionales, y, consecuentemente, como consistentes tanto de un antecedente como de un consecuente; pero, con la particularidad de que aquí el cumplimiento del antecedente no es suficiente para derivar el consecuente. Por el contrario, al antecedente de la norma debería sumársele las eventuales excepciones implícitas



para recién así lograr una condición completa y suficiente de la cual se siga el consecuente; puesto que, caso contrario no se dé este agregado, el antecedente resulta insuficiente para derivar el consecuente, en la medida en que las eventuales excepciones implícitas pueden llevar a que la consecuencia -prevista bajo situaciones normales- no se dé. Entonces, una norma es *prima facie* en este sentido, o sea, es derrotable, porque la aplicación de su consecuencia (que *prima facie* debería darse) puede terminar siendo *derrotada* (vencida, desplazada) por otra consecuencia jurídica ante la concurrencia de excepciones implícitas. Por lo tanto, es la presencia de excepciones implícitas lo lleva a la *derrota* de la norma, de ahí que se diga que ser algo *derrotable* quiere decir que está ello “sujeto a excepciones implícitas”. Por lo demás, el estar sujeto a excepciones implícitas, es la razón por la cual el antecedente de una norma derrotable no puede considerarse como razón suficiente del consecuente. Sin esas excepciones, del antecedente válidamente se sigue el consecuente; sin embargo, al presentarse ellas, el consecuente establecido ya no se da, porque en la práctica se ha establecido un nuevo antecedente, un antecedente “completo”. En otras palabras, el antecedente “explícito” (de la norma) puede ser afectado por dichas excepciones. Al haber esta posibilidad, no es posible considerarlo un antecedente suficiente como para derivar de él una consecuencia normativa. Solo al concurrir las excepciones implícitas, se podrá establecer un antecedente completo y suficiente como para derivar una determinada consecuencia.

En suma, las normas jurídicas *prima facie*, o sea, derrotables, son concebidas como enunciados condicionales, lo cual en principio no es algo novedoso, ya que ella es la forma general de representar las normas. Lo particular es que las normas derrotables no son entendidas como condicionales estrictos, sino como condicionales derrotables. Y lo que

caracteriza a estos últimos es que sus antecedentes no constituyen condiciones suficientes de sus consecuentes (cosa que sí ocurre en los condicionales llamados estrictos).

## 2.2. Derrotabilidad y colisión de normas jurídicas. La relación entre principios y reglas.

### 2.2.1 Derrotabilidad y colisión de normas jurídicas

Como dice Navarro, en la medida de que los legisladores

(...) no pueden prever las infinitas circunstancias que deparará el futuro, las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa. Algunas veces estas excepciones han sido introducidas por el mismo legislador, mientras que en otras ocasiones, estas excepciones están implícitas y deben ser identificadas al momento de la aplicación de las normas<sup>562</sup>.

Pero, cuando decimos que las normas jurídicas son derrotables, propiamente, lo estamos relacionando con las excepciones implícitas; por lo tanto, afirmar que las normas jurídicas son derrotables quiere decir que éstas se encuentran sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser totalmente identificadas de antemano<sup>563</sup>. Ahora bien, aceptando que las normas jurídicas se encuentran sujetas a excepciones implícitas, la pregunta que se deriva naturalmente es la siguiente: ¿cómo (o en virtud a qué) es que aparecen esas excepciones implícitas? Pues bien, una respuesta usual a esta pregunta es que “toda norma está sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas *jurídicas*”<sup>564</sup>. Por lo tanto, es la potencial colisión que se pueda dar con otra norma jurídica, lo que lleva a que se

---

<sup>562</sup> NAVARRO, Pablo. “Sistemas normativos, derrotabilidad y conocimiento del derecho”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000, p. 9

<sup>563</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, p. 51

<sup>564</sup> *Ibid.*, loc cit.

manifiesten excepciones a la norma. Las excepciones, entonces, aparecerían como una consecuencia o derivado de la colisión entre normas; y en la medida que una norma puede potencialmente colisionar con cualquiera otra, entonces estaría sujeta potencialmente a una cantidad indeterminada de excepciones. En tanto las excepciones sean potenciales (ya que las colisiones que le dan lugar aún no se dan efectivamente, y son solo aun potenciales) no serán aun manifiestas, o sea, actuales, lo cual quiere decir que se mantienen *implícitas*: sabemos que *están ahí*, en tanto la presencia de otras normas supone la realidad potencial de un conflicto que les dará lugar; pero, en tanto el conflicto no se dé efectivamente, aún se no manifiestan objetivamente, y son solo *implícitas*. En suma, las excepciones existirían en potencia en las normas jurídicas, y se actualizarían ante situaciones de conflicto con otras normas, en las cuales se terminarían manifestando<sup>565</sup> (se dice aquí que la norma queda “excepcionada”). Por lo demás, como lo refiere la cita de Navarro, esta colisión se da específicamente al momento de la aplicación de las normas, que es el momento en el cual esas excepciones implícitas pueden ser reconocidas o identificadas.

Ahora bien, ¿cómo así una norma, por la colisión con otra, termina excepcionada? La respuesta no es tan complicada. Toda norma válida tiene un ámbito de aplicación. Pues bien, es factible que en el ordenamiento jurídico existan, además, otras normas distintas que de alguna manera resulten también aplicables a alguno o algunos de los casos pertenecientes al ámbito de aplicación de la norma original; en otras palabras, es factible que otras normas “invadan” el ámbito de aplicación de la norma original, y por lo tanto, resulten también aplicables en esos casos. Se daría así una situación análoga a una intersección de conjuntos

---

<sup>565</sup> RODRÍGUEZ, Jorge. “La derrotabilidad de las normas jurídicas”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 6, abril de 1997, p. 163.

(siendo los conjuntos los respectivos ámbitos de aplicación). Podría ocurrir así que en un ordenamiento jurídico una norma N1 tenga como ámbito de aplicación el conjunto de casos: {a, b, c, d, e}; pero, a la vez, exista otra norma, N2, con un ámbito de aplicación distinto, pero conformado por el conjunto formado por los casos: {f, g, h, i, a}. Como se ve, para el caso de “a” resultan aplicables tanto la norma N1 como la norma N2, lo cual significa una intersección entre los ámbitos de aplicación de ambas; lo que, por lo demás, genera un conflicto entre normas, ya que dos de ellas reclaman ser pertinentes para regular un mismo caso<sup>566</sup>. En la práctica, situaciones como la descrita se manifiestan, por ejemplo, cuando existe una norma que garantiza la libertad de información, de un lado (norma N1), pero también existe una norma que recoge el mandato de respetar el honor y el buen nombre de las personas (N2). En este ejemplo, y en general, siempre, las normas se relacionan con un conjunto de casos a los que resultan aplicables. N1, por ejemplo, se aplica al conjunto de casos {a, b, c, d, ... n}, que se relacionan con la transmisión de información. Ahora, si bien a N1 le son pertinentes los casos que tengan que ver con la difusión de información, eso no quita que pueda haber algún caso que, teniendo que ver con la difusión de la información (y por tanto, dentro del ámbito de N1), pueda también estar dentro del alcance de N2, al pertenecer a su conjunto de aplicación, el cual está conformado por los casos en los cuales está en juego el honor y el buen nombre de las personas. Se trata de las situaciones en las cuales la difusión de una información (amparada en principio por N1) lesiona el honor de una persona (que está dentro de la esfera de protección de N2); por ejemplo, cuando un diario publica la noticia de que el funcionario “X” recibió un soborno, o que el futbolista “Y” no le paga la pensión a su hija. Como ya se ha

---

<sup>566</sup> Por supuesto que la colisión puede darse no solo entre dos normas, sino también entre más; limitamos nuestros ejemplos al caso de colisión entre solo dos normas por una cuestión eminentemente práctica.

dicho, aquí se da una “intersección” entre los conjuntos de los casos de aplicación de las respectivas normas, debido al hecho de que un mismo caso (elemento del conjunto) es del alcance tanto de N1 como de N2, lo cual implica que N1 y N2 colisionan por –al menos- ese caso. Por supuesto que lo normal es que la mayor parte de los casos que caen dentro del ámbito de N1, no sean también del alcance de N2 (y viceversa); por ejemplo, es razonable pensar que casos en los que se debe informar sobre las consecuencias de desastres naturales, acciones militares o policiales, hechos económicos, inauguraciones de obras, etc., no involucren cuestiones relacionadas con el honor de las personas, y por lo tanto, no se encuentren incluidos dentro del alcance de N2, con lo cual no se manifestará la colisión entre estas dos normas<sup>567</sup>. Así que, por lo demás, se puede afirmar sin mayor problema que estas normas tienen ámbitos de aplicación claramente distinguibles y separables.

Ahora bien, el mismo caso no puede tener dos (ni más) respuestas válidas, porque esto en la práctica es igual a no tener respuesta, ya que en ambas situaciones el derecho no nos estaría diciendo qué se debe hacer; no estaría, por tanto, dando una solución al caso<sup>568</sup>. Por lo tanto,

---

<sup>567</sup> Como ya se ha dicho, la colisión no solo se puede dar entre dos normas, sino entre más. Esto en dos sentidos: Primero, porque puede que más de dos normas regulen un mismo caso; aquí entonces se dará una colisión al mismo tiempo con respecto a ese caso. Pero también se puede entender en el sentido de que una norma N1, puede estar en conflicto con normas distintas a la hora de regular diferentes casos; por poner un ejemplo: la norma N1 puede regular los casos {a, b, c, d}; la norma N2, los casos {a, e, f, g}, mientras que la norma N3, los casos {b, h, i, j}, con lo cual, como se ve, N1 estará en colisión con N2 para regular el caso “a”; pero también estará N1 en colisión con N3 cuando se trate de regular el caso “b”. En nuestro caso de análisis, que la norma que protege la libertad de información (N1) colisione solo en ciertos casos con la norma que protege el derecho al honor (N2), no descarta que eventualmente la primera pueda entrar en conflicto con otras normas distintas a N2. Es posible de hecho que la norma acerca de la libertad de información puede, en algunos casos, colisionar con, por ejemplo, las normas que protegen la seguridad nacional. Imaginemos al respecto un caso en el cual se destaca una aparente compra irregular de armamento, pero, a consecuencia de ello, se hace pública la capacidad militar de nuestras fuerzas armadas (y sus carencias) en una zona en conflicto. Lo importante aquí es resaltar que una norma puede entrar en conflicto con otra segunda en un caso, pero también con otra tercera para otro caso, y así sucesivamente, con lo cual se refuerza la idea de que el conjunto de excepciones implícitas es indeterminado, ya que el mismo conjunto de casos de colisión es abierto, no se podría decir que se limita solo a tales casos y no más.

<sup>568</sup> La única posibilidad en la cual sería concebible que se acepten a la vez dos (o más) respuestas a un caso, sería si se aceptase que estas respuestas fuesen aplicadas alternativamente. El problema aquí obviamente es cómo

cuando se dan situaciones de conflicto entre normas, es decir, cuando tenemos al menos dos respuestas que confluyen para dar solución a un mismo caso jurídico, lo que se impone es que se deba escoger entre solo una de esas respuestas. En otras palabras, una de las respuestas “derrotará” o desplazará a la otra como solución para el caso específico en conflicto. Y es así como de la colisión se manifiestan las excepciones a la norma. Porque la solución que desplaza a la otra respuesta se convierte, por ello, en una excepción (para ese caso) con respecto a la norma que sufre el desplazamiento (de su solución). Por ejemplo, imaginemos que de un lado tenemos una norma que garantiza el respeto a la privacidad (N1), y del otro, existe una norma que reconoce el derecho a la salud de las personas (N2). Ahora bien, pensemos en el caso (ocurrido en Italia)<sup>569</sup> en el que alguien pide, por razones de salud, tener acceso a los datos concernientes al ADN de su padre (archivados en un hospital), aun sin su consentimiento. Claramente se puede ver que este caso cae dentro del ámbito de aplicación de N1 como de N2, con lo cual, en principio, podríamos decir que podría ser regulado tanto por N1 como por N2. Efectivamente, de un lado la solicitud para conocer los datos genéticos se sostiene y justifica en las repercusiones que ella tiene para la salud del solicitante; del otro lado, el no revelar los datos genéticos se respalda en la protección a la información privada del padre. De aquí que la pregunta que surge es: ¿puede esta persona acceder a esos datos (para salvaguardar así su salud), o más bien prevalece el derecho a la privacidad del padre y por tanto no puede acceder a ellos, aun cuando esto implique que se vea afectado su derecho a

---

decidir cuándo aplicar una respuesta o la otra; se corre el peligro, así, de caer en la absoluta discrecionalidad. Por lo demás, en estricto, el proponer soluciones alternativas no significa que se estén aplicando dos soluciones a la vez (contemporáneamente), sino una solución en una circunstancia, y la otra en otra circunstancia. Y no se puede aplicar dos (o más) normas a la vez al mismo tiempo para un caso, ya que esto implicaría una contradicción, ya que es imposible aplicar dos cosas incompatibles a la vez (o sea, no puede ser válido, para un caso “x”, A y A al mismo tiempo).

<sup>569</sup> Este ejemplo está tomado de SARTOR, Giovanni. *Defeasibility in Legal Reasoning*. Florence: European University Institute – Department of Law. EUI Working Papers 2, 2009, p. 13

la salud? Para responder esta interrogante, la autoridad necesita hacer un balance entre el derecho a la privacidad, amparado por N1 (los datos del padre no pueden ser provistos ya que la información sensible no puede ser revelada sin el consentimiento del titular de los datos) y el derecho a la salud, amparado por N2 (se tiene el legítimo derecho a obtener lo que sea necesario para proteger la salud propia, aun el ADN del padre)<sup>570</sup>, tratando de ver cuál debe prevalecer en el caso concreto. La autoridad finalmente decidió en este caso específico, que la norma basada en el derecho a la salud era preferible a la basada en la privacidad, con lo cual, para esta situación concreta, se estableció que la norma del derecho a la salud “derrota” a la norma del derecho a la privacidad.

Como se ve, aquí se termina estableciendo una excepción a la norma del derecho a la privacidad; porque, si bien en principio (*prima facie*) esta norma es aplicable a todo el ámbito de la privacidad de las personas (y la protección de los datos genéticos, lo es), para este caso concreto, que debería también ser regulado por ella, esto no ocurre. Específicamente, se ha establecido que *todos* los casos en los cuales se protege la privacidad a través de la reserva de los datos genéticos son casos del universo de casos de N1; pero, en el caso de que esos datos se pidan para evitar un daño (relevante) a la salud, entonces, aun cuando el caso todavía pertenezca al conjunto de casos teóricos de N1, la norma N1 no se aplica a él y el caso queda excluido del alcance regulatorio de la misma. En otras palabras, N1 (ahora) regula todos los casos que tengan que ver con la privacidad, *con excepción* del caso en el cual esta ponga en riesgo la salud de las personas. Véase que, inicialmente, *todos* los casos de privacidad caen

---

<sup>570</sup> *Ibid.*, loc cit.

dentro del alcance de N1, y es solo cuando se introduce otra norma, con la cual colisiona, que se constituye o manifiesta (al dar preferencia a esta segunda) un caso de excepción a N1.

### 2.2.2. Derrotabilidad y relación entre principios y reglas

En el caso analizado en el apartado anterior se ha mostrado una situación de conflicto entre dos normas de principios: el derecho a la salud y el derecho a la protección de la privacidad. Los principios (como se ha mencionado en el capítulo 2 de este trabajo) son caracterizados como normas derrotables. De manera más precisa, se ha dicho que una de las notas distintivas de los principios es su carácter *prima facie* (v. gr. Alexy), o más exactamente, que los principios establecen obligaciones *prima facie* (o lo que es lo mismo, que el contenido de los principios está dado por obligaciones o deberes *prima facie*). Ahora bien, como ha quedado claro en el presente capítulo (punto 1.4), existe una directa relación entre derrotabilidad y el carácter *prima facie* de las obligaciones. De manera muy breve, la idea es que, en el ámbito práctico (que incluye lo moral y lo jurídico, y donde se dan proposiciones normativas), la razón de que se dé el fenómeno de la derrotabilidad (en las normas), es porque en las normas (en algunas o en todas) se establecen obligaciones *prima facie*, y no obligaciones definitivas y categóricas. Al ser solo obligaciones *prima facie* las que contienen esas normas, es que es posible que estas terminen siendo desplazadas (o sea, “vencidas” o “derrotadas”) por otras obligaciones (contenidas en otras normas) que, en un caso específico, resultan teniendo mayor peso. Así pues, los principios jurídicos, en la medida que establecerían obligaciones o deberes no categóricos ni definitivos, sino solo *prima facie*, tendrían ellos mismos el carácter de ser *prima facie*, y por ello, son derrotables. De hecho, se puede decir que es el caso de colisión entre principios jurídicos (como nuestro ejemplo del apartado anterior, de conflicto entre



derecho a la privacidad y derecho a la salud) el caso paradigmático de manifestación del fenómeno de la derrotabilidad en el ámbito jurídico<sup>571</sup>.

Ahora bien, si ciertamente queda claro que la derrotabilidad se puede manifestar en el caso de colisión entre principios, también parece que pueden darse casos de derrotabilidad cuando colisiona un principio con una regla, y aun cuando colisiona una regla con otra regla. Algunos de los ejemplos que se han presentado en este capítulo podrían considerarse como casos donde se manifiesta esta última opción. Por ejemplo, cuando se expuso *supra* el caso del artículo 106 de nuestro Código Penal (que es una regla), el cual regula el delito de homicidio simple, y cuyo texto dice: “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”, se dijo que no es tan cierto que, dada la condición antecedente (“X mata a otro”) se siga siempre de ella la consecuencia (“X será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”); o sea, el antecedente no es condición suficiente para que se dé el consecuente. Esto porque existen, en el mismo ordenamiento jurídico peruano, otras normas tales como las que establecen la inimputabilidad de los menores de edad o de las personas que no pueden comprender el carácter delictuoso de sus actos por anomalía psíquica, o aquella que exime de responsabilidad penal a quien actúa en legítima defensa (art. 20 del C.P.), todas las cuales también califican como reglas, pero que al añadirse a la regla del artículo 106 del C.P., hacen que la consecuencia de esta última no se dé, es decir, se vea derrotada. Así pues, la condición “X mato a otro” podría darse, pero si el sujeto autor del acto típico resulta siendo un menor de edad o alguien que actuó en legítima defensa, entonces resulta que la consecuencia “X debe ser reprimido con pena privativa de

---

<sup>571</sup> Son los casos de conflictos entre derechos fundamentales, los cuales usualmente están contenidos en normas de principios, los que son materia de resolución de los Tribunales y Cortes constitucionales, principalmente.

*libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”, no se da; de aquí entonces, para este caso, tenemos que el hecho de “matar a otro” (antecedente) no es una condición suficiente para la imposición de la sanción (consecuente). En pocas palabras, la consecuencia de la regla del artículo 106 del C.P. prima facie debe ser aplicada; sin embargo, si con ella confluyen otras reglas, por ejemplo, las presentes en el artículo 20 del C.P., de modo que se establezca una colisión entre lo establecido en el art. 106 del C.P. y lo establecido en el art. 20 del C.P., ocurre o puede ocurrir, que la consecuencia jurídica del artículo 106 del C.P. no se dé. Estaremos aquí ante un conflicto entre reglas, y en este conflicto, lo establecido en una de ellas (la contenida en el art. 106 del C.P.) se verá derrotado por lo establecido en otra regla (presente en el art. 20 del C.P.). De modo que, parece que la derrotabilidad es un fenómeno que también puede afectar a las reglas (en los casos de conflictos entre reglas).

Sin embargo, opinamos que en el caso anterior no se da una verdadera manifestación de derrotabilidad normativa, al menos, como hemos definido derrotabilidad normativa hasta aquí. En efecto, se ha dicho que cuando se habla de derrotabilidad se está hablando de que las normas estas sujetas a *excepciones implícitas*. Estas excepciones implícitas (latentes) se manifiestan a la hora de la aplicación de las normas, y específicamente, cuando se da una colisión entre ellas (que es lo que se hace que se manifiesten, que expliciten). Pues bien, en el caso anterior, del ejemplo de la colisión entre reglas (del art. 106 del C.P. y del art. 20 del C.P.) no nos encontraríamos propiamente ante un caso de derrotabilidad normativa, porque las excepciones (que bloquean que se cumpla la consecuencia jurídica de la norma del artículo 106° del C.P.) *no son excepciones implícitas*, sino que están explícitamente presentes en el ordenamiento jurídico (peruano), tanto así que están abierta y expresamente establecidas en el

artículo 20 del C.P. En otras palabras, lo que, en el ejemplo, afecta a la norma contenida en el art. 106 del C.P y que anula la aplicación de su consecuencia jurídica no es una *excepción implícita*, sino una excepción *explícita*, abiertamente presente en el ordenamiento y que ha sido contemplada (y establecida) por el legislador.

Recordemos, al respecto la cita, antes mencionada, de Navarro. Decía el profesor argentino:

“(…) las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa. Algunas veces estas excepciones han sido introducidas por el mismo legislador, mientras que en otras ocasiones, estas excepciones están implícitas y deben ser identificadas al momento de la aplicación de las normas”<sup>572</sup> [subrayado nuestro].

Como se desprende de la cita, las normas pueden ser afectadas por una serie variada de excepciones que derrotan la consecuencia establecida en esa norma; todas estas excepciones, “derrotan”. Sin embargo, todas estas excepciones no son del mismo tipo: unas excepciones son introducidas por el legislador (y se encuentran en las leyes o norma positivas); mientras que otras son implícitas. Claramente, al primer grupo pertenecen las excepciones introducidas por las normas del art. 20 del C.P. al art. 106 del C.P.; por lo tanto, no se trata de excepciones implícitas, y en ese sentido, no son las excepciones a las cuales nos referimos propiamente cuando hablamos del fenómeno de la derrotabilidad normativa, que solo y específicamente refiere a las excepciones implícitas (aunque, en la práctica, efectivamente, las excepciones explícitas produzca un tipo de “derrota” de la norma). Esto es, más o menos, lo que afirma Jorge Rodríguez, quien puntualiza que (teniendo en cuenta que el legislador expresamente ha establecido una serie de excepciones a una norma), el fundamento de la presencia,

---

<sup>572</sup> NAVARRO, Pablo. “Sistemas normativos, derrotabilidad y conocimiento del derecho”, op cit, p. 9

introducción y posterior aplicación de estas excepciones explícitas es el establecimiento de una jerarquía (que se supone) entre las normas en conflicto<sup>573</sup>: el legislador habría dispuesto que la norma del artículo 106 del C.P. debe darse, *a no ser que se dé algunas de las excepciones presentes en el artículo 20 del C.P.* (que tendrían una preferencia o prioridad, aunque no pueden entenderse como *implícitas*, ya que esas normas están expresamente establecidas en una norma positiva). En todo caso (aunque a riesgo de pecar de poco formales e imprecisos) se podría decir que la derrotabilidad a partir de excepciones explícitas es una derrotabilidad “aparente”, y que, nos parece, se asemeja (aunque no se iguala) a la derrotabilidad que se da en el ámbito fáctico, en cuestiones de hecho.

Pero, también podría darse el caso de que una regla sea derrotada por un principio. En este caso, hay una regla claramente aplicable a un caso (una regla que establece una consecuencia jurídica clara y aplicable para un caso particular), pero, tras la introducción de un principio, al enfrentarse la regla al principio, lo establecido por la regla es derrotado por lo establecido en el principio: en virtud del principio con el cual colisiona, la consecuencia jurídica de la regla no se da, es desplazada (derrotada), y en su lugar se aplica otra consecuencia jurídica, distinta o aún contraria a la establecida inicialmente por la regla. Así ocurre, por ejemplo en el célebre caso Riggs contra Palmer, citado por Ronald Dworkin<sup>574</sup>. En ese caso, Elmer Palmer asesina a su abuelo para quedarse con la herencia. El nieto es encontrado culpable de homicidio y condenado penalmente. No obstante, mientras cumplía su condena, Elmer solicitó judicialmente que se le otorgase la parte de la herencia a la que, afirmaba, aún tenía derecho según lo establecido en el testamento. Alegaba que su pedido era válido porque, a diferencia

---

<sup>573</sup> RODRÍGUEZ, Jorge. “La derrotabilidad de las norma jurídicas”, op cit., pp. 158-159.

<sup>574</sup> Véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op cit., pp. 73 y ss.

del homicidio, que tenía una ley expresa que lo castigaba, no había ninguna ley, ni penal ni testamentaria, que estableciese la invalidez de su pretensión sobre la herencia como castigo por haber participado en el asesinato de su abuelo. Además, la ley mandaba que lo dispuesto en los testamentos válidos se debía cumplir obligatoriamente, por lo tanto, se concluía que el Tribunal se encontraba en la obligación legal de hacer que se cumpla lo que decía el testamento. Argüía también que si el Tribunal negaba el derecho a tomar posesión de su herencia al homicida, lo que estaría haciendo de hecho es imponer una pena o, en todo caso, agravar la condena impuesta por el tribunal penal, que solo había dispuesto la reclusión del asesino.

Aparentemente pues, Elmer Palmer tenía de su parte argumentos suficientemente sólidos desde el punto de vista legal: no solo no había ley positiva alguna que le prohibiese heredar, sino que además había leyes expresas que mandaban a que se cumpliese lo establecido en el testamento, o sea, que Elmer recibiese los bienes de su abuelo. En otras palabras, existían *reglas jurídicas* expresas que apoyaban la pretensión de Elmer Palmer. Sin embargo, el Tribunal que resolvió el caso, aunque empezó por reconocer que, en principio, existía la obligación de aplicar esas reglas (la ley y las disposiciones testamentarias), agregó luego que éstas no podían ser aplicadas de cualquier forma, sino solo en la medida que estén de acuerdo con los principios generales y fundamentales del derecho. Teniendo esto como premisa, el Tribunal decidió rechazar la pretensión de Elmer Palmer alegando como fundamento un principio jurídico, aquel según el cual “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio

fraude, sacar partido de su propia injusticia, fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”<sup>575</sup>.

Pues bien, el aspecto importante para lo que estamos discutiendo es que, en el caso Riggs contra Palmer, se ve manifiestamente que normas-reglas, expresas, válidas y claras, que no dan lugar a duda de que son aplicables al caso, terminan siendo no aplicadas al caso por razón de un principio que se impone o termina prevaleciendo. En otras palabras, el principio *derrota* a las reglas. De aquí que se podría concluir que las situaciones de colisión entre principios y reglas, en la medida que eventualmente llevan a que se imponga la aplicación del principio por sobre las reglas, mostrarían también que las reglas son igualmente derrotables.

Ahora bien, como se ha expuesto antes, es usual considerar que las reglas son normas inderrotables; mientras que la derrotabilidad es una característica propia de los principios. Sin embargo, de los casos de colisión entre principios y reglas (en los que se impone un principio) parecería que se puede reconocer el hecho de que “es posible hallar excepciones implícitas por razones de principio a lo que, de no ser así, habría que considerar una regla claramente aplicable”<sup>576</sup>. Ahora bien,

Por lo general, se admite sin problemas que un principio puede introducir una excepción a una regla (puede recordarse aquí el famoso ejemplo de la regla que prohíbe el paso de vehículos por el parque que se ve excepcionada por el paso de la ambulancia para atender a una persona – en virtud del principio del derecho a la vida y a la integridad física-). Pero si los principios pueden introducir excepciones a las reglas y por definición, los principios no tienen cerradas sus condiciones de

---

<sup>575</sup> Puede consultarse la sentencia del caso Riggs vs. Palmer (de la cual hemos hecho aquí un resumen) en la página web de la Corte de Apelaciones de Nueva York: [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm)

<sup>576</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, op cit., p. 53.

aplicación, entonces habría que concluir, como han sostenido Bayón o Prieto, que las reglas no pueden tener cerradas sus condiciones de aplicación, con lo que no podría trazarse la distinción<sup>577</sup>.

Lo que implica, si se acepta esto, que entonces resulta que, “dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado”<sup>578</sup>. Es decir, toda norma jurídica, tanto los principios como las reglas, serían derrotables. En efecto, si

(...) se acepta al mismo tiempo que los principios pueden justificar excepciones a las reglas, entonces parecería plausible la conclusión de que todas las normas jurídicas se vuelven derrotables (o, si se quiere, que en el derecho no habría “reglas” en el sentido antedicho): porque, si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio, entonces tampoco podríamos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la presunta “regla”, lo que es tanto como decir que no podríamos determinar por anticipado en qué casos ésta es aplicable, con lo que, en definitiva resultaría ser igualmente una norma derrotable<sup>579</sup>.

En la medida que parece imposible evitar la interacción entre principios y reglas (y por lo tanto, que se den situaciones de conflicto entre estas normas), este argumento que parte de la invocación de principios como excepciones a las reglas ha sido considerado como un

---

<sup>577</sup> MARTINEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op cit., p. 77.

<sup>578</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, op cit., pp. 53-54.

<sup>579</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, op cit, pp. 93-94.

verdadero “caballo de Troya”<sup>580</sup> que aniquilaría la distinción (fuerte) entre principios y reglas<sup>581</sup>.

Como se ve, este caso, de conflicto entre principios y reglas, es sustancialmente distinto al caso anterior, en el cual una regla se enfrentaba a otra regla (legislada). En el caso del conflicto entre reglas, se vio que, propiamente, no había excepciones implícitas presentes (aunque sí lo que hemos llamado “excepciones explícitas”). En cambio aquí sí se puede afirmar que existen excepciones implícitas en juego, que son aquellas que introducen los principios, en virtud de que estos tienen abiertas sus condiciones de aplicación. Aquí, entonces, sí estaríamos frente a un caso de genuina derrotabilidad normativa, en el sentido que hemos adoptado, es decir, de estar una norma sujeta a excepciones implícitas. Pero, además (como se muestra en las citas arriba expuestas), de derrotabilidad normativa generalizada, ya que implica que todas las normas, reglas y principios, son derrotables: los principios por ser normas abiertas; y las reglas también, en la medida que pueden ser excepcionadas por los principios, es decir, derrotadas por estos, que establecen condiciones que no pueden ser definidas de antemano ni enumeradas exhaustivamente (y por ello, no pueden ser expresas, sino solo quedan como “implícitas”).

En suma, independientemente de la cuestión del alcance de la derrotabilidad a los diferentes tipos de normas, se puede afirmar como conclusión de este apartado que la derrotabilidad es

---

<sup>580</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 361.

<sup>581</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”. En: *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. Università degli Studi di Palermo, número 3. 2003, p. 202.



un fenómeno que se manifiesta a partir de la colisión entre normas, y especialmente, cuando se da una interacción normativa que involucra principios jurídicos.

### **3. Incidencia del factor valorativo en la derrotabilidad normativa**

El análisis llevado a cabo en este capítulo nos muestra que la derrotabilidad es un fenómeno que tienen como presupuesto adoptar una perspectiva dinámica de la realidad. Como se ha visto, carece de sentido (desde el punto de vista lógico) calificar una proposición como derrotable, si esta se considera desde un punto de vista estático y atemporal. Desde esta perspectiva no se puede decir ni que las proposiciones son derrotables ni que son inderrotables; simplemente, no cabe predicar esto de ellas. Solo cuando se considera la posibilidad de un cambio en el contexto, de un desarrollo en la realidad, y se introduce el factor temporal, es que es lícito evaluar si algo (v. gr., una proposición) es derrotable o no. Y es que solo en el tiempo y cuando se da el cambio de contexto o se da un desarrollo en la realidad, es que se puede introducir el nuevo factor que *derrota* la consecuencia inicial de la proposición y hace que se reemplace por una conclusión distinta.

Lo dicho arriba para el caso de las proposiciones se aplica igualmente en el ámbito jurídico. Las normas (aquellos mandatos que obligan a hacer algo, facultan a hacer algo o prohíben hacer algo) pueden contener deberes, los cuales, considerados desde una perspectiva estática y descontextualizada, no pueden más que considerarse como obligatorios. Sin embargo, si se toma en cuenta que los deberes se dan en un contexto y se aplican en el espacio y en el tiempo, se puede considerar que estos pueden ser solo *prima facie* (y por lo tanto, derrotables), en la medida que, ante un nuevo contexto (temporal y espacial) se pueden introducir factores que

cambien sustancialmente la realidad y hagan que el deber inicial sea inexigible, siendo desplazado por una nueva obligación que, en esta nueva realidad, posee mayor peso.

No obstante, cabe precisar que sí existe una diferencia importante entre las proposiciones de hecho y las normas, y es que, mientras las primeras tratan sobre el *ser*, las segundas se refieren al *deber ser* (o a deberes). Este hecho agrega un aspecto relevante, y es que, para el caso de las normas hay un factor adicional de cambio de contexto, que no existe en el caso de las proposiciones, el cual es el factor moral: las consideraciones morales o valorativas que se presentan con posterioridad o que se introducen en un segundo momento (tras una reconsideración, por ejemplo), pueden ser suficientes para llevar a la inaplicación de una norma. Esto porque ese nuevo “dato” valorativo o moral hace que se modifique la realidad o el contexto práctico-jurídico sobre el cual se va a resolver mediante una norma.

Como ya se ha dicho repetidamente, una característica de los razonamientos derrotables es que son pasibles de que sus conclusiones cambien ante la introducción de nueva información. Pues bien, en el caso del derecho (y en general, en el ámbito práctico) esa nueva información incluye la “información axiológica”. Ahora bien, también se ha dicho (en el capítulo segundo de esta tesis), que los principios, de manera general, contienen y transmiten valores. Con lo cual se tiene que, en el derecho, una parte determinante de la nueva información fundamental es dada por los principios. Por lo tanto, resulta claro que, en los razonamientos jurídicos, un elemento esencial de introducción de nueva información relevante, que puede llevar a variar las condiciones de la realidad, lo constituyen los principios (en la medida que se constituyen en vehículos de elementos valorativos).

## CAPÍTULO IV

### LA INCIDENCIA DE LA DERROTABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL NEOCONSTITUCIONALISTA

#### 1. Aspectos generales acerca de la interpretación jurídica

De manera general, se dice que la interpretación (jurídica) se lleva a cabo cuando no logramos comprender el significado exacto de una norma jurídica. Por ello, una aproximación usual a la interpretación jurídica afirma que esta “consiste en un conjunto de principios y métodos sobre la base de los cuales se logra extraer el significado de una disposición normativa que, por alguna razón, no aparece clara en sí misma, o claramente aplicable al caso concreto”<sup>582</sup>. Usualmente, se considera que la forma estándar de los enunciados interpretativos tienen la siguiente forma: «”T” significa “S”», “donde T ocupa el lugar de un texto normativo –un enunciado o un fragmento de un enunciado de las fuentes del derecho- y S ocupa el lugar del significado que se le adscribe”<sup>583</sup>.

---

<sup>582</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 78-79.

<sup>583</sup> GUASTINI, Riccardo. “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008, p. 16.

Ahora bien, la razón por la cual una norma jurídica puede no aparecer como clara, o no parecer claramente aplicable a un caso, puede ser porque “no le encontramos sentido” o “porque tiene varios y dudamos de su ‘campo semántico’ (significado delimitado)”<sup>584</sup>.

Entonces, un primer aspecto a destacar con relación a la interpretación jurídica, es que esta siempre supone la existencia de una norma jurídica aplicable a algún caso; es decir, nos vemos en la necesidad de recurrir a la interpretación cuando vinculamos un caso concreto con una norma que se presenta como aplicable, es decir, factible de regular ese caso. No es pertinente (por lo menos, no en la práctica), por tanto, recurrir a la interpretación cuando no se ha presentado ningún caso, ni cuando hay una norma pero esta es claramente no aplicable al caso. Esto último, obviamente porque resulta un absurdo “aclarar” lo que dice una norma en relación a algo a lo que no alcanza o entra en su ámbito de regulación. Y lo primero porque la interpretación no se da de una norma “descontextualizada”, “en el vacío”. Para saber *lo que dicen* las normas jurídicas, como meros enunciados, se recurre a la teoría de la norma jurídica, y nos basta un análisis lógico-jurídico (y también gramatical) del enunciado normativo en cuestión<sup>585</sup>. Tomemos como ejemplo el artículo 33 del Código Civil, este dice:

*Artículo 33.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.*

Si queremos saber qué dice la norma, basta con un análisis lógico de la norma. Así, sabremos que lo que dice la norma es que si algo es la residencia habitual de una persona en un lugar, entonces ese es su domicilio. Eso es lo que dice la norma. Y se ha llegado a esta afirmación

---

<sup>584</sup> LEÓN PASTOR, Ricardo. *Sobre el razonamiento jurídico en sede judicial*. Lima: Academia de la Magistratura, 2002, p. 48.

<sup>585</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho, op cit.*, p. 220.

simplemente atendiendo a lo enunciado en el artículo, sin tener que contextualizarlo o vincularlo con una realidad; bastó meramente el análisis lógico de lo enunciado.

En cambio, la interpretación jurídica siempre “gira sobre la base de la aplicación de una norma jurídica en cuyo supuesto es susceptible de ser encuadrado el hecho de la realidad”, consistiendo ella en “ajustar, con flexibilidad o estrechez, los márgenes dentro de los cuales puede aplicarse una norma jurídica realmente existente a la realidad de los hechos”<sup>586</sup>. La teoría de la interpretación jurídica no pretende mostrarnos meramente *qué dice* la norma en cuestión, sino que trata de averiguar exactamente *qué quiere decir* la norma. Por ello, la teoría de la interpretación jurídica se puede definir como “la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma”<sup>587</sup>. Y ese significado último solo se podrá ir construyendo en tanto se enfrente a diferentes casos concretos a los cuales pueda ser aplicada la norma. Por ejemplo, volviendo al artículo 33 del Código Civil, como se ha visto antes, si queremos saber *qué dice* la norma, se aplica el análisis respectivo y se verá que la norma dice que *si algo es la residencia habitual de una persona en un lugar, entonces ese es su domicilio*. Sin embargo, se puede ir más allá de este mero *decir* de la norma, y se puede pasar a un segundo nivel, relativo a *lo que quiere decir* la norma. Por ejemplo, ¿qué quiere decir “residencia habitual”? Solo cuando lo relacionemos con algún caso concreto (real o hipotético) se podrá establecer el alcance, es decir, el significado exacto que la expresión “residencia habitual” tiene (o puede tener) dentro de esa norma (por ejemplo, si puede ser “residencia habitual” aquella en la que pasamos la mitad del año, o aquella en la que

---

<sup>586</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*, op cit., p. 81.

<sup>587</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, op cit., p. 220.

estamos solo de lunes a viernes, o solo los fines de semana, etc.; como se ve, aquí ya estamos ante casos concretos que exigen determinar qué quiere decir ese término normativo). De aquí se sigue que, contra más sean los casos frente a los cuales se tenga que aplicar la norma, la determinación de su sentido podrá ir variando.

Ahora bien, ciertamente, hay que reconocer que, en toda interpretación, como punto de partida «no hay más datos que las palabras escritas para comprender el “significado” de las mismas»<sup>588</sup>. Es por eso que, si se quiere llegar más allá de lo que la norma meramente *dice*, y más bien se quiere determinar lo que la norma *quiere decir*, es que no se puede solamente trabajar con el solo dato de las palabras escritas (que sí son suficientes para saber *qué dice* la norma). En cambio, lo que se impone es recurrir a los diversos métodos de interpretación<sup>589</sup>.

Ahora bien, la razón por la cual pueden darse potencialmente varios sentidos a una misma norma está en la naturaleza lingüística de los enunciados normativos. Esto es así porque las palabras pueden sufrir de vaguedad. Por ejemplo, la palabra “habitual” puede ser considerada vaga, en la medida que no es posible siempre establecer tajantemente, de manera “matemática”, cuándo estamos indubitablemente ante algo “habitual” y cuándo ya no; por el contrario, existirán no pocas situaciones dudosas, zonas grises. Y lo mismo se puede decir de una infinidad de palabras usadas en el derecho<sup>590</sup>. Por eso, es exacto afirmar que la vaguedad

---

<sup>588</sup> LEÓN PASTOR, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>589</sup> Algunos de los más conocidos y usados son: el método literal (uso de reglas lingüísticas de uso común o técnico); método de *ratio legis* (o razón de la norma); método sistemático, ya sea por comparación o por ubicación (que implica una comparación normativa); método histórico (o de la intención del legislador); método sociológico (que toma en cuenta el contexto social de la norma), etc. Para una revisión de estos métodos de interpretación puede verse: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho, op cit.*, pp. 237-253.

<sup>590</sup> Solo por poner un ejemplo, veamos lo que pasa con la primera oración del inciso 1 del artículo 2 de nuestra Constitución. Ahí se dice: “**Artículo 2.** Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad

“plaga nuestro ordenamiento jurídico, pues responde a la propia naturaleza del lenguaje natural y jurídico, al mismo tiempo que es inevitable si queremos regularnos bajo legislación necesariamente general y abstracta”<sup>591</sup>.

El hecho de que el lenguaje natural, así como el lenguaje jurídico, estén afectados por la vaguedad, ha llevado a hablar de la existencia de una “textura abierta” del lenguaje, en general, y de una “textura abierta del derecho”. Con esta expresión se quiere señalar el hecho de que, tanto en los lenguajes naturales, como en el lenguaje del derecho (que se construye sobre la base de esos lenguajes naturales) existen pautas (de dirección de la conducta) que son indeterminadas, y que por tanto, a la hora de ser aplicadas, nos enfrentan a una serie de alternativas abiertas entre las cuales se debe elegir. Inicialmente, el término “textura abierta” fue usado en relación con los lenguajes naturales, y fue introducido por el filósofo austriaco Friedrich Waismann en su trabajo “Verificabilidad” (*Verifiability*, 1945). En ese trabajo, Waismann usaba la expresión “textura abierta” para referirse a la universal posibilidad de vaguedad que poseen los enunciados empíricos. La “textura abierta”, según Waismann es una característica fundamental de la mayoría, si no es que de todos, los conceptos empíricos<sup>592</sup>. En ese sentido, la “textura abierta” se diferencia de la simple vaguedad. Cuando se dice de una palabra que ella es “vaga”, se está diciendo que esa palabra es usada en realidad de una manera fluctuante. En cambio, una palabra podría no ser usada de manera vaga, pero aun así

---

moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Pues bien, en este enunciado normativo que está casi al inicio de nuestra Constitución se pueden reconocer los siguientes términos vagos (que pueden tener múltiples significados): “vida”, “identidad”, “integridad moral”, “integridad psíquica”, “integridad física”, “libre desarrollo”, “bienestar”. No es difícil aceptar que cada uno de estos términos puede tener o se le puede asignar, más de un sentido.

<sup>591</sup> LEÓN PASTOR, Ricardo. Op. Cit., p. 50.

<sup>592</sup> WAISMANN, Friedrich. “Verifiability”. En: *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Blackwell Publishing - Aristotelian Society, volumen 19, 1945, p. 123.

poseer una textura abierta. Esto, porque la textura abierta viene a ser como la *posibilidad* de vaguedad<sup>593</sup> (posibilidad de que la palabra se vuelva vaga). Una forma alternativa de expresar esta idea puede ser diciendo que “las definiciones de términos abiertos son *siempre* corregibles o enmendables”<sup>594</sup>. Según Waismann, “la vaguedad puede ser remediada al dar reglas más precisas; la textura abierta, no”<sup>595</sup>.

Esta idea de textura abierta del lenguaje de Waismann fue tomada por Hart, quien la aplicó al derecho (en la medida que este se construye siempre sobre la base de lenguajes naturales) para señalar el hecho de que la realidad jurídica también posee conceptos y genera reglas que pueden volverse vagos, lo que implica que, ulteriormente, puedan ser corregidos o enmendados. Hart abordó este problema en el capítulo VII de su libro *El concepto de derecho*. En dicho capítulo, Hart pretende exponer su propio punto de vista en contraste con dos visiones opuestas del derecho: el llamado “formalismo” y el “escepticismo ante las reglas”. Estos dos puntos de vista contrarios, ponen a la teoría del derecho entre lo que Hart llama, “el noble sueño” y “la pesadilla”<sup>596</sup>: “Mientras unos [los “formalistas”, los que viven el “noble sueño”] creen que el derecho es determinado, aún en los casos difíciles, para otros [los “escépticos ante las reglas”, quienes viven la “pesadilla”] este carácter es ficticio siempre”<sup>597</sup>. Frente a estas dos posturas, Hart defiende la idea de que el derecho es “parcialmente indeterminado”, en la medida que la naturaleza del lenguaje establece un límite al modo en

---

<sup>593</sup> Ibid., loc cit.

<sup>594</sup> “(...) definitions of open terms are *always* corrigible or emendable”. Ibid., loc cit.

<sup>595</sup> “Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot”. Ibid., loc cit.

<sup>596</sup> Véase: HART, H.L.A. “American Jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream”. En: *Georgia Law Review*. Volumen 11, número 5, septiembre de 1977, pp. 969 y ss. Disponible en: [http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley)

<sup>597</sup> LARIGUET, Guillermo. “Conflictos trágicos genuinos y respuesta correcta en torno a algunas ideas de Ronald Dworkin”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 246, 2006, p. 206.



que este puede guiar las conductas; es decir, el lenguaje tendría una capacidad limitada para servir de guía a las conductas<sup>598</sup>.

Hart empieza su exposición resaltando el hecho de que “[e]n cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo”<sup>599</sup>. Esto, porque solo a través de esas reglas o pautas generales, se puede hacer referencia a *clases* de personas o actos<sup>600</sup>; caso contrario, solo quedaría encerrarse en un particularismo que haría imposible regular universalidades (por ejemplo, en el caso del derecho, no se podría tratar acerca del “homicidio” o del “contrato”, sino de *este* caso de homicidio, o de *este* caso de contrato). En cambio, pautas o reglas generales hacen de los actos o circunstancias particulares, “ejemplos de las clasificaciones que el derecho efectúa”<sup>601</sup>.

Ahora bien, para comunicar tales pautas generales de conducta se han usado dos recursos en el derecho: el precedente y la legislación. El primero funciona usando un caso paradigmático y estableciendo una pauta de conducta vinculada a él; de manera que se establece que todos los casos iguales o análogos al paradigma deben ser tratados o regulados de manera igual a este. El recurso del precedente se puede ilustrar mediante un ejemplo no jurídico: Antes de entrar a la iglesia, un padre le dice a su hijo: “esto es lo que debes hacer siempre al entrar”, y luego se quita el sombrero, flexiona la pierna derecha y se persigna. De esta forma, el niño sabría que, para todos los casos futuros en los cuales vaya a ingresar a una iglesia, debe repetir la

---

<sup>598</sup> HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968, p. 157.

<sup>599</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>600</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>601</sup> *Ibid.*, loc cit.

conducta vista al padre. Sin embargo, como acertadamente señala Hart, “[l]a comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance generales, tales como ‘Haz lo que yo hago’, puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar”<sup>602</sup>. Por ejemplo, el niño del ejemplo podría preguntarse válidamente si es importante sacarse el sombrero con la mano derecha o izquierda; si siempre se debe flexionar la pierna derecha o se puede hacerlo la izquierda; si luego uno puede volverse a poner el sombrero; etc.

Frente a la comunicación mediante ejemplos, que se muestra como indeterminada (y que correspondería, en el ámbito jurídico, al uso del precedente), “la comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje (...) parece clara, segura y cierta (...)”, puesto que aquí se dispone de una descripción verbal que puede usarse para decidir qué es lo que debe hacerse en el futuro y cuál es la oportunidad para realizarlo<sup>603</sup>. Este proceder equivale, en el ámbito jurídico, al uso de la legislación. El uso de pautas generales se da, por ejemplo, cuando se establece una regla como la siguiente: “Prohibido el ingreso de vehículos al parque”. Se supone que, ante el establecimiento de una regla general clara, lo único que queda por hacer es subsumir los hechos particulares en las clasificaciones generales, y de ahí derivar una conclusión silogística.

Ahora bien, a pesar de lo señalado, Hart se apura en señalar que, no obstante, “[e]n todos los campos de la experiencia, no solo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza

---

<sup>602</sup> Ibid., p. 156.

<sup>603</sup> Ibid., pp. 156-157.

del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar”<sup>604</sup>. Es decir, lo que Hart está afirmando es, en otras palabras, que el lenguaje tiene límites en su capacidad para orientar conductas. Ciertamente, en la práctica habrá “casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables”<sup>605</sup>. Así, por ejemplo, es un caso obvio que un automóvil está incluido en la categoría “vehículo” de la regla anterior. Sin embargo, junto a estos casos claros, “habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (...). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o inventiva humana continuamente presentan, y que solo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otros”<sup>606</sup>. Por ejemplo, es razonable dudar si la regla que prohíbe el ingreso de vehículos se aplica también a un triciclo o a una bicicleta.

Señala Hart que, los “cánones de interpretación”, aunque pueden disminuir, no logran eliminar del todo las incertidumbres, por la simple razón de que estos “cánones” son también reglas generales que utilizan términos generales, los cuales también necesitan de ser interpretados<sup>607</sup>. Los casos obvios o claros son aquellos en los cuales “los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”<sup>608</sup>. En cambio, en los casos difíciles o dudosos, se da una “crisis de comunicación”, porque ocurre que se dan “razones tanto a favor como en contra de que

---

<sup>604</sup> Ibid., p. 157.

<sup>605</sup> Ibid., p. 158.

<sup>606</sup> Ibid., loc cit.

<sup>607</sup> Ibid., loc cit.

<sup>608</sup> Ibid., loc cit.

usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo a la persona ocupada de clasificar”<sup>609</sup>. En otras palabras, en los casos dudosos, a la vez que hay razones a favor y en contra de una misma interpretación, o existen diferentes razones (de similar peso) que apoyan diferentes interpretaciones; no hay, tampoco, convención o acuerdo alguno (por ejemplo, a nivel de una declaración jurídica oficial) que determine que se debe optar por tal o cual interpretación. Por ello, el encargado de resolver el caso (de determinar la interpretación aplicable al caso), por ejemplo, el juez, lo que hará es llevar a cabo un acto de “elección entre alternativas abiertas”. A su vez, la subsunción y la derivación silogística (que parecían características de la determinación mediante pautas generales) ya no pueden llevarse a cabo, y, más bien, sucedería que, en cambio, la regla solo se limitaría a destacar un ejemplo, el constituido por el caso obvio; de manera que, frente al problema de si la regla es aplicable o no a determinado caso, lo que le correspondería hacer al aplicador de la norma es ver si el caso concreto que se trata es “en grado suficiente”, semejante en sus aspectos relevantes, al caso típico o emblemático<sup>610</sup>. Esto implica otorgar al juzgador un amplio margen discrecional; y si bien la conclusión a la que se arribe no pueda decirse que es arbitraria o irracional, sí es una elección (y no un proceso “mecánico” o “automático”, como sería si fuese simplemente un proceso silogístico): “El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas”<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> Ibid., loc cit.

<sup>610</sup> Ibid., pp. 158-159.

<sup>611</sup> Ibid., p. 159.

Hart señala que, “cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas”<sup>612</sup>; dando así lugar a lo que ya se ha referido como “textura abierta”.

Hart, finalmente, concluye que el uso de términos clasificatorios generales, irremediablemente lleva a que se generen situaciones de incertidumbre en las zonas grises o marginales: “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”<sup>613</sup>.

En fin la postura de Hart con relación a la interpretación y aplicación de normas, se desarrolla –en resumen- en las siguientes ideas:

(...) los términos de clase tienen un núcleo de significado claro, que viene dado por el conjunto de casos respecto de los cuales hay “acuerdo general” acerca de la inclusión de objetos particulares en su denotación. Esta idea sería trasladable a las normas en la medida en que se formulan mediante lenguajes naturales, de manera que para toda norma habría un núcleo de casos claramente gobernados por ella, cuya identificación parece “no necesitar interpretación”, resultando por el contrario “automática” (...). Más allá de ese núcleo claro, es decir, donde ya no hay “convención firme o acuerdo general” acerca del uso de un término de clase, sino solo “razones tanto a favor como en contra de su aplicación a un objeto particular, “se precipita algo así como una crisis en la comunicación”, de manera que en esa zona de penumbra la inclusión o exclusión de un objeto particular de la denotación de un término de clase se presenta inevitablemente

---

<sup>612</sup> Ibid., loc cit.

<sup>613</sup> Ibid., loc cit.

como “una elección entre alternativas abiertas”, esto es, como una decisión discrecional que la norma general correspondiente deja indeterminada (...) <sup>614</sup>.

Todo lo que se ha desarrollado –a partir de las ideas de Hart- en relación a la existencia de casos claros y dudosos, y la existencia de zonas oscuras de aplicación de las reglas generales, se vincula con un tema central relacionado con la interpretación: el tema de si todo (enunciado jurídico o norma) se interpreta, o más bien, existen normas o enunciados claros que no necesitan interpretación. Este es uno de los dos temas que –a nuestro entender- son los más importantes en relación a la cuestión de la interpretación. El otro es determinar si la interpretación consiste en *descubrir* un significado (ya existente, inherente o subyacente en el enunciado) o más bien consiste en *otorgar* un significado a un enunciado normativo. Ciertamente, estos dos temas están estrechamente vinculados; es más, se puede decir que la postura que se tome al responder a una de las cuestiones, determinará la postura que se ha de tener con respecto al otro tema.

En efecto, empezando por la cuestión de si el proceso interpretativo consiste en descubrir un significado (presente de por sí en el enunciado jurídico) o se trata, más bien, de asignar un significado (a ese enunciado, y por lo tanto, de un acto de “creación” de significado, otorgado recién con la interpretación, y por lo tanto no preexistente); se pueden reconocer, en principio, dos posiciones radicalmente opuestas. La primera postura corresponde a la llamada “teoría cognoscitivista”; la segunda, a la llamada “teoría escéptica”.

---

<sup>614</sup> BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, op cit., pp. 97-98.

Según la primera postura, es decir, la teoría cognoscitivista, todo texto (incluyendo, obviamente, los jurídicos) tiene un solo significado, y el intérprete lo que hace es descubrir ese significado único y preexistente en el texto. En la interpretación, por lo tanto, no hay margen para la discrecionalidad; porque la interpretación no es algo que dependa de la voluntad del intérprete –que actúa con libertad-, sino que está condicionado por la necesidad de adecuación a lo que es el significado objetivo del texto. En suma, según la postura cognoscitivista, “los enunciados interpretativos son enunciados del discurso cognoscitivo o descriptivo, puesto que tienen valores de verdad”<sup>615</sup>. La teoría de la interpretación de Ronald Dworkin<sup>616</sup> es un ejemplo contemporáneo de esta postura cognoscitivista. Esta misma posición ha sido defendida en el ámbito de habla española por Rafael Hernández Marín<sup>617</sup>.

Ahora bien, si según la teoría cognoscitivista, existe un solo significado propio de los textos, entonces, este solo significado no solo será unívoco y determinado, sino el correcto. Por lo tanto, en el marco de la teoría cognoscitivista existe el “significado correcto” de un texto, y consecuentemente, existe *la* (única) interpretación correcta del texto o enunciado (jurídico, o en general, de cualquier tipo). La labor del intérprete es descubrir ese único significado correcto. Por lo tanto, bajo este punto de vista también habrá buenas y malas interpretaciones; interpretaciones correctas e incorrectas: la buena interpretación será aquella que encuentra y manifiesta el significado único y correcto del texto o enunciado.

---

<sup>615</sup> GUASTINI, Riccardo. “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, *op cit.*, p. 16.

<sup>616</sup> Véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, *op cit.*

<sup>617</sup> Véase: HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. “Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008, pp. 33-78.

En cambio, según la teoría escéptica no hay significados previos a la interpretación; en otras palabras, no existen significados inherentes a los textos o enunciados, o preexistentes a la interpretación. Por el contrario, es en el acto de interpretar que se adscribe un significado a un texto o enunciado; por lo tanto, es el intérprete quien otorga significados a los textos que interpreta. Esto implica que afirmar que los textos o enunciados, y para nuestro caso específico, el Derecho, están radicalmente indeterminados; puesto que su contenido (o determinación) no tienen ningún sustento objetivo, sino, más bien, depende completamente de actos de voluntad o discrecionales de los intérpretes; es decir, el contenido se construye subjetivamente. Para la postura escéptica, “los enunciados interpretativos no pertenecen al discurso descriptivo, puesto que de ellos no puede decirse que son ni verdaderos ni falsos”<sup>618</sup>. La teoría de la interpretación defendida por Riccardo Guastini<sup>619</sup> es un ejemplo contemporáneo de una posición escéptica de la interpretación jurídica.

Ahora bien, si es cierto lo dicho, entonces, contrariamente a lo sostenido por la postura cognoscitivista, la interpretación vendría a ser un acto discrecional, dependiente de la voluntad del intérprete (en la medida que, en última instancia es según lo que él estime que es el significado “correcto”, que se otorgará una interpretación en un sentido o en otro al enunciado o texto analizado). Pero, adicionalmente, si toda interpretación depende de la actividad del intérprete, que otorga discrecionalmente un significado al texto, entonces resulta que no existirá (potencialmente) una sola y única interpretación (posible) de los textos o enunciados, puesto que cada intérprete podrá proponer y defender distintas interpretaciones, es decir,

---

<sup>618</sup> GUASTINI, Riccardo. “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, op cit., p. 16.

<sup>619</sup> Véase: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pp. 201 y ss.; GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F: Editorial Porrúa S.A., 2000; GUASTINI, Riccardo. “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, op cit, pp. 15-31.



otorgar (válidamente) distintos significados a un mismo texto o enunciado. Ahora bien, si se toma en cuenta que –en la teoría escéptica- se niega la existencia de una interpretación objetiva de los textos; entonces resultará que tampoco existirá algo así como interpretaciones “correctas” e “incorrectas”. Todas las interpretaciones que se hagan, podrán ser (en teoría) igualmente válidas. En todo caso, el criterio para preferir una interpretación frente a otra, tendrá que ver con cuestiones que no tendrán nada que ver con un posible reconocimiento de algún factor objetivo en el texto, sino con otros factores, tales como el acuerdo o consenso intersubjetivo que se llegue acerca del significado de una expresión con posterioridad, o con la más consistente o convincente argumentación que se haga para sustentar esa interpretación.

Parece acertado afirmar que estas dos teorías, la cognoscitivista y la escéptica, se corresponden con lo que Hart denominó “noble sueño” y “pesadilla”, como se vio antes. En efecto, la teoría cognoscitivista se puede identificar con la propuesta del “noble sueño”; mientras que la teoría escéptica, con la propuesta de la “pesadilla”. Como se recuerda, el “noble sueño” sostiene que siempre el Derecho puede dar una solución para cada caso; mientras que la “pesadilla” niega esta posibilidad. De aquí se sigue que para los partidarios del “noble sueño” todos los casos jurídicos vienen a ser “casos claros”; mientras que para los que sostienen la “pesadilla” todos los casos vendrían a ser “casos de penumbra”<sup>620</sup> (indeterminados).

Para las tesis que se ubicarían dentro del “noble sueño”, “[I]a labor del órgano encargado de aplicar el Derecho consiste únicamente en *descubrir* la regla general que resuelve el caso

---

<sup>620</sup> LIFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 229.

concreto presentado; todo el material necesario para la solución del caso está dado por el propio ordenamiento jurídico<sup>621</sup>; sin que haya ningún espacio para la discrecionalidad del juzgador o intérprete. Por su parte, las tesis escépticas (o que afirmarían la “pesadilla”) sostendrían que “el proceso de aplicación del Derecho se caracteriza siempre como un proceso de creación de Derecho y nunca de declaración del Derecho existente”<sup>622</sup>.

Sin embargo, no son solo estas dos mencionadas las únicas posturas que se pueden asumir frente a la interpretación. Existe, en efecto, una tercera posición, que se puede caracterizar como una teoría intermedia, la cual afirma que

(...) en función de las circunstancias, la interpretación puede ser un acto de descubrimiento o bien un acto de voluntad. En ciertas situaciones el significado está determinado (y se podrá hablar de interpretaciones correctas e incorrectas, según se coincida o no con dicho significado), mientras que en otras, por distintos motivos (textura abierta, ambigüedad, carga emotiva, etc.) no lo está, y en esos casos el intérprete/decisor goza de discrecionalidad<sup>623</sup>.

Esta perspectiva, como puede uno darse cuenta, es afín a la postura de Hart con respecto a la solución (interpretación) de los casos. La postura “intermedia” sobre la interpretación jurídica, por lo demás, reconoce que existen, de un lado, casos claros, en la medida que los textos (jurídicos) que deberán ser interpretados para luego aplicarse en la resolución del caso, tienen un significado determinado o definido, y por lo tanto, no acarrear mayor problema de interpretación; a lo sumo, entonces, la “interpretación” consistirá en “exponer”, “manifestar” o hacer patente ese significado ya determinado o definido. Ahora bien, la razón por la cual el enunciado o texto jurídico posee ya un significado determinado es, de manera general, porque

---

<sup>621</sup> Ibid, loc cit.

<sup>622</sup> Ibid, p. 231.

<sup>623</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op cit., p. 35.

existe un consenso general previo (a nivel de la comunidad jurídica) o una definición oficial que señala cuál es el significado de ese texto o enunciado; en otras palabras, indica como este debe ser interpretado. Por ejemplo, la expresión “días hábiles” tiene un significado determinado y claro, y no podría ser interpretado de manera diferente a como generalmente se hace (por ejemplo, sería ilícito entender “días” como el “período de tiempo comprendido entre el amanecer y el ocaso, durante el cual hay claridad solar”, aun cuando esta sea una acepción – la cuarta- de la palabra “día”, presente en el Diccionario de la Real Academia<sup>624</sup>).

Ahora bien, así como reconoce que existen textos con significados determinados, y por ende, casos claros; la postura “intermedia” afirma la existencia de casos difíciles o en la “penumbra”, en la medida que también existen enunciados o textos jurídicos cuyo significado no está determinado, por ser debatible, ambiguo o confuso. No hay, en estas circunstancias consenso en el significado, no determinación de carácter oficial del mismo. De más está decir que habrá enunciados o textos más problemáticos para interpretar que otros, por lo tanto, habrá casos más difíciles que otros (casos difíciles y casos “difícilísimos”, si se puede decir).

Lo destacable, en todo caso, de la postura “intermedia” es su afirmación de que existen, en efecto, textos o enunciados con significado determinado (lo que no excluye que existan aquellos que no tienen un significado determinado). De esta afirmación se sigue, como algo también importante, que, entonces, existen límites a la interpretación que se pueda dar de los textos o enunciados. Hay, en otras palabras, interpretaciones aceptables y no aceptables;

---

<sup>624</sup> Cf. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición. Madrid: Espasa, 2014, entrada: “día”.

interpretaciones que van “más allá”, y por ello pueden ser válidamente calificadas como incorrectas.

Ideas como las que afirma la postura “intermedia” son coincidentes con ciertas propuestas defendidas dentro de los estudios de semiótica. Así, por ejemplo, Eco<sup>625</sup> menciona ciertas teorías según las cuales los textos (una vez separados de sus emisores y de las circunstancias concretas de su emisión) potencialmente pueden adquirir una infinidad de interpretaciones; razón por la cual, según estas teorías, “ningún texto puede ser interpretado según la utopía de un sentido autorizado definido, original y final. [Ya que] El lenguaje dice siempre algo más que su inaccesible sentido literal (...)”<sup>626</sup>. Frente a estas teorías, Eco defiende la idea de la existencia de “significados literales” y (consecuentemente) de límites a la interpretación, que implican la existencia de interpretaciones aceptables e inaceptables, correctas e incorrectas. Eco se vale de una anécdota para explicar su planteamiento. Cuenta el autor italiano la historia de un esclavo indio al que se le encarga llevar una cesta con higos y una carta en la cual se indica la cantidad de frutas que hay en la cesta. En el camino, el indio come algunos de los higos, pensando que el destinatario no se daría cuenta; pero este, al leer la carta, repara en la acción del esclavo. El indio habría entendido que la carta “alegaba contra él”<sup>627</sup>. Lo que nos interesa aquí para nuestro caso, es la afirmación de Eco, según la cual, en el caso del destinatario de la carta, este, para darse cuenta de lo que había pasado y culpar al indio, debía interpretar el mensaje que contenía la carta; pero, para lograr esto, entre otras cosas, el destinatario “debería contar con ciertas interpretaciones convencionales preestablecidas de

---

<sup>625</sup> ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Editorial Lumen, 1992.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 9.

*higo* que no son las previstas por, digamos, *manzana* o *gato*”<sup>628</sup>. En otras palabras, Eco afirma la existencia de significados determinados para las palabras; de manera que a estas no puede atribuirse libremente cualquier significado. Hay, pues, límites a la determinación de significados para los enunciados y textos; en otras palabras, existen límites a las interpretaciones que se puedan llevar a cabo. Consecuentemente, habrá interpretaciones (al menos en aquellos casos donde hay un significado consensualmente determinado) excesivas o inadecuadas. Por ejemplo, en el caso de lo escrito en la carta acerca de los higos, es posible imaginar que el texto: “en la canasta te mando cincuenta higos”, pueda ser interpretado por alguien en el futuro como un mensaje cifrado de naturaleza militar, en el cual “higos” es la palabra clave para referirse a “1000 soldados”<sup>629</sup>. Sin embargo, a pesar de que, en teoría, el texto puede dar pie a más de una interpretación, Eco recalca que habrá, no obstante,

(...) sentidos que sería aventurado sugerir. No pienso que pueda haber nadie tan mal intencionado que infiera que el mensaje podría significar que Napoleón murió en mayo de 1821; contestar una lectura tan anómala puede ser también un punto de partida razonable para concluir que existe al menos algo que el mensaje no puede efectivamente decir.

Reconozco que, para hacer esta afirmación, es necesario, antes de nada, admitir que los enunciados pueden tener un «sentido literal» (...). Pero sigo pensando que, dentro de las fronteras de una lengua, hay un sentido literal de las voces léxicas, que es el que encabeza los diccionarios o el que todo hombre de la calle definiría en primer lugar cuando se le preguntara por el significado de una palabra determinada. Supongo, pues, que lo primero que diría el hombre de la calle es que un higo es un tipo de fruta así y así. Ninguna teoría de la recepción podría evitar esta restricción preliminar. Cualquier acto de libertad por parte del lector puede producirse después y no antes de la aplicación de esta restricción<sup>630</sup>.

---

<sup>628</sup> Ibid., p.13.

<sup>629</sup> Ibid., loc cit.

<sup>630</sup> Ibid., p. 14.

De aquí concluye Eco que “[i]ncluso el deconstruccionista más radical acepta la idea de que hay interpretaciones que son clamorosamente inaceptables. Esto significa que el texto interpretado impone restricciones a sus intérpretes”<sup>631</sup>.

En suma, en la misma línea que la postura “intermedia”, la semiótica reconoce la existencia de significados (y, por lo tanto, interpretaciones) determinados; y esto no es incompatible con el hecho (comprobado) de que hay casos donde la interpretación es más “abierta”, “indeterminada”.

La concepción interpretativa “intermedia” se asemeja al enfoque lingüístico “contextualista”. Este se opone al “literalismo”, que es la teoría que defiende que «las oraciones tienen contenido significativo independientemente de su contexto de uso (...). Según dicho punto de vista, el significado literal de una oración es el significado que tiene independientemente de cualquier contexto, el significado que tiene en lo que se conoce como ‘contexto nulo’ o ‘contexto cero’»<sup>632</sup>. El “contextualismo”, en cambio, afirma que “son los actos de habla los portadores primarios de contenido, sólo en un contexto determinado una oración expresa un significado”<sup>633</sup>. Esto implica que “el significado de una oración sólo tiene aplicación (...) contra un background de asunciones y prácticas que no son representables como parte de su significado”<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> Ibid., p. 19.

<sup>632</sup> MORESO, José Juan. “Dos concepciones de la interpretación jurídica”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008, p. 12.

<sup>633</sup> Ibid., loc cit.

<sup>634</sup> Ibid., loc cit.

Un ejemplo que muestra cómo las expresiones adquieren su significado condicionadas por el contexto y las asunciones sociales y de los usuarios del lenguaje, y no solamente por su carga literal, es el siguiente: imagínese que A le dice a B: “corta la torta”; entonces B sale al patio y trae una máquina de cortar césped para realizar la tarea. Ante tal situación parece correcto afirmar que B no ha comprendido lo que se quería decir con la expresión “corta la torta”. No obstante, estrictamente, nada en el verbo “cortar” excluye el uso de una cortadora de césped para realizar la acción de cortar una torta<sup>635</sup>. Es más bien el contexto y el consenso social o colectivo acerca del uso del verbo “cortar”, en relación con el corte de una torta, lo que excluye la interpretación de B, es decir, la interpretación de que “cortar” significa “cortar de cualquier forma”, o que puede significar (también) cortar con una cortadora de césped. Y es que ocurre que, cuando estamos frente a un enunciado (a ser interpretado), “un background de prácticas, instituciones, hechos de la naturaleza, y maneras de hacer las cosas son asumidas por los hablantes y oyentes cuando una de estas oraciones es emitida o comprendida”<sup>636</sup>. En conclusión, parece acertado afirmar que “no hay significados literales al margen de cualquier contexto, hay únicamente potenciales semánticos”<sup>637</sup>; es decir, entidades que interactúan con su contexto para producir contenidos significativos, y en ese sentido, tiene una potencialidad semántica (de producir significados), pero que, por sí mismos y solos (aislados de todo contexto) no pueden tener un significado determinado.

Ahora bien, lo hasta aquí dicho en relación con la cuestión de la *asignación* o *descubrimiento* de significados en los enunciados y textos (jurídicos), da pie para esclarecer el otro tema, es

---

<sup>635</sup> Ibid., p. 13.

<sup>636</sup> Ibid., loc cit.

<sup>637</sup> Ibid., loc cit.

decir, si todo (enunciado jurídico o norma) se interpreta, o más bien, existen normas o enunciados claros que no necesitan interpretación. A partir de lo ya expuesto, se puede dar como respuesta a este asunto diciendo que lo acertado aquí es también asumir una postura intermedia. En efecto, en la medida que se acepta que existen significados determinados (que son los que el intérprete debe reconocer, y por lo tanto, no resultaría correcto “inventarle” o “asignarle” uno distinto; lo que sería un ejercicio fuera de los límites de la interpretación), los enunciados o textos en los cuales están presentes estos significados determinados no tienen que ser interpretados, o en todo caso, lo que se aplica aquí es una interpretación literal, aquella que “encabeza los diccionarios o el que todo hombre de la calle definiría en primer lugar cuando se le preguntara por el significado de una palabra determinada”, en palabras de Eco; aunque precisando que, en el caso de enunciados y textos jurídicos, aquel significado literal incluye también (para los términos jurídicos) el que se encuentra definido pacíficamente en la doctrina o que los hombres de derecho definen en primer lugar cuando se le preguntara por el significado de un término jurídico determinado.

Ahora bien, aparte de esos significados determinados existen enunciados o textos que cuyos significados no están plena o en algún sentido determinados. Estos textos “en la penumbra”, generan casos jurídicos difíciles. Pues bien, en la medida que estos textos no tienen un sentido determinado, entonces serán objeto de la interpretación para, de esta forma, determinar su significado (podría decirse, *asignárselo*).

En conclusión, aquí también nos encontramos con una postura intermedia. No es un dilema entre si todo debe ser interpretado o hay cosas que no tienen que ser interpretadas. Más bien es que, hay enunciados y textos que no tienen que ser interpretados, porque tienen un significado



determinado, y pueden ser entendidos literalmente. Pero, no todos los enunciados o textos son de esta naturaleza: hay aquellos que no tienen un significado determinado (consensualmente u oficialmente aceptado); esos, entonces, serán objeto de la interpretación para que se les determine así su significado (lo que implica, en cierta medida, que se les *asignará* un significado más o menos discrecionalmente).

Lo anteriormente dicho se puede aclarar también desde otra perspectiva. Es común, que al usar el término “interpretación”, esto se haga en dos sentido. En un primer sentido, se entiende que la interpretación se puede dar sobre “cualquier entidad capaz de ser portadora de un sentido (es decir, cualquier objeto no natural)”<sup>638</sup>; de forma que se pueda hablar de interpretación de un gesto, de un hecho histórico, de una pintura, etc. Pero, también se puede dar sentido más restringido. En este segundo sentido, se entiende que la interpretación solo se puede referir únicamente a entidades lingüísticas. El primero viene a ser el sentido de interpretación *sensu largissimo*; mientras que el segundo es el sentido de interpretación *sensu largo*. La interpretación, entendida, *sensu largissimo* “trata de «la comprensión de cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural», mientras que la segunda, más restringida, se predica únicamente de entidades lingüísticas”<sup>639</sup>. Ahora bien, existiría, además, un tercer sentido de interpretación, que puede ser calificado como interpretación *sensu stricto*, “entendiendo por tal «la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación»”<sup>640</sup>. Pues bien, la interpretación *sensu stricto* implicaría la existencia de dos situaciones distintas de comunicación (lingüística): una,

---

<sup>638</sup> LIFANTE VIDAL, Isabel. *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>639</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>640</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

denominada “comprensión directa del lenguaje”, en la que “no hace falta llevar a cabo una tarea interpretativa” *sensu stricto*; y una segunda situación en la cual existen dudas, y para resolver esas dudas se requiere llevar a cabo una interpretación (*sensu stricto*) del objeto lingüístico<sup>641</sup>.

Lo interesante de lo arriba dicho, es que se estaría reconociendo que existirían dos tipos de textos: unos, los cuales no necesitan interpretación para su entendimiento o captación de su sentido; ya que este sentido se reconoce a través de una “comprensión directa del lenguaje”. En cambio, por otro lado, existirían entidades lingüísticas (textos) problemáticas o que generan dudas. En estos segundos sí se requiere de la interpretación para determinar el sentido del texto. Aquí estamos frente al caso de una interpretación *sensu stricto*. En otras palabras, se ve aquí también la idea de que la interpretación no es una actividad que se tenga que dar necesariamente frente a todos los textos, sino solamente frente a aquellos que generan dudas o problemas.

En este punto, parece pertinente mencionar una posición como la de Letizia Gianformaggio, quien ha planteado una distinción entre interpretación como actividad noética e interpretación como actividad dianoética. La primera consiste en la captación inmediata del significado (de un texto, enunciado, etc.); mientras que la segunda viene a ser aquella que precisa de una actividad argumentativa<sup>642</sup>. Esta postura de Gianformaggio es semejante a aquella que “distingue dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la

---

<sup>641</sup> Ibid., p. 29

<sup>642</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, número 4, 1987, pp. 90-91.

existencia de dudas que deben ser superadas precisamente por la interpretación”<sup>643</sup> (en su sentido estricto). En este sentido, “la interpretación como actividad noética sería la captación del significado que se produce en la primera situación de comunicación; mientras que la interpretación como actividad dianoética se correspondería con la segunda de las situaciones aquí distinguidas”<sup>644</sup>. Algo similar sostiene Marmor, quien distingue entre “cuestiones de significado” y “cuestiones de interpretación”<sup>645</sup>.

Ahora bien, a partir de considerar esta diferencia entre dos sentidos de interpretación, es posible resolver la aparente contradicción entre las dos tesis relativas a la necesidad de interpretación: aquella que afirma que la interpretación es una actividad que siempre es necesaria, es decir, que siempre se debe aplicar a todos los textos; frente a la tesis que considera solo cabe interpretar en aquellos casos en los cuales el texto genera dudas, mientras que en los casos claros no se debe interpretar (justamente, porque se trata de casos que están claros). En este último caso, se estaría usando el sentido de interpretación *sensu stricto*, que implica

(...) llevar al cabo una actividad interpretativa de tipo dianoético. De modo que podría salvarse esta contradicción [entre tesis acerca de la necesidad de la interpretación] diciendo que, por supuesto, en todos los casos hará falta llevar a cabo una actividad interpretativa en el sentido noético, aunque no en todos será necesario interpretar en el sentido dianoético, sino únicamente en aquellos en los que existan dudas sobre el significado<sup>646</sup>.

Particularmente, consideramos que solo en un sentido amplio se puede hablar de una interpretación como actividad noética; ya que en sentido estricto, la interpretación es una

---

<sup>643</sup> LIFANTE VIDA, Isabel. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>644</sup> *Ibid*, loc cit.

<sup>645</sup> *Ibid*, loc cit.

<sup>646</sup> *Ibid*, p. 33.

actividad dianoética. Es en este segundo sentido que nosotros vamos a referirnos a la interpretación.

## **2. Interpretación y argumentación jurídica en el Estado constitucional. La argumentación como justificación intersubjetiva de las razones en el discurso práctico jurídico.**

### *2.1. La distinción entre interpretación y argumentación*

La interpretación y la argumentación jurídica son actividades estrechamente vinculadas. Así pues, cabe preguntarse si se trata de actividades diferentes, o, al fin y al cabo, de la misma labor intelectual, pero solo que con denominación distinta; o cabe también la posibilidad de que, aunque distintas, tengan puntos en común, o aún está la opción de que se trate de actividades que se incluyan (podría ser que la interpretación esté incluida, se enmarque o sea un tipo de argumentación, o también viceversa).

Para responder a las preguntas planteadas arriba, hay que empezar por esclarecer qué se entiende por “argumentación”. De manera general, argumentar es la actividad de “dar argumentos”. Ahora bien, “dar un argumento” significa “ofrecer un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión”<sup>647</sup>. Así pues, los argumentos o el acto de argumentar, no es solo la afirmación de ciertas opiniones; más bien, “[I]os argumentos son intentos de *apoyar* ciertas opiniones con razones”<sup>648</sup>. Pero, además, la argumentación se caracteriza por su

---

<sup>647</sup> WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2008, p. 11.

<sup>648</sup> *Ibid.*, loc cit.

dimensión persuasiva (la cual es una de sus características propias); esto quiere decir que la argumentación no es una simple reiteración de afirmaciones o conclusiones ya asumidas; sino que supone ofrecer “razones y pruebas, de tal manera que otras personas puedan formarse sus propias opiniones por sí mismas”<sup>649</sup>. Así pues, la argumentación tiene, además de una dimensión expositiva de razones, una dimensión de convencimiento, es decir, existe un plano práctico en la actividad argumentativa. Se entiende, entonces, que resulta una argumentación defectuosa aquella que, si bien expone argumentos a favor de una opinión o postura, lo hace de una manera poco convincente, que no llega a convencer o atraer al interlocutor o al auditorio de nuestra posición.

Ahora bien, teniendo esa preliminar idea de argumentación, es posible ensayar una primera relación que se establece entre interpretación y argumentación. La interpretación (jurídica) puede entenderse como una actividad cuyo objetivo es determinar un significado para un texto o enunciado (jurídico). A su vez, se supone que ese texto o enunciado (jurídico) es en potencia pasible de ser vinculado con más de un significado; de ahí que surja el problema interpretativo, que sería que, de entre los diversos significados posibles para el texto o enunciado, se determine cuál es el que *debe* asignarse en última instancia al texto o enunciado examinado. De aquí, entonces, se puede afirmar que la interpretación se puede describir también como una actividad que consiste en “sopesar alternativas de solución y decidirse por una”<sup>650</sup>. Ahora bien, es de esperar que esta elección por una de las alternativas de solución no se dé de manera arbitraria, sino, por el contrario, se dé de forma justificada, basada en razones.

---

<sup>649</sup> Ibid., p. 13.

<sup>650</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando. *La argumentación como derecho*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 24

Aquí sería que entra a tallar la argumentación, pues la actividad argumentativa sería la que serviría para justificar y sustentar la elección de una de las alternativas (interpretativas) frente a las otras. Así pues, la argumentación vendría a ser “ese elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo que posteriormente servirá para determinar si nuestro procedimiento y resultado fue formal, material y dialécticamente correcto”<sup>651</sup>. Esta primera relación entre interpretación y argumentación puede considerarse como de índole pragmática, es decir, relativa al desarrollo de cada una de las actividades (interpretativa o argumentativa). Bajo esta perspectiva, la argumentación tendría su campo de acción específico enmarcado en la actividad interpretativa, que vendría a ser más “amplia” (sin que esto implique que la argumentación se encuentre comprendida *en* la interpretación, ni se identifique con ella).

El punto de vista anterior se puede vincular con la distinción que se hizo anteriormente entre interpretación como actividad noética y actividad dianoética. Como bien señala Atienza, esta distinción no puede trasladarse adecuadamente a la argumentación, por el simple hecho de que la argumentación es siempre, “en definitiva, una actividad dianoética (o el producto de esa actividad)”<sup>652</sup>, y nunca una actividad noética. Recuérdese que, cuando se hablaba de la interpretación como actividad dianoética, se refería ella como una actividad argumentativa. En otras palabras, el factor “dianoético” estaría identificado con la argumentación. Pues bien, todo lo dicho aquí sugiere la idea de que

(...) el de *interpretación* es un concepto más amplio que el de *argumentación*, esto es, que la interpretación en sentido lato o latísimo (equivaliendo a entender

---

<sup>651</sup> Ibid., loc cit.

<sup>652</sup> ATIENZA, Manuel. “Estado de derecho, argumentación e interpretación”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Ministerio de Justicia e Interior de España, Época 2, tomo XIV, 1997, p. 467.

o comprender algo) no envuelve ningún tipo de argumentación; sólo cuando hablamos de interpretación en sentido estricto (en cuanto aclaración de algo -de alguna entidad susceptible de tener un significado- que se haya vuelto dudoso) nos aparece también la idea de argumentación, en cuanto procedimiento (o resultado de ese procedimiento) para aclarar esa duda (para pasar, por ejemplo, del enunciado a interpretar al enunciado interpretado)<sup>653</sup>.

Esta perspectiva no solo puede considerarse pragmática, sino que también se puede notar que se basa en el concepto de interpretación (y de argumentación) que se tenga.

Sin embargo, estas no serían las únicas perspectivas para evaluar la relación entre interpretación y argumentación. Desde otro punto de vista, es posible considerar que la argumentación va “más allá” que la interpretación. Así pues, si se asume que la interpretación tiene como objetivo principal explicitar la semántica de un texto o enunciado (jurídico), entonces se debe aceptar que, sea el caso que fuere, el límite de las interpretaciones está dado por el lenguaje; es decir, que “en principio la interpretación no podría pretender ir más allá de lo admisible por los signos en los que se expresan las normas”<sup>654</sup>. Esto supondría asumir que la interpretación, como actividad, es pura o principalmente descriptiva; es una metodología descriptivista<sup>655</sup>. Sin embargo, si se asume que el Derecho es una esfera del discurso racional práctico, entonces, en él se debería “proporcionar no sólo razones explicativas [descriptivas], sino antes bien, razones justificativas para la actuación de los operadores jurídicos”<sup>656</sup>. Esta dimensión justificativa (que se ubicaría más allá de lo meramente explicativo o descriptivo) estaría dada por la argumentación, que, como ya se ha visto, consiste en ofrecer razones justificativas a favor de una opinión.

---

<sup>653</sup> Ibid., p. 468.

<sup>654</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación jurídica y teoría del Derecho: la crítica actual del positivismo jurídico*. Arequipa: El Alva, 1999, p. 15.

<sup>655</sup> Ibid., loc cit.

<sup>656</sup> Ibid., p. 16.

Otro hecho que mostraría que la argumentación “va más allá” que la interpretación, sería que existen casos en los cuales “lo que no está claro son, precisamente, las premisas, o no está clara la conexión de éstas con las consecuencias normativas, y lo que se tiene que justificar es la razonabilidad de la aceptación de unas u otras”<sup>657</sup>. Esta labor no sería estrictamente interpretativa, sino argumentativa, en la medida que lo que se exige es una justificación de un vínculo, y no la elucidación del significado de un enunciado o texto. Estaríamos ante una situación de exigencia argumentativa, en la cual la interpretación sería insuficiente o simplemente no aplicable; es decir, claramente una situación en la cual la argumentación va más allá de lo que puede hacer la interpretación.

Teniendo lo anteriormente dicho presente, se han planteado algunas características de la argumentación jurídica, que la diferenciarían de la interpretación, de las cuales destacamos las siguientes:

[La argumentación jurídica] se ocupa no tanto de la explicación o descripción de la semántica de las reglas, sino de su justificación racional con arreglo a criterios procedimentales y valorativos. Podría decirse que la interpretación cumple una función lingüística sintáctico-semántica, en tanto la argumentación cumple una función prioritariamente pragmática, desde los fines racionales a los que se orienta o debe orientarse la sociedad humana.

[La argumentación jurídica] se ocupa de la justificación de las premisas y de las “transformaciones” racionales que ocurren en el razonamiento legal, antes que de la deducción lógico sistemática de las decisiones normativas (...) <sup>658</sup>.

Bajo esta perspectiva la argumentación aparece como una actividad más amplia y fundamental dentro del Derecho, y la interpretación se presenta como “una etapa inicial imprescindible, aunque no sea suficiente, para justificar una decisión jurídica”, de manera que la interpretación

---

<sup>657</sup> Ibid., p. 17.

<sup>658</sup> Ibid., p. 19.



se presentaría solamente como “un momento, o el escenario lingüístico, en el que juegan la estrategia y las razones fundamentales de la argumentación”<sup>659</sup>. Este punto de vista se puede reconocer, por ejemplo, en Alexy, “quien ubica los cánones de interpretación –y por consiguiente la actividad interpretativa- como soporte de las reglas de justificación externa expuestas en su *Teoría de la Argumentación Jurídica*”<sup>660</sup>. Esta perspectiva, como se ve, sobre todo centra la diferencia entre interpretación y argumentación en la mayor vinculación directa que cada una de estas actividades tiene con respecto a la justificación o exposición de razones en relación con un punto de vista.

Ahora bien, a partir de todo lo expuesto hasta aquí, nuestra opinión es que la interpretación y la argumentación son, definitivamente dos actividades diferenciadas, pero que, no obstante, mantiene un estrecho vínculo y, es más, se puede decir que la última sustenta en cierta medida a la primera. Expliquemos. La interpretación (jurídica) como actividad tiene, como ya se ha dicho, como objetivo principal determinar un significado para un texto o enunciado (jurídico). Dicha atribución bien podría tratarse o entenderse como un mero proceso designativo. Sin embargo, lo cierto es que para que se produzca esta asignación de significado, previamente ha de llevarse a cabo una labor de evaluación de razones (a favor y en contra) de uno u otro significado posible. Es decir, es necesaria una labor argumentativa. Por ello, consideramos que lo más cercano a la relación entre interpretación y argumentación está dado por la postura que reconoce una dimensión dianoética en la interpretación.

---

<sup>659</sup> Ibid., p. 21.

<sup>660</sup> Ibid., loc cit. Cft. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 225 y ss.

## 2.2. El concepto de argumentación jurídica

No cabe duda que actualmente la argumentación ocupa un lugar importantísimo en el ámbito del Derecho, al punto que ha habido quien ha propuesto entender al “derecho como argumentación”, es decir, entender al derecho desde un enfoque argumentativo<sup>661</sup>. Esta perspectiva “consiste en considerar al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho (...)”<sup>662</sup>. Esto no significa considerar que el Derecho sea “solo argumentación”, o se limite solo a la argumentación; sino, más bien, lo que se quiere señalar es que “la práctica consistente en razonar, en justificar esas decisiones [jurídicas], tiene una especial relevancia, en especial en el Derecho del Estado constitucional (...) [Y que] el razonamiento jurídico es básicamente justificativo”<sup>663</sup>.

Haciendo una analogía con la labor del arquitecto (que equivaldría al operador del derecho) frente al edificio (que sería el derecho), se tendría que en esta perspectiva (argumentativa) la labor del arquitecto no solo se limita a proyectar el edificio, sino que se ocupa también de los problemas que implica la ejecución de la obra, la funcionalidad del edificio, su aspecto estético, su integración con el medio que lo rodea, entre otros factores. Es decir, no es la perspectiva de quien se “limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea”<sup>664</sup>. Pasando esto a la labor del operador del derecho, entonces su tarea no sería meramente la del análisis

---

<sup>661</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación, op cit.*, p. 59.

<sup>662</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 23.

<sup>663</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 254.

<sup>664</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación, op cit.*, p. 23.

formal/externo del derecho, como un objeto estático; por el contrario, supondría “una concepción dinámica, instrumental y comprometida del Derecho”, es decir, el operador del derecho, ahora, se compromete con la dinámica del derecho, con el proceso de resolución de casos y con los conflictos, y para lidiar con esto recurre a la argumentación.

Ahora bien, nos podemos preguntar qué sentido adquiere el término “argumentación” en este contexto (jurídico). De manera general, el uso del término “argumentación” en el ámbito jurídico (“argumentación jurídica”) es análogo al uso que tiene en el contexto general. “Argumentación” se refiere a la acción y al efecto de argumentar. Esto quiere decir que la argumentación es “una actividad, pero también el resultado de esa actividad. En este sentido presenta una ambigüedad proceso-producto”<sup>665</sup> (algo que también se puede reconocer que ocurre en el caso de la interpretación<sup>666</sup>). En un sentido amplio, la argumentación, como proceso, puede ser entendida “como la producción de premisas que prueban o infieren una conclusión o tesis, que se considera el punto a defender”<sup>667</sup>. Es “un proceso en el cual se emplea el discurso razonado para defender o justificar una toma de posición acerca de una cuestión opinable”<sup>668</sup>.

---

<sup>665</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 49.

<sup>666</sup> Véase al respecto: LIFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, op cit.*

<sup>667</sup> BEUCHOT, Mauricio. *Ensayos marginales sobre Aristóteles*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 29.

<sup>668</sup> <sup>668</sup> BANDIERI, Luis María. “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”. En: PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, métodos y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 19

Ahora bien, argumentar (o razonar) significa “dar razones que justifiquen un determinado enunciado”<sup>669</sup>; viene a ser “una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar”<sup>670</sup>; implica “*presentar razones –o argumentos- a favor o en contra de algún punto de vista*”, al cual se puede denominar “pretensión”<sup>671</sup>. Argumentar, por lo tanto, equivale a fundamentar; y por ello consiste en “dar razones (rationales) de lo que se dice, o sea, justificar racionalmente un juicio o proposición”<sup>672</sup>.

Formalmente, argumentar consiste en “enhebrar argumentos”<sup>673</sup>. Ahora bien, un argumento es una razón<sup>674</sup>. Por ello, se puede decir que argumentación y razonamiento son cosas equivalentes, o más precisamente, la argumentación “resulta ser la expresión de un razonamiento”<sup>675</sup>. Un supuesto del acto de argumentar es que, quien argumenta “afirma o niega algo presentando esa afirmación o negación –su tesis- como verdadera o, cuando menos, como la correcta y más adecuada o ‘razonable’ para la situación”<sup>676</sup>. Quien argumenta, por lo tanto, no lo hace desde un punto de vista neutro, sino, todo lo contrario, asume una posición y pretende que esa posición sea tomada y aceptada como verdadera, correcta, adecuada o razonable. Si esto es así, por un principio de coherencia práctica, se ha de considerar que el

---

<sup>669</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op cit., p. 49.

<sup>670</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 256.

<sup>671</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación jurídica y teoría del Derecho: la crítica actual del positivismo jurídico*, op cit., p. 91.

<sup>672</sup> HERRERA, Daniel Alejandro. “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”. En: PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, métodos y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 170.

<sup>673</sup> BANDIERI, Luis María. Op cit., p. 18.

<sup>674</sup> BEUCHOT, Mauricio. Op cit., p. 29.

<sup>675</sup> BANDIERI, Luis María. Op cit., p. 18.

<sup>676</sup> Ibid., p. 19.

sujeto que argumenta, efectivamente, considera que esa postura o idea que va a sostener (defender) argumentando, es verdadera, correcta, adecuada o razonable. Caso contrario, cometería una incoherencia práctica. Ahora bien, cabe señalar, como acertadamente lo hace Atienza, que la actividad de argumentar puede ser muy compleja y construirse sobre “un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectados entre sí de muy variadas formas”<sup>677</sup>.

Ahora bien, se entiende por “argumento” a «un conjunto de proposiciones relacionadas de tal manera que una de ellas, denominada “conclusión”, se desprende o infiere de la otra o de las otras llamadas “premisas”. Es cualquier conjunto de proposiciones de las cuales se dice que una se sigue de las otras, que pretenden fundamentar o apoyar su verdad»<sup>678</sup>. Desde un punto de vista lógico, por lo tanto, un argumento no es simplemente una colección de proposiciones, sino que tiene una estructura, la cual se describe mediante los términos “premisas” y “conclusión”<sup>679</sup>. Por ello, de manera más precisa, se puede afirmar que un argumento es “un conjunto estructurado de proposiciones de tal modo que de unas (las premisas) se sigue otras (la conclusión)”; el argumento, por lo tanto, es “un encadenamiento de razones, de tal modo que unas se infieren a partir de otras”<sup>680</sup>. Las premisas vienen a ser las razones que sirven de justificación a la conclusión<sup>681</sup>. Es así que, en todo argumento, se puede reconocer al menos una proposición que actúa como premisa, y al menos otra proposición que actúa como conclusión (del argumento); y entre ambas (entre la o las premisas, y la conclusión) debe

---

<sup>677</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 256.

<sup>678</sup> CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho: teoría general; argumentación; razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 324-325.

<sup>679</sup> Ibid., p. 325.

<sup>680</sup> SANCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 89.

<sup>681</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1993, p. 122.

existir alguna relación de implicancia o inferencia (ya sea de tipo deductivo o inductivo); porque si esto último no ocurriese, no se tendría un argumento, sino una simple oración, o una “colección de proposiciones”<sup>682</sup>.

Que para que algo sea considerado un argumento necesita que entre premisas y conclusión haya una relación de implicancia, caso contrario se trataría de una mera “colección de proposiciones” o un párrafo u oración cualquiera, se puede notar mediante el siguiente ejemplo no jurídico. Si se tienen las siguientes tres proposiciones: A= “Sócrates es hombre”; B = “Sócrates es mortal”; C = “Todos los hombres son mortales”; se puede formar el clásico silogismo (argumento): “*Todos los hombres son mortales. Sócrates es hombre. Luego, Sócrates es mortal*”. Ahora bien, con las mismas proposiciones se puede construir un párrafo que no es un argumento, sino, simplemente, una oración, una colección o conjunto de proposiciones. Por ejemplo, en el siguiente caso: “*Es verdad que todos los hombres son mortales, así como también es verdad que Sócrates es hombre y que Sócrates es mortal*”. Como se ve, de ninguna de las anteriores proposiciones se hace desprender o inferir alguna de las otras proposiciones; por lo tanto, aquí no se está frente a argumento o razonamiento alguno, sino que se trata simplemente de una oración, donde se han encadenado una serie de proposiciones o enunciados.

Los argumentos no pueden ser caracterizados –como ya se dijo- como meras cadenas de proposiciones, sino, más bien, como acciones que se realizan a través del lenguaje<sup>683</sup>. Por ello, llevar a cabo una actividad argumentativa “significa aceptar que el problema de que se trata (el

---

<sup>682</sup> SANCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 89.

<sup>683</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia...op cit.*, p. 122.

problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito”. Ahora bien, como el problema tratado busca ser resuelto a través del lenguaje, entonces –implícitamente- se supone la renuncia a la solución mediante la fuerza física o la coacción psicológica. En eso, entonces, consiste argumentar: en renunciar a la fuerza física o a la coacción psicológica como medios de resolución de conflictos, en favor del uso del lenguaje<sup>684</sup>. Ahora bien, el hecho de que la argumentación se lleve a cabo mediante el lenguaje, supone que esta se exprese en un discurso, es decir, en una “serie más o menos ordenada de frases empleada para manifestar lo que se piensa o siente con respecto de alguien o algo”<sup>685</sup>; este discurso siempre está dirigido a un auditorio, que puede ser real o imaginario<sup>686</sup>. Con el término “auditorio” se quiere referir al “conjunto de aquellos a quienes el argumentante quiere influir con su argumentación o, en otras palabras, de aquellos cuya adhesión procura”<sup>687</sup>. Precisamente, una –si no es que la principal- meta de la argumentación, es lograr la “adhesión de los espíritus” (del auditorio)<sup>688</sup>. El procurar esta adhesión es necesaria desde el momento en que se asume que la cuestión o asunto sobre el que se argumenta no es evidente, sino opinable o dudoso. Y en la medida que sea opinable ocurre que existirán, al menos, dos posiciones distintas –o aún opuestas- sobre ese asunto. Por ello, siempre la argumentación está dirigida a o contra otro; lo que implica que el discurso argumentativo es siempre *dialogico*, es decir, justamente, dirigido a otro (preferentemente contra él), lo cual no quiere decir que sea siempre *dialogal*, es decir, que

---

<sup>684</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, op cit., p. 257.

<sup>685</sup> BANDIERI, Luis María. *Op cit.*, p. 18.

<sup>686</sup> Ibid., loc cit.

<sup>687</sup> Ibid, p. 19.

<sup>688</sup> Ibid., loc cit.

genere un diálogo efectivo<sup>689</sup>. Por lo demás, “*dia-logos* quiere decir, literalmente, a través o por medio de la palabra”<sup>690</sup>, lo cual reafirma la idea de que la argumentación es siempre una actividad que se realiza mediante el lenguaje.

Así pues, en toda argumentación es posible reconocer siempre los siguientes elementos:

1) Un lenguaje, es decir, argumentar es una actividad lingüística y un argumento es un producto lingüístico que se plasma en un conjunto de enunciados; 2) una conclusión, esto es, el punto final de la argumentación o el enunciado con que se cierra el argumento; 3) una o varias premisas, esto es, el punto de partida de la argumentación o los enunciados con que se abre el argumento; y 4) una relación entre las premisas y la conclusión. Estos elementos tienen que darse siempre, aunque quepa hablar de un argumento con premisas implícitas (que no es lo mismo que premisas inexistentes) o de una argumentación en la que alguno de sus pasos no consiste en una acción lingüística (pero que siempre podremos plasmar en un lenguaje)<sup>691</sup>.

De lo dicho hasta aquí, se pueden reconocer cuatro rasgos distintivos presentes en toda argumentación<sup>692</sup>:

1) Argumentar es siempre una actividad que implica un lenguaje; de hecho, es un uso específico del lenguaje, que se distingue de otros usos, como prescribir, describir, preguntar. Entonces, la argumentación es una actividad (lingüística) diferente a la actividad (lingüística) de prescribir o describir o preguntar algo; aunque para llevar a cabo la argumentación eventualmente se tenga que hacer descripciones, preguntas, etc<sup>693</sup>. Entonces, “si a un conjunto de actos lingüísticos lo identificamos como una argumentación, es porque interpretamos que su sentido (el sentido del conjunto) es el de sostener (refutar, modificar, etc.) una tesis, una

---

<sup>689</sup> Ibid., pp. 19-20.

<sup>690</sup> Ibid., p. 20.

<sup>691</sup> ATIENZA, Manuel. “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, op cit., p. 474-475.

<sup>692</sup> Véase: ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, op cit., pp. 72 y ss.

<sup>693</sup> Ibid., p. 73.



pretensión, dando razones para ello”<sup>694</sup>. Ahora bien, que la argumentación presuponga un lenguaje no significa que siempre para argumentar se requiera usar explícitamente el lenguaje. Lo que más bien significa es que un argumento puede siempre “traducirse lingüísticamente”<sup>695</sup>. Por ejemplo, yo puedo argumentar contra el nazismo simplemente mostrando una foto de un campo de concentración. Puede ser que no emita ninguna palabra; pero esta acción puede ser traducida lingüísticamente, ya que puede equivaler a decir: “el nazismo es inaceptable puesto que produjo esto (campos de concentración)”.

2. Una argumentación siempre presupone un problema, una cuestión debatible u opinable. Es el problema lo que genera la necesidad de argumentar, para –a través de la argumentación, es decir, de la actividad lingüística argumentativa- encontrar la respuesta o solución a ese problema<sup>696</sup>. Ahora bien, ciertamente otros usos del lenguaje pueden proponer respuestas a problemas o preguntas previamente formuladas. Por ejemplo, dar una orden puede, efectivamente, constituirse en la solución para un problema (por ejemplo, que se debe hacer en cierto momento) Pero lo que caracteriza a la argumentación de otros usos lingüísticos que pueden ofrecer respuestas, es que la argumentación *ofrece razones*, es decir, da respuestas racionales, justificaciones racionalmente sustentadas<sup>697</sup> (una orden, en cambio, no tiene que ser justificada racionalmente, no precisa de ofrecer razones; basta con el respaldo de la autoridad que la emite).

---

<sup>694</sup> Ibid., loc cit.

<sup>695</sup> Ibid., p. 74.

<sup>696</sup> Ibid., loc cit.

<sup>697</sup> Ibid., p. 75.

3) El lenguaje usado exclusivamente de manera descriptiva no puede ser considerado un argumento, aunque, eventualmente, pueda ser como parte de un argumento (por ejemplo, una premisa o aun la conclusión). Y es que “en el uso simplemente descriptivo o prescriptivo del lenguaje no puede hablarse de premisas y de conclusiones, pero una descripción o una prescripción puede (funcionalmente) jugar el papel de una premisa o una conclusión”<sup>698</sup>. En suma, la argumentación se caracteriza por ser una actividad que no se manifiesta en meras descripciones o prescripciones, aunque pueda valerse de ellas.

4) Por último, se considera que argumentar es una actividad racional no solo porque está dirigida a un fin, sino específicamente porque siempre hay criterios para evaluarla, es decir, siempre es posible evaluar si un argumento es bueno o malo; o sea, siempre es posible encontrar criterios para determinar si tal argumento es bueno o malo, (entendiéndose por “bueno”, a veces, como deductiva o inductivamente válido, y otras veces como sólido, relevante, eficaz, persuasivo, etc.)<sup>699</sup>.

Hasta aquí se han mencionado las características comunes a toda argumentación. Sin embargo, la argumentación propiamente jurídica tendría algunos rasgos definitorios (además de compartir los rasgos comunes a toda argumentación). Así, se puede reconocer que en la argumentación jurídica *se discute en torno a normas*. Como debe haber quedado claro, se puede argumentar en diversos contextos, por ejemplo, en el jurídico, pero también político, económico, moral, tecnológico, literario, etc. En otras palabras, en todo contexto en el cual haya la necesidad de ofrecer razones (o sea pertinente ofrecerlas) aparecerá la argumentación.

---

<sup>698</sup> Ibid., pp. 75-76.

<sup>699</sup> Ibid., p. 76.

Sin embargo, no en todos estos contextos se argumentará en torno a normas. Por ejemplo, un enólogo puede argumentar que el vino producido en tal región es mejor que el de tal otra; o un cirujano puede argumentar en contra de llevar a cabo una operación<sup>700</sup>. En estos contextos, si bien se realizan argumentaciones (puesto que se ofrecen razones a favor o en contra de una postura), no se argumenta en torno a normas, es decir, no tiene que ver propiamente con un *deber ser*. En cambio, hay otros ámbitos en los cuales sí se argumenta en torno a normas, o sea, en torno a algún deber ser. Por ejemplo, cuando se defiende una tesis política, la inocencia de un acusado o la moralidad de una conducta, “estamos discutiendo en torno a normas, estamos discutiendo acerca de lo que se debe o no hacer, discutimos sobre normas de carácter político, jurídico o, en su caso, moral”<sup>701</sup>. Tanto así que en cada una de estas argumentaciones (política, jurídica o moral), las conclusiones respectivas podrían ser: “*debe ser* aceptada esta tesis política”; “no *debe ser* condenado X” o “*debe ser* aprobada la conducta tal”.

Entonces, bajo una perspectiva más específica, la argumentación jurídica “consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué *debemos* (o no) comportarnos de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, *normativas o no*, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma”<sup>702</sup>. Es decir, la argumentación jurídica no consiste solo en dar razones para sustentar enunciados, cualquier enunciado, sino que esos enunciados deben ser normativos, por lo tanto, la argumentación jurídica supone dar razones para justificar enunciados normativos (enunciados de deber ser), los cuales se constituyen, por

---

<sup>700</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho...op cit.*, p. 49.

<sup>701</sup> Ibid., loc cit.

<sup>702</sup> Ibid., pp. 49-50

tanto, en las conclusiones de los respectivos argumentos. Ahora bien, es importante tener claro que es la conclusión la que debe ser normativa, es decir, una norma (un deber ser); no tanto así las premisas, que pueden o no serlo, aunque sí se necesita que *al menos una* premisa sea normativa (una norma):

(...) para hallarnos ante una inferencia práctica, normativa, lo importante es que su conclusión presente carácter normativo a pesar de que las premisas puedan presentar carácter normativo o no normativo, u ello con un solo límite: en efecto, no es necesario que todas las premisas del razonamiento sean normativas, pero entre las premisas de una argumentación normativa debe existir al menos una norma<sup>703</sup>.

La razón de que sea necesaria al menos una premisa normativa, es que, de no haberla no sería posible (válido) el paso del ser (hechos, lo no normativo) al deber ser (la norma)<sup>704</sup>. La derivación de juicios normativos a partir de solo cuestiones fácticas constituye incurrir en la llamada “falacia naturalista”; en otras palabras, es imposible (e inválido) pasar del “ser” al “deber ser”<sup>705</sup>.

Pero el hecho de ofrecer razones para fundamentar enunciados normativos no es lo único que distingue a la argumentación jurídica, ya que –como se ha visto- en otros contextos (v. gr., político, moral, etc.) también se ofrecen razones a favor o en contra de enunciados normativos (i.e., normas) o cuestiones de “deber ser”. Lo finalmente determinante de la argumentación jurídica es que se trata de una actividad en la cual se ofrecen razones a favor o en contra de enunciados normativos *jurídicos*. Los enunciados jurídicos son un tipo especial de enunciados normativos. No todos los enunciados normativos son jurídicos; puesto que también los

---

<sup>703</sup> Ibid., p. 50.

<sup>704</sup> Ibid., pp. 50-51.

<sup>705</sup> Un análisis crítico de la “falacia naturalista” puede encontrarse en: CIANCIARDO, Juan. “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”. En: *Dikaion – Lo Justo*. Bogotá: Universidad de La Sabana, año 18, número 13, noviembre de 2004, pp. 27-42.

enunciados políticos o los enunciados morales o éticos son enunciados normativos. Sin embargo, todos los enunciados propiamente jurídicos son enunciados normativos. Los enunciados (normativos) jurídicos son aquellos cuyo sistema de justificación se encuentra en un ordenamiento jurídico<sup>706</sup>.

Ahora bien, a propósito de la última afirmación, se pueden hacer dos precisiones. En primer lugar, si bien la argumentación jurídica no se ocupa directamente de la argumentación moral (que es otro tipo distinto); no obstante, también es cierto que ella no se desarrolla separadamente de la argumentación moral. En otras palabras, la argumentación jurídica no puede ignorar el razonamiento moral, en la medida que el razonamiento jurídico se halla estrechamente vinculado al moral<sup>707</sup>; al punto que no pocos autores plantean la llamada “unidad del razonamiento práctico”, es decir, que entre todos los tipos de razonamiento práctico (v. gr., el jurídico, político y moral) existe una unidad, se trata de una estructura unitaria<sup>708</sup>.

La segunda precisión es que la argumentación jurídica se desarrolla en una variedad de contextos, algunos de ellos muy disímiles, aunque, obviamente, todos vinculados al área jurídica. Así, se argumenta jurídicamente en el ámbito de la creación del derecho, por parte de los legisladores; en la aplicación del derecho (por parte de los jueces y otros magistrados, como los del Tribunal Constitucional o los miembros de tribunales administrativos, etc.); en la

---

<sup>706</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho...op cit.*, p. 52.

<sup>707</sup> Ibid., loc cit.

<sup>708</sup> Sobre la tesis de la unidad del razonamiento práctico, especialmente en la obra de Robert Alexy (uno de los autores que actualmente ha defendido de manera más consistente esta postura), puede consultarse: CABRA APALATEGUI, José Manuel. “La unidad del razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, número 33, 2010, pp. 109-128.

doctrina jurídica (cuando se escribe un artículo o libro de derecho, cuando se da una ponencia, en un debate, etc.); en la práctica forense (cuando se redacta un escrito, una demanda, o se elabora un informe, etc.), etc. Lo común aquí es que en todos estos contextos se tratan, de alguna manera, cuestiones jurídicas<sup>709</sup>.

Finalmente, una última característica que distingue a la argumentación jurídica de los otros tipos de argumentación práctica (argumentación moral, argumentación política, etc.) es que la argumentación jurídica presenta un carácter fuertemente institucionalizado<sup>710</sup>. Esto implica que la existencia de instituciones como la legislación o la judicatura, condiciona la argumentación al menos de dos formas: en un sentido, la limitan, ya que la argumentación jurídica no puede llevarse a cabo (válidamente) sin tomar en cuenta la legislación vigente, los precedentes jurisdiccionales y la doctrina (la denominada “dogmática jurídica”)<sup>711</sup>; todo lo cual “explica también que el argumento de autoridad cumpla en el Derecho un papel más importante que en la moral o en la política”<sup>712</sup>. Pero, en un segundo sentido, la existencia de instituciones también “cumple una función auténticamente expansiva” con respecto a la argumentación jurídica, “en cuanto que posibilita que puedan tomarse decisiones (...) respecto a problemas que de otra manera permanecerían sin solución, dificultando o haciendo imposible la vida social”<sup>713</sup>. Para poner solo un ejemplo simple, piénsese en todas las complicaciones que surgirían si no existiese un reglamento de tránsito que defina autoritativamente las faltas y establezca las sanciones para los infractores. Ante la ausencia de

---

<sup>709</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho...op cit.*, p. 53.

<sup>710</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, op cit.*, p. 49.

<sup>711</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>712</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>713</sup> *Ibid.*, loc cit.

una norma tal, se instalaría una grave incertidumbre, debido a que surgiría una continua e indefinida discusión acerca de qué es una falta y qué no, cómo deben establecerse las penalidades y cómo estas deben ser aplicadas, etc. Por ello, “la necesidad de resolver problemas de coordinación que surgen en cualquier sociedad desarrollada (...) justifica que en nuestras sociedades no existan únicamente normas de moral social, sino también normas jurídicas que se agrupan formando ordenamientos jurídicos”<sup>714</sup>.

Ahora bien, del hecho de que la argumentación jurídica tenga un carácter institucional, se va a derivar la consecuencia práctica de que, para evaluar adecuadamente una decisión jurídica (ya sea de manera positiva o negativa), se va a necesitar inevitablemente considerar esa decisión “dentro de un determinado contexto institucional”<sup>715</sup>; por lo tanto, no bastará con considerar en abstracto que la decisión tal o cual está justificada (o no), sino que, para llevar a cabo una evaluación correcta de la decisión jurídica se deberán considerar, además, otros factores de carácter institucional (por ejemplo, que tienen que ver con lo que permite la legislación vigente relativa al caso, lo que han establecido los precedentes aplicables, las opiniones que la doctrina pueda haber emitido acerca del tema o acerca de temas análogos, etc.).

En conclusión, la argumentación jurídica puede ser definida, específicamente, como aquella actividad lingüística que tiene como objetivo ofrecer, a través de un discurso, razones o argumentos (entidades racionales), a favor o en contra de un enunciado normativo jurídico, el cual expresa una tesis o postura en relación a un problema o cuestión debatible. Lo que se busca es dar respuesta o solución –a través de la argumentación, o sea el uso del lenguaje- a

---

<sup>714</sup> Ibid., pp. 51-52.

<sup>715</sup> Ibid., p. 52.

ese problema o cuestión debatible que motiva la argumentación, excluyendo así el uso de otras vías como la coacción psicológica o la fuerza física, y procurando la adhesión del auditorio a la tesis o postura propia.

### 2.3. *La función de la argumentación jurídica*

De manera general, se puede decir que la argumentación jurídica manifiesta su importancia de manera más relevante cuando se tiene que dar solución a los llamados “casos difíciles”. Aparentemente, la distinción entre “casos fáciles” (o rutinarios) y “casos difíciles” se debe al jurista estadounidense Roscoe Pound, durante los años 20; aunque Hart y, sobre todo, Dworkin han retomado esta distinción, el último especialmente en el contexto de su teoría de los principios y de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso jurídico<sup>716</sup>.

Un caso fácil viene a ser aquel en el cual “la norma es unívoca en su significado y la calificación del hecho es incontrovertible”<sup>717</sup>. Es decir, en los casos fáciles, “ni la norma, o normas aplicables, ni la comprobación de los hechos suscitan dudas razonables”<sup>718</sup>. En los casos fáciles, el resultado es una decisión no controvertida. Si se entiende que la solución del caso se puede “traducir” como un argumento o silogismo, entonces, en los casos fáciles se tiene que “la premisa mayor (normativa) no presenta ningún misterio ni disyuntiva semántica; y que la premisa menor, los hechos, tampoco admiten ninguna duda y pueden considerarse como incontrovertibles”<sup>719</sup>. En los casos fáciles, la justificación de la decisión dada por el

---

<sup>716</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 109.

<sup>717</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>718</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, op cit.*, p. 127.

<sup>719</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 110.



juzgador, es básicamente una cuestión lógica<sup>720</sup>. Se trata de una justificación meramente deductiva, por lo general. En estos casos, “la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación”<sup>721</sup>.

Los casos fáciles pueden, de manera general, ser representados a través del silogismo jurídico. En fin, los casos fáciles puede ser entendidos como aquellos “en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo”<sup>722</sup>. Los procesos de ejecución, por lo general, pueden considerarse como ejemplos de casos fáciles.

Un caso difícil, en cambio, es aquel que presenta “una *dificultad valorativa* que puede afectar al significado de la norma (*multisignificancia*) o a la verificación y/o comprensión de los hechos”<sup>723</sup>. Una característica definitoria de los casos difíciles es que en ellos no es posible inferir

(...) *deductivamente* una solución simple para la materia en litigio, por la razón de que los términos no son claros; o son vagos por ambiguos (...) Se requiere, por tanto, de otro tipo de argumentos para justificar la decisión. Estos argumentos pueden estar referidos, entre otros, a la forma en que se interpreta los textos normativos, a la forma en que se aprecian los hechos, o directamente al tipo de decisión final que se postula. Aun así (...) en teoría puede pensarse que ha de ser posible arribar a una solución que satisfaga las condiciones del caso, y que sea coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>724</sup>.

---

<sup>720</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho, op cit.*, p. 264.

<sup>721</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, op cit.*, p. 127.

<sup>722</sup> Ibid., loc cit.

<sup>723</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 111.

<sup>724</sup> Ibid., p. 112.

Un caso difícil, por lo menos en principio, “puede recibir más de una respuesta correcta: el caso plantea la necesidad de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto, y se presentan diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio, en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forme parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del ordenamiento”<sup>725</sup>. El hecho de que en los casos difíciles estén en juego valores o principios conlleva que la argumentación jurídica requerida en estos casos contenga inevitablemente siempre juicios morales<sup>726</sup> o referencias a la moral.

En los casos difíciles (si se parte de la estructura del silogismo jurídico, en el cual se tiene una premisa normativa y otra fáctica), las dificultades para encontrar una solución al caso pueden surgir ya sea de la premisa normativa o de la premisa fáctica (o de ambas). En otras palabras, un caso puede ser difícil ya sea por razones normativas o por razones fácticas (de hecho)<sup>727</sup>.

Entre las razones normativas que pueden hacer que un caso sea difícil, se pueden mencionar: “*problemas de relevancia*: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicables(s) al caso; o de *problemas de interpretación*: cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable”<sup>728</sup>.

Entre las razones fácticas que pueden hacer que un caso sea calificado como difícil, se pueden mencionar: “*problemas de prueba*: que se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o no lugar el hecho; o *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas se refieren a si un

---

<sup>725</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., p. 177.

<sup>726</sup> Ibid., p. 59.

<sup>727</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 264. Véase también: ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., p. 24.

<sup>728</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 265. Véase también: ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., pp. 29-31.

determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho en la consecuencia jurídica de una norma”<sup>729</sup>.

Por supuesto que en no pocas ocasiones, la dificultad de los casos difíciles se generará no por solo razones normativas o solo por razones fácticas, sino que provendrán no solo de cuestiones de tipo normativo como también factico.

Ahora bien, se había dicho antes que en los casos fáciles la solución se podía dar apelando meramente a la lógica. Pues bien, en los casos difíciles resulta que el recurso a la sola lógica es insuficiente. Esto no significa afirmar que en los casos difíciles la lógica no cumple un papel importante; por el contrario, aún sigue teniendo relevancia, lo que pasa (eso debe quedar claro) es que la lógica por sí sola no basta. En cambio, “se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico”<sup>730</sup>. En lugar de la sola lógica, lo que sustentará a las premisas será alguna teoría sobre las fuentes del Derecho, la interpretación jurídica, la valoración de las pruebas, o de manera general, una “determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso”<sup>731</sup>.

---

<sup>729</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 265. Véase también: ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., pp. 24-29.

<sup>730</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, op cit., p. 265

<sup>731</sup> Ibid., pp. 265-266. Acerca de los criterios mencionados: “(...) el **principio de universalidad o de justicia formal** que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera; el **principio de consistencia**, según el cual las decisiones han de basarse en premisas normativas y fácticas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas o con la información fáctica disponible; y el **principio de coherencia**, según el cual las normas deben poder subsumirse bajo principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido

Una gran cantidad de casos que son resueltos por los Tribunales Constitucionales o por las instancias más altas del Poder Judicial, resultan ser casos difíciles; específicamente aquellos que involucran la discusión en torno a valores, principios o derechos fundamentales (generalmente expresados en normas constitucionales o en normas que contienen los principios generales de algunas leyes, v. gr., el código penal, civil, etc.).

En conclusión, los casos difíciles son aquellos en los cuales “el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática. En tales casos, es necesario presentar argumentos adicionales –razones- en favor de las premisas, que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos, aunque eso no quiera decir tampoco que la deducción no juegue aquí ningún papel”<sup>732</sup>.

#### *2.4. Explicación, justificación y argumentación jurídica.*

##### 2.4.1. La distinción entre explicación y justificación

Explicar es algo distinto a justificar, fundamentar o motivar<sup>733</sup>. Para justificar o motivar algo, es necesario dar razones que, precisamente, justifiquen una acción; en cambio, una explicación

---

de que configuren una forma de vida satisfactoria (**coherencia normativa**), mientras que los hechos no comprobados mediante prueba directa deben resultar compatibles con los otros hechos aceptados como probados, y deben poder explicarse de acuerdo con los principios y leyes que rigen en el mundo fenoménico (**coherencia narrativa**)”. ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., p. 137.

<sup>732</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*, op cit., p. 127.

<sup>733</sup> Ciertamente, cabe precisar que el término “motivar” y el vinculado, “motivación”, son bastante ambiguos. La palabra “motivación” «parece referirse indistintamente a la “razón para decidir” y los “motivos sobre los que se apoya la decisión”». Así pues, si bien motivar –desde un punto de vista o bajo una acepción- es equivalente a justificación; también “motivar” puede significar “expresar los motivos y los motivos no son necesariamente razones justificatorias. Un motivo parece ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar. Por ejemplo, cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resulta extraño decir que Otelo quitó la vida a Desdémona *justificado* por los celos. Los celos explican la acción asesina de Otelo pero no la justifican”. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho: algunas cuestiones fundamentales*, op cit., pp. 135-136.

implica señalar los “antecedentes causales de una acción”<sup>734</sup>. Como se puede notar, en el caso de la explicación de lo que esencialmente se trata es de exponer hechos o cuestiones fácticas, que son las que funcionan como las causas de una determinada acción; mientras que en el caso de la justificación no se apela a simples hechos, sino a factores distintos, usualmente, razones normativas o de deber ser. Así pues, explicar una decisión significa “mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión”; mientras que justificar significa “ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión”<sup>735</sup>. El hecho de que explicación y justificación sean cosas distintas se evidencia en que pueden existir muchas acciones o decisiones que pueden ser explicadas, aunque no estén justificadas (o no nos parezcan justificadas). Por ejemplo, una sentencia puede ser emitida para congraciarse con la opinión pública mayoritaria con respecto al caso (esa es su explicación), pero violando el debido proceso (en ese caso, no estaría justificada)<sup>736</sup>.

De manera general, se puede decir que tanto en el caso de la explicación como en el de la justificación de lo que se trata es de ofrecer “razones”<sup>737</sup>; pero, en la explicación simplemente

---

No obstante lo dicho, en lo que sigue se usará la palabra “motivación” como sinónimo de justificación (o fundamentación), y el término “motivar” como sinónimo de justificar (o fundamentar). Queda, sin embargo señalado que se tratan de términos ambiguos, y que por lo mismo, pueden generar algunas confusiones.

<sup>734</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, op cit.*, p. 31.

<sup>735</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho, op cit.*, p. 254.

<sup>736</sup> *Ibid.*, loc cit.

<sup>737</sup> Para evitar confusiones, cabe aquí precisar que se pueden distinguir dos tipos de razones: las razones explicatorias y las razones justificatorias: “Las razones explicatorias se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos (...). Las razones justificatorias u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista”. NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 126. Además, parece necesario precisar de que “[l]a diferencia entre razones explicativas y las justificativas es, más que nada, una cuestión de perspectiva: algo puede contar como una razón explicativa, sin ser por ello justificativa (el deseo del juez de que su fallo no sea anulado), pero puede ocurrir que una razón explicativa tenga también fuerza justificativa (el que N sea una norma válida del Derecho D explica –es un factor causal de– la decisión del juez y constituye también una premisa de su

se exponen los hechos que han dado lugar a una acción, solamente se muestra una relación causa-efecto; en cambio, en la justificación de lo que se trata es de ofrecer “buenas razones”, que en el plano jurídico sería “la apelación a las normas que dirigen la acción sobre las que existía un acuerdo previo”<sup>738</sup>. Así pues, se podría decir que, mientras hablar de razones explicativas es hablar de las “razones por” (las que ocurrió tal hecho o se dio tal conducta), hablar de razones justificativas es hablar de las “razones para” (realizar algo o decidir algo). En resumen, la diferencia entre explicación y justificación está en que “en el primer caso se trata de identificar los factores que motivan al agente, mientras que en el segundo estamos hablando de los que deberían motivarle, con independencia de que lo hagan o no”<sup>739</sup>.

La distinción entre explicación y justificación (o entre razones explicativas y justificativas) puede quedar más clara con un ejemplo. Así, Juan podría decir que la razón por la cual acudió al hospital el lunes fue porque fue a visitar a María, que se encontraba internada por haber sufrido un accidente. Aquí estaríamos ante una explicación, es decir, se están dando razones explicativas de una conducta (en este caso, de la ida de Juan al hospital el lunes). El internamiento de María es la causa explicativa, o sea, la razón que explica el hecho, en otras palabras, el factor que ha motivado el resultado, que es que Juan haya ido al hospital el día lunes. Se trata en este caso de una cuestión meramente empírica: si se lograse comprobar que efectivamente María estaba internada en ese hospital, se tendría una explicación a la

---

justificación)”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 99.

<sup>738</sup> RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003, p. 36

<sup>739</sup> BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 43-44. CITADO por: RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *Op. Cit.*, p. 37.

realización de la visita; o lo que es lo mismo, se tendría la causa de esa visita. No obstante, con ello aún no se tiene una justificación del hecho, es decir, no se habrían dado aún las razones justificativas de la conducta. Para que se tenga esto (una justificación, o razones justificativas) se tendría que mostrar que la razón o razones causantes de la conducta son “buenas razones” para haberla llevado a cabo, esto quiere decir, que están respaldadas por algún deber, mandato o convención preexistentes, o en general, que existe algún factor que haga que se sustente como válidas las razones alegadas. Por ejemplo, el que Juan haya ido al hospital el lunes estaría suficientemente justificado si resulta que María es su madre, esposa o hermana. En este caso, vendría a estar justificada la acción porque se entiende que hay un deber de atención hacia los familiares cercanos; además, es fácil imaginar la preocupación que Juan haya sentido por la salud de su familiar. La existencia de un deber de cuidado hacia los familiares o la natural preocupación por la salud de un pariente cercano justifican (hacen válida) la acción de Juan. Por el contrario, si María fuese, por ejemplo, la prima de un antiguo vecino de Juan, entonces en este caso su ida al hospital no aparecería (al menos no plenamente) justificada (pues, de hecho, resultaría extraño y no muy válido que alguien se tome el trabajo de ir a visitar a una persona con la cual, en principio, parece que no le une una relación cercana; en todo caso, sería necesario algún factor justificativo adicional para justificar plenamente la conducta de Juan bajo estas circunstancias). Esto queda más claro si imaginamos, por ejemplo, que ese día lunes Juan tenía que dictar una clase, y por ir al hospital, no la da. Si ante la pregunta de por qué no cumplió con dar la clase, Juan responde que no lo hizo ya que ese día fue al hospital para visitar a María, habrá ya explicado la razón de su ausencia; pero, difícilmente se consideraría como justificada su falta si estamos en el supuesto de que María es la prima del vecino de Juan (en cambio, en el caso de que sea su madre o esposa, sí habría

justificación). Igualmente, en el mismo sentido, un escolar podría decir que faltó a sus clases porque prefirió quedarse en su casa para escuchar su música favorita en su nuevo equipo de sonido. Ahora bien, efectivamente puede haber sido esa (querer quedarse en casa para escuchar música) la razón por la cual no asistió a sus clases, y en ese sentido, explicó por qué no fue; pero en cualquier caso, su conducta no estará justificada, puesto que no califica como una “buena razón” para incumplir con una obligación estudiantil el deseo de quedarse en casa a escuchar música.

Claramente, de lo antes expuesto se puede notar que es posible que una acción pueda ser explicada, sin que esto implique –por sí solo- que, por ello, la acción está ya justificada. Por ejemplo, si un juez absuelve a un acusado porque este le da pena, entonces la compasión que el magistrado sintió por el procesado puede tenerse como la explicación (la causa) que generó la sentencia exculpatoria; sin embargo, esa sentencia no estaría justificada. Caso similar ocurre en nuestro ejemplo del estudiante.

Ahora bien, aunque ciertamente explicar y justificar son actividades distintas, esto no excluye que ambas operaciones, la de explicar y la de justificar, puedan entrecruzarse; de manera que, en no pocas ocasiones, la explicación del proceder de un magistrado al resolver una causa es que la respectiva decisión es la que ese magistrado infiere que es la que está justificada de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Además,

(...) un razonamiento que concluye con un enunciado práctico puede exigir como premisa algún enunciado descriptivo de hechos (de carácter, pues, teórico). Por ejemplo, para justificar la decisión consistente en condenar a X a la pena P, el juez construirá un razonamiento de la siguiente forma: “todos los que realicen actos de la clase Y deben ser condenados a la pena P; X ha realizado un acto de la clase Y; por lo tanto, X debe ser condenado a la pena P”;



la segunda premisa del argumento es un enunciado teórico, esto es, afirma que ha tenido lugar un determinado acto, y si el juez considera que ese enunciado es verdadero ha de ser porque dispone de razones que explican que efectivamente fue X el que realizó ese acto<sup>740</sup>.

Por último, cabría decir que, si bien “la obligación de justificar las decisiones no es consustancial con la existencia del Derecho”<sup>741</sup>, no obstante ello, especialmente hoy, en el contexto de los modernos Estados constitucionales de derecho, el razonamiento jurídico ha adquirido un carácter esencialmente justificativo, de manera que no es equivocado definir al razonamiento jurídico como “un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a justificar decisiones”<sup>742</sup>.

#### 2.4.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Justificación interna y justificación externa

##### **a) Contexto de descubrimiento y contexto de justificación**

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, en cierta medida, rescata la contraposición ciceroniana entre *inventio* y *iudicium*<sup>743</sup>. Proviene originalmente de la filosofía de la ciencia neopositivista<sup>744</sup>, y de allí se ha trasladado a la teoría de la argumentación jurídica, al punto de que una de las características de la denominada “teoría estándar de la argumentación jurídica”, es limitar el estudio de la argumentación jurídica al ámbito del contexto de justificación<sup>745</sup>. La distinción, en el plano epistemológico, fue

<sup>740</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, op cit., p. 255

<sup>741</sup> Ibid., loc cit.

<sup>742</sup> Ibid., pp. 254-255.

<sup>743</sup> GASCÓN ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 140.

<sup>744</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 100.

<sup>745</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, op cit., p. 51.

formulada por primera vez por Popper, aunque la denominación fue acuñada por Reichenbach<sup>746</sup>.

En el ámbito de la filosofía de la ciencia, la distinción corresponde a la diferenciación entre aquellos criterios de validación de una teoría científica, que es lo que correspondería al contexto de justificación; frente al proceso a través del cual se llega a formular o descubrir una teoría, lo cual corresponde al contexto de descubrimiento<sup>747</sup>. Lo que se busca es “trazar un criterio de la delimitación entre el análisis lógico de una teoría científica y las investigaciones empíricas de carácter psicológico, sociológico o histórico”<sup>748</sup>.

Quienes defienden la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en el plano epistemológico, consideran que el teórico o filósofo de la ciencia

(...) se ocupa de cuestiones lógicas, es decir, se ocupa de la estructura lógica, de las relaciones lógicas que se dan entre los *enunciados* que describen observaciones –no de observaciones- y, tanto las leyes como las teorías que estos enunciados confirman o refutan. “Sus preguntas –dice Popper- son del tipo: ¿puede justificarse un enunciado?; en caso afirmativo, ¿de qué modo?, ¿es contrastable?, ¿depende lógicamente de otros enunciados?, ¿o los contradice quizá?”. Tales cuestiones sólo surgen después de que las teorías han sido formuladas. De ahí que en este tipo de análisis –dicen estos autores- se deje de lado todo lo relacionado con la naturaleza del descubrimiento científico. **La forma en que efectivamente se “descubre” o enuncia una teoría (contexto de descubrimiento) se considera de interés para el psicólogo o el sociólogo, mientras que al filósofo lo que le interesa es la determinación acerca de por qué aceptarla o rechazarla y, para ello su única preocupación es el análisis de las relaciones lógicas que se dan entre los enunciados que expresan la teoría o hipótesis**<sup>749</sup> [énfasis nuestro].

---

<sup>746</sup> NETTEL, Ana Laura. “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 5, octubre de 1996, p. 109.

<sup>747</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, *op cit.*, p. 51.

<sup>748</sup> *Ibid.*, pp. 51-52.

<sup>749</sup> NETTEL, Ana Laura. *Op cit.*, p. 109.

En ese sentido, al contexto de descubrimiento pertenecen

(...) cuestiones tales como: de qué manera se llega a dar con una buena hipótesis, o qué condiciones sociales, psicológicas, políticas o económicas pueden ayudar a dar con una hipótesis valiosa<sup>750</sup>.

Popper, para dejar en claro que la cuestión de cómo se llegan a formular las hipótesis y teorías (el “descubrimiento” de ellas) no es una cuestión que pueda ser analizada por la lógica, y por lo tanto, no incumbe a la labor del teórico o filósofo de la ciencia, dice:

He dicho más arriba que el trabajo del científico consiste en proponer teorías y en contrastarlas.

La etapa inicial, el acto de concebir o inventar una teoría, no me parece que exija un análisis lógico ni sea susceptible de él. La cuestión acerca de cómo se le ocurre una idea nueva a una persona —ya sea un tema musical, un conflicto dramático o una teoría científica— puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico<sup>751</sup>.

Se tiene entonces que, en el plano epistemológico, se distinguiría entre lo que es descubrir o enunciar una teoría, lo cual no sería “susceptible de un análisis de tipo lógico”, y ante lo cual solo se puede “mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico”, lo que es tarea de sociólogos e historiadores de la ciencia<sup>752</sup>. Esto es así porque las cuestiones de hecho escapan al análisis lógico; y como esas cuestiones de hecho pertenecen al contexto de descubrimiento; por lo tanto, el análisis lógico no se interesa por el contexto de descubrimiento, no siendo este, en consecuencia, objeto de examen de la teoría o filosofía de la ciencia. Ahora bien, por otro lado, en cambio, “está el procedimiento consistente en

---

<sup>750</sup> RUDNER, Richard. *Filosofía de la Ciencia Social*. Madrid: Alianza Editorial, 1973, p. 22. CITADO por: NETTEL, Ana Laura. *Op cit.*, pp. 109-110.

<sup>751</sup> POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*, *op cit.*, p. 30.

<sup>752</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 31.

justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez”; tarea la cual exige un análisis lógico y se rige por el método científico (el cual no se aplica en el contexto de descubrimiento)<sup>753</sup>.

Ahora bien, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación ha pasado del ámbito científico al ámbito jurídico, obviamente con algunas modificaciones. Así, si en el contexto de descubrimiento aparecían las motivaciones psicológicas o sociológicas que condicionaron la aparición de un determinado conocimiento científico, traspasadas estas ideas al campo del derecho lo que se tendrá es que, en el contexto de descubrimiento se ubicarán las motivaciones psicológicas o sociológicas que condujeron a que se tome una determinada resolución judicial<sup>754</sup>. Por otra parte, en el contexto de justificación “(...) se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión (...) Lo esencial desde el contexto de justificación es, en sede de argumentación jurídica, el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante”<sup>755</sup>. Por lo tanto, a nivel de la argumentación, la distinción sirve para diferenciar entre “el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión” y “el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión”<sup>756</sup>. Específicamente, en relación con la argumentación jurídica, sirve para “trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión

---

<sup>753</sup> Ibid., loc cit.

<sup>754</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 140.

<sup>755</sup> Ibid., loc cit.

<sup>756</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, op cit.*, p. 32.

ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada)”<sup>757</sup>. En suma,

(...) una cosa sería el proceso psicológico, sociológico, etc., mediante el cual un juez (o un conjunto de jueces: un tribunal) llega a tomar una decisión respecto a un determinado caso, y otra cosa la fundamentación que ofrece (de manera más o menos explícita) de la decisión. (...) una cosa sería encontrar las razones que le permiten *explicar* por qué tal juez (o los jueces en general) tomó (tomaron) tal decisión respecto a tal caso: razones explicativas (...). Y otra cosa analizar las razones que puedan justificar tal decisión, que la hagan aparecer como correcta, aceptable o debida (...) <sup>758</sup>.

Teniendo en cuenta esta distinción es que, por regla general, a los órganos jurisdiccionales y administrativos se les exige justificar sus decisiones, mas no explicarlas <sup>759</sup>.

Una consecuencia de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, es decir, de la disociación entre el proceso de elaboración y su justificación, es que “permite restringir el campo de estudio de la teoría de la argumentación jurídica en torno al contexto de justificación, dejando la investigación de los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica [es decir, el contexto de descubrimiento] en manos de la psicología y la sociología”<sup>760</sup>.

Otra precisión con respecto a la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación en el plano de la argumentación jurídica, es que esta distinción no coincide con la diferenciación entre discurso descriptivo y discurso prescriptivo, ya que se pueden enunciar descripciones como prescripciones tanto en el contexto de descubrimiento como en el de

---

<sup>757</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 140.

<sup>758</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, *op cit.*, p. 99.

<sup>759</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *op cit.*, p. 32.

<sup>760</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, pp. 140-141.

justificación<sup>761</sup>. Así, es posible describir cómo se toma una decisión, como también prescribir cómo debería tomarse; por otro lado, es posible describir las razones justificativas dadas por los jueces, como también prescribir cuáles deberían ser esas razones<sup>762</sup>.

Ahora bien, como se ha dicho, la teoría de la argumentación jurídica se ubica en el contexto de justificación. Además, se acaba de mencionar que tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación es posible que se den discursos descriptivos como prescriptivos. Es por ello que, la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica” pretende ser descriptiva pero también prescriptiva: pretende “mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también (...) cómo se deberían justificar. Parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas (...)”<sup>763</sup>

Ciertamente, se ha criticado la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales (en otras palabras, la utilidad del contexto de justificación). Para los críticos, lo que ocurre en la realidad es que el juez ante un caso concreto lo que hace primero es decidir la solución y luego la justifica “racionalmente”, “vistiéndola” con un ropaje jurídico. Representantes destacados de esta postura son los autores del llamado realismo norteamericano; de hecho, fue con el propósito de refutar las tesis de estos autores que, precisamente, se planteó inicialmente la adaptación de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación al ámbito de lo jurídico<sup>764</sup>. Para los realistas las sentencias son desarrolladas de manera

---

<sup>761</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 32.

<sup>762</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 100.

<sup>763</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 34.

<sup>764</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 100. Atienza señala que fue Wasserstrom quien en un libro de 1961 trasladó por primera vez la distinción al plano jurídico, con el objetivo de responder a las tesis realistas. Por lo demás, es interesante señalar que Wasserstrom no cita a ningún filósofo de la ciencia, ni siquiera a Reichenbach. ATIENZA, Manuel. *Ibid.*, loc cit.

retrospectiva, es decir, partiendo de las conclusiones y luego elaborando las justificaciones; a la par que se afirma que las decisiones no están basadas más que en los impulsos de los jueces, pero no en las leyes o principios jurídicos<sup>765</sup>. Esto lleva a los realistas a cuestionar la teoría deductiva como descripción correcta de la decisión judicial; en su lugar, para ellos los factores fundamentales que explican cómo se llega a una decisión son las intuiciones, la personalidad del juez o sus deseos y preferencias<sup>766</sup>.

Pues bien, aun cuando esto sea cierto (que lo puede ser en no pocos casos), la cuestión principal (relacionada con la argumentación jurídica) “no es cómo se llega a una decisión jurídica, sino sólo si esa decisión es justificable jurídicamente”<sup>767</sup>. Porque se entiende que la teoría de la argumentación jurídica “no debe detenerse a analizar los elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos” que llevan a una determinada decisión por parte de las autoridades; es decir, a la teoría de la argumentación jurídica “no le concierne analizar las motivaciones de quienes deciden; ello corresponde al contexto de descubrimiento y no es de relevancia para el análisis de la justificación. Un análisis que tome en cuenta este tipo de elementos (...) está explicando y no analizando las razones que sostienen la decisión, es decir, no se ocupa de ver si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas”<sup>768</sup>.

Es claro que el error de estos críticos es que ellos confunden contexto de descubrimiento con contexto de justificación; en otras palabras, “no haber distinguido entre el proceso del descubrimiento, en el que los realistas pueden tener razón, y el proceso de justificación”<sup>769</sup>.

---

<sup>765</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., pp. 35-36.

<sup>766</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 101.

<sup>767</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 141.

<sup>768</sup> NETTEL, Ana Laura. *Op cit.*, p. 115.

<sup>769</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 101.

Porque, de hecho es posible que las decisiones (al menos algunas) se tomen “retrospectivamente” o que sean resultado de prejuicios, pero “ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible”<sup>770</sup>. A su vez, en la medida de que es algo distinto la forma en que los jueces llegan a una determinada decisión, del hecho de que esta esté o no justificada, es que “la posibilidad de justificar una decisión no resulta negada por el hecho de que la lógica no ofrezca una descripción adecuada (...) del proceso de decisión”<sup>771</sup>.

Así pues, en el ámbito jurídico, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, lleva a que se excluya las consideraciones acerca de la forma en la cual efectivamente se producen las decisiones jurídicas, es decir, lleva a excluir el análisis de las decisiones jurídicas en su contextos histórico, sociológico y psicológico. Esto implica que la manera en la cual de hecho razonan los jueces, la evaluación que hacen de las pruebas, etc., por pertenecer al ámbito de lo que sucede de hecho, lo contingente, “no son susceptibles de un análisis lógico y deben en consecuencia, quedar excluidas de las preocupaciones de la teoría de la argumentación jurídica”<sup>772</sup>.

Otra precisión que habría que mencionar es que, en la medida de que la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación en el derecho no coincide totalmente con la que se plantea en la ciencia, hay ciertos elementos que no gozan exactamente del mismo significado en el plano jurídico que aquel que tienen en epistemología. Específicamente,

---

<sup>770</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 36.

<sup>771</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 103.

<sup>772</sup> NETTEL, Ana Laura. *Op cit.*, pp. 115-116.



“descubrir” y “justificar” no significan lo mismo en ciencia que en derecho<sup>773</sup>. En el ámbito de la ciencia, “descubrir” puede significar alcanzar cualquier idea, incluso las hipótesis tentativas; pero también puede significar decidir aceptar una determinada hipótesis<sup>774</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta este segundo sentido, resultará que es marcadamente distinto descubrir una regularidad o una ley científica, de decidir llevar a cabo una acción (absolver o condenar a alguien, declarar una inconstitucionalidad, etc.). “Descubrir no es decidir, sino encontrar algo, digamos un acto de conocimiento (...). Y decidir es realizar una acción, por lo tanto, un acto de voluntad, si bien la decisión ha de basarse en tales y cuales descubrimientos sobre cómo es el mundo”<sup>775</sup>. Por otro lado, “justificar” tampoco significa lo mismo en ciencias que en el plano jurídico: justificar una decisión (jurídica) implica un razonamiento práctico, es decir, un razonamiento en el cual al menos una premisa es una norma (“entidad que tiene una dirección de ajuste mundo a mente”); en cambio, justificar una teoría científica supone un razonamiento teórico, donde las premisas son, más bien, enunciados descriptivos (es decir, enunciados que “tienen una dirección de ajuste mente a mundo”)<sup>776</sup>.

Finalmente, cabe precisar que, con todo, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en el derecho no puede hacerse de una manera tajante; de forma tal que, por ejemplo, en el proceso real de la motivación judicial es difícil llevar a cabo completamente esta separación. De hecho, “[l]a obligación de motivar las decisiones significa en principio la obligación de justificarlas. Pero el Derecho (...) pretende regular también el

---

<sup>773</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 102.

<sup>774</sup> Ibid., pp. 102-103.

<sup>775</sup> Ibid., p. 103.

<sup>776</sup> Ibid., loc cit.

contexto de descubrimiento, de toma de decisión (...)”<sup>777</sup>. La realidad de esto queda en evidencia en la existencia de instituciones jurídicas como la independencia y la imparcialidad judicial: la primera “significa esencialmente que el juez sólo puede utilizar como razones en las que basar su decisión (...) las que provienen del Derecho”; la segunda “no se refiere a qué razones pueden funcionar como premisas, sino a cierta actitud que asegure que el juez no se decante hacia una de las partes”<sup>778</sup>. Como se puede notar, en ambas instituciones el objetivo es regular el contexto de descubrimiento, estableciendo condiciones relativas a cómo deben tomarse las decisiones (cómo se debe llegar a decidir): en el primer caso, limitando cuáles son las razones que pueden ser consideradas como válidas para fundamentar una decisión; y en el segundo caso, estableciendo una determinada actitud del juez ante las partes.

## **b) Justificación interna y justificación externa**

### i. Los conceptos de justificación interna y justificación externa

Centrándonos en el contexto de justificación, es posible llevar a cabo, a su vez, una distinción entre justificación interna y justificación externa. Esta distinción (bastante usual en el plano de la teoría de la argumentación jurídica) fue planteada inicialmente por Jerzy Wróblewski e incorporada por Robert Alexy y MacCormick a sus teorías, aunque este último usa una terminología distinta: justificación de primer orden (equivalente a la interna) y de segundo orden (equivalente a la externa)<sup>779</sup>. Brevemente, la justificación interna es de carácter lógico-deductivo, y consiste en “el paso de las premisas a la conclusión”; mientras que la justificación

---

<sup>777</sup> Ibid., p. 105.

<sup>778</sup> Ibid., loc cit.

<sup>779</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 149.

externa consiste en “la justificación de las premisas”, lo cual exige algo más que el recurso a la sola lógica deductiva<sup>780</sup>. Más precisamente, la “justificación interna se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas; se reduce, pues, a una cuestión de lógica deductiva (la teoría del silogismo judicial). Mientras que la justificación externa se refiere a la justificación de las premisas, lo que no puede hacerse sin recurrir a teorías que no pueden ser ya meramente formales: teorías sobre la interpretación, sobre la valorización de la prueba, etc.”<sup>781</sup>; en otras palabras, en la justificación externa se “somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de las premisas”<sup>782</sup> de la inferencia.

En la justificación interna, una vez que el juzgador ha establecido las premisas fácticas y las premisas normativas, la justificación de la conclusión es solo una cuestión de lógica; es decir, justificar significa que la inferencia (el paso de las premisas a la conclusión) es lógica o deductivamente válida. Así pues, aceptar las premisas impone aceptar también la conclusión; en otras palabras, el aceptar las premisas implica que la conclusión está justificada. Ninguna decisión jurídica puede carecer de justificación interna<sup>783</sup>. No obstante, esta justificación solo resulta suficiente “cuando ni la norma o normas aplicables, ni la comprobación de los hechos suscitan dudas razonables”; lo que significa que “la lógica deductiva resulta necesaria y suficiente como mecanismo de justificación para los casos jurídicos fáciles o rutinarios”<sup>784</sup>. En este tipo de casos, de manera general, puede considerarse que la labor argumentativa se limita a llevar a cabo una inferencia deductiva válida (más allá del hecho de que los casos fáciles muestren otras complicaciones, como la existencia de un número elevado de normas que

---

<sup>780</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, op cit., p. 68.

<sup>781</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, op cit., p. 46.

<sup>782</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 61

<sup>783</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, op cit., p.127.

<sup>784</sup> Ibid., loc cit.

deben ser aplicadas, o la necesidad de pasar de una solución indeterminada existente en un código –por ejemplo, en el código penal, donde se pueden establecer cosas como: “pena privativa de la libertad mayor a...”- a una solución plenamente determinada en una sentencia – digamos, seis años)<sup>785</sup>. El resolver un caso fácil, entonces, se asemeja (de manera general) a llevar a cabo una operación similar a que se representa a través del “silogismo judicial”<sup>786</sup>.

Ahora bien, como se ha dicho, además de los casos fáciles existen los llamados casos difíciles (que, como ya se ha dicho, son de los que se ocupa principalmente la teoría de la argumentación jurídica). En estos casos, el establecimiento de las premisas fácticas o normativas exige nuevas argumentaciones (distintas a las expuestas antes), y que pueden ser deductivas o no<sup>787</sup>. Aquí, el establecimiento de las premisas normativas o las premisas fácticas es problemático; por lo tanto, resulta necesario presentar argumentos o razones adicionales en favor de las premisas, los cuales, quizá, ya no sean solo argumentos deductivos (aunque aún se mantenga la necesidad de la lógica)<sup>788</sup>. En estos casos, entonces, no se podrá recurrir solo a la justificación interna, sino que se necesitará apelar a la justificación externa, aquella que consiste en “mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas”<sup>789</sup>. De hecho, “en los casos difíciles la tarea de argumentar en favor de una decisión se centra precisamente en la justificación externa. La justificación interna sigue siendo necesaria, pero no es ya suficiente y pasa, por así decirlo, a un segundo plano de importancia”<sup>790</sup>. Es, por tanto, en buena medida, la insuficiencia de la justificación interna en los casos difíciles que hace que se exija recurrir a la

---

<sup>785</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 61.

<sup>786</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 149.

<sup>787</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 61

<sup>788</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, op cit., p.127.

<sup>789</sup> Ibid., p. 128.

<sup>790</sup> Ibid., loc cit.

justificación externa, a fin de “encontrar criterios que permitan revestir con racionalidad aquella parte de la justificación que escapa a la lógica formal. [De hecho, l]a justificación externa pretende cubrir la laguna de racionalidad que se verifica en los ‘saltos’ o ‘transformaciones’”<sup>791</sup>.

La justificación externa constituye la instancia última en la elaboración de los argumentos de un razonamiento legal; por ello, supone el uso de razones últimas (vinculadas de manera general con alguna valoración) para fundamentar una decisión jurídica<sup>792</sup>. Entonces, justificar en este sentido (último) equivale a “respaldar en valoraciones los diversos argumentos que se obtienen durante las operaciones de interpretación, prueba, calificación e inferencia, y a justificar, en última instancia, las valoraciones mismas”<sup>793</sup>. Esta labor de justificación externa aparece como necesaria en algunas situaciones, tales como: al elegir una norma positiva en los casos de concurso de normas y no existe una regla de precedencia clara; cuando se atribuye validez jurídica a las normas; cuando se atribuye sentido a las normas al interpretarlas; cuando se decide que ciertos hechos están probados o no; al construir una norma ante la presencia de una laguna normativa; al elegir las premisas vinculadas con la decisión final del caso; cuando se formulan conclusiones que no se derivan deductivamente de las premisas presentadas; en los casos de decisiones *contra legem*, siempre que sea razonable adoptarlas; cuando se toman decisiones que no siguen a la conclusión generada de los razonamientos inferidos; cuando se apela a principios y valores; etc.<sup>794</sup>. De esta enumeración se puede concluir que la justificación externa trata de las valoraciones que se dirigen a respaldar las actividades que comprometen

---

<sup>791</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 150.

<sup>792</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, p. 201.

<sup>793</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>794</sup> *Ibid.*, pp. 202-203.

decisiones intermedias y decisiones en sentido propio del operador, es decir, decisiones que no se derivan de la obviedad del lenguaje o de los hechos, debido a que implican una elección entre posibilidades o alternativas normativas no previamente establecida<sup>795</sup>.

En suma, en lo referente a la actividad argumentativa, mientras la justificación interna “es tan sólo cuestión de lógica deductiva”, en “la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto”<sup>796</sup>. Con todo, habría que precisar que la primera afirmación, relativa a la justificación interna podría verse matizada, ya que es posible plantear que la justificación interna, si bien tiene que ver con la lógica, no se reduce, sin embargo, a las relaciones de inferencia deductiva entre premisas y conclusión. En ese sentido, se ha planteado que ese modo de definir la justificación interna (limitada a la lógica deductiva) “resulta limitado porque deja de lado los otros tipos de inferencias, y de vínculo pretensión-respaldo (...). De admitirse tal supuesto, habría que decir que los razonamientos de carácter inductivo o razonables no tienen justificación interna, lo cual no resulta del todo convincente (...)”<sup>797</sup>.

Así pues, se tiene que la justificación externa aparece como necesaria ante la insuficiencia de la justificación interna, es decir, ante la insuficiencia del razonamiento meramente lógico o formal. Ahora bien, según MacCormick, cuatro serían los problemas que afectan a la justificación interna y que muestran su insuficiencia: los problemas de relevancia, los problemas de interpretación, los problemas de prueba y los problemas de calificación de los

---

<sup>795</sup> Ibid., pp. 203-204.

<sup>796</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op cit., p. 61.

<sup>797</sup> SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Op cit.*, pp. 102-103.

hechos. Los dos primeros grupos de problemas afectan a la premisa normativa; los otros dos afectan a la premisa fáctica.<sup>798</sup>

Los *problemas de interpretación* se dan cuando no queda claro cómo interpretar la norma. Estos problemas se derivan de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje. Los *problemas de relevancia* aparecen cuando nos preguntamos qué normas son relevantes para el caso en cuestión. Eventualmente, puede ocurrir que para un caso no exista una norma específica aplicable, aunque sí existan normas que se puedan aplicar por analogía. En estos casos, la aplicación por analogía debe sustentarse en una justificación externa, la cual debe tener como objetivo encontrar la “identidad de razón” que permita justificar la aplicación de una norma a un caso distintos pero análogo al que regula; en otras palabras, se trata de justificar por qué el caso tratado puede considerarse “semejante” a los regulados por la norma<sup>799</sup>.

En cuanto a los *problemas de prueba*, lo que se busca es establecer que entre un enunciado del pasado (digamos, “x mató a y”) y una serie de enunciados sobre el presente hay congruencia. No se trata de una cuestión meramente deductiva<sup>800</sup>. Finalmente, los *problemas de calificación* se refieren no a los hechos, sino a la calificación jurídica de los hechos. Hay que tener presente que lo que interesan no son los hechos “brutos”, sino los hechos interpretados o calificados jurídicamente: “Sólo traducidos adecuadamente al lenguaje del Derecho los hechos adquieren una condición relevante”<sup>801</sup>.

---

<sup>798</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 168.

<sup>799</sup> *Ibid.*, pp. 169-170.

<sup>800</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>801</sup> *Ibid.*, p. 173.

Por último, cabe mencionar que existen algunas condiciones que pueden indicar la existencia de una adecuada justificación externa. Principalmente se pueden mencionar la consistencia y coherencia, la universalidad y el consecuencialismo<sup>802</sup>. Con *consistencia* se quiere decir “lógicamente compatible”; de manera que dos normas serían inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles (por ejemplo, cuando una manda lo opuesto a la otra). La *coherencia* quiere decir respeto a los valores que unifican al ordenamiento jurídico: se debe procurar estar en consonancia con los valores presentes en el ordenamiento. La *universalidad* significa la exigencia de tratar de la misma forma a todos los casos cuyas propiedades relevantes sean iguales, y de manera diferente a los casos que tengan propiedades relevantes diferentes. Ahora bien, cabe señalar el hecho que la universalidad requiere determinar previamente las propiedades relevantes de un caso; esta operación en no pocas oportunidades es problemática, lo cual muestra la dificultad de cumplir en la práctica con el requisito de universalidad. Finalmente, el *consecuencialismo* supone evaluar las conductas moralmente en función de sus consecuencias, de manera que una conducta será buena (y por lo tanto, correcta o debida) si sus consecuencias son buenas. En ese sentido, una decisión estará justificada si las consecuencias de ella son moralmente buenas, o las mejores posibles.

#### ii. Criterios de distinción entre justificación interna y justificación externa

Según señalan Gasón y García Figueroa, la distinción entre justificación interna y justificación externa puede hacerse sobre la base de hasta dos criterios distintos. El primero tiene que ver con la consideración del carácter lógico-deductivo del razonamiento jurídico; el segundo criterio tiene que ver con el carácter sistemático (es decir, de pertenencia a un sistema jurídico)

---

<sup>802</sup> Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op. Cit.*, pp. 173-181



o extra sistemático (es decir, de no pertenencia a un sistema jurídico, o sea, estar fuera de él) de las premisas. Estos criterios, de forma usual, aparecen combinados a la hora de establecer la distinción entre estos dos tipos de justificación. En efecto, ocurre usualmente que cuando se determina en qué consiste la justificación interna, se señala que esta es aquella basada en criterios lógico-deductivos, a partir de normas presentes en el sistema jurídico. En cambio, la justificación externa sería aquella justificación que no se desarrolla sobre la base de criterios deductivos y que parte de premisas extra sistemáticas, es decir, no presentes en el sistema jurídico. Como se puede notar, al definir de lo que tratan cada una de estos dos tipos de justificación tenemos que se mencionan, a la vez, dos criterios distintos: el carácter lógico-deductivo o no del razonamiento justificativo; y la pertenencia o no al sistema, es decir, el carácter sistemático o extra sistemático de las premisas. El primer criterio está vinculado con el problema de la aplicación de la lógica al derecho; el segundo, a la cuestión de los límites entre derecho y moral. En otras palabras, el primer criterio diferencia a la justificación interna y externa en tanto sea una justificación lógico-deductiva o no; mientras que el segundo criterio diferencia a la justificación interna y externa en tanto sea una justificación basada en normas sistemáticas o extra sistemáticas<sup>803</sup>.

Según el primer criterio señalado, la justificación interna es una justificación lógico-deductiva, mientras que la justificación externa es una justificación que no tiene carácter lógico-deductivo<sup>804</sup>. Obviamente, el primer problema que plantea este criterio es la posibilidad de poder (o no) aplicar la lógica al derecho<sup>805</sup>, puesto que solo si se acepta esta posibilidad tiene

---

<sup>803</sup> Ibid., p. 151.

<sup>804</sup> Ibid., pp. 151-152.

<sup>805</sup> Ibid., p. 152.

sentido afirmar que tal o cual justificación es “lógico-deductiva” (o no). Aunque no es un tema que quepa profundizar ahora, habría que precisar que la cuestión de la aplicación de la lógica al derecho ha sido objeto de grandes debates. Uno de los argumentos más sólidos contra la posibilidad de aplicar la lógica al derecho parte del hecho de que la lógica trabaja con proposiciones, es decir, con enunciados que pueden ser calificados de verdaderos o falsos; en cambio, el derecho (y en general, las disciplinas deontológicas, como la moral) trabaja con normas, es decir, formulaciones de las cuales no se puede predicar ni verdad ni falsedad: de las normas se puede decir que son eficaces (o ineficaces), válidas (o inválidas), justas (o injustas), pero no verdaderas o falsas<sup>806</sup>. Con todo, tendría que quedar claro que la lógica, aunque útil sin lugar a dudas, no puede abarcar todos los aspectos de la filosofía jurídica; limitándose a ser de importancia en los aspectos formales (que no son todos, obviamente).

Con respecto al segundo criterio de distinción entre tipos de justificación, este punto de vista establece que lo que distingue a la justificación interna de la externa

(...) es el carácter respectivamente intra- o extrasistemático de las premisas normativas. Es decir, la justificación interna es aquella que recurre a normas del sistema jurídico. La justificación externa es aquella que, por el contrario, se basa en normas que no pertenecen al sistema jurídico. Desde este punto de vista, la justificación interna se orienta a la justificación de la decisión sobre la base de normas jurídicas (...). La justificación externa es, en cambio, el conjunto de razones que no pertenecen al Derecho y que fundamentan la sentencia. Entre estas razones pueden hallarse normas consuetudinarias, principios morales, juicios valorativos, etc.<sup>807</sup>.

Ahora bien, para establecer cuándo una premisa es intrasistemática y cuándo es extrasistemática (o lo que es lo mismo, cuándo está dentro del sistema y cuándo no pertenece a

---

<sup>806</sup> ATIENZA, Manuel. *Tres lecciones de teoría del derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2000, p. 80.

<sup>807</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Op cit.*, p. 161.

él), previamente será necesario conocer dónde se encuentran los límites del sistema jurídico, y para establecer estos límites antes se deberá de disponer de un concepto claro de Derecho, de forma que así se pueda distinguir entre las normas propiamente jurídicas, de aquellas que pertenecen a la moral, religión, costumbres, etc.<sup>808</sup>.

### *2.5. Concepciones de la argumentación jurídica*

A partir de lo dicho en el punto anterior, es posible determinar que el objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica se ubica en el plano del contexto de justificación (y no en el de descubrimiento), centrándose en la justificación externa de las decisiones (y no mucho en la justificación interna). Ahora bien, la teoría de la argumentación jurídica se ha centrado en la justificación externa de los enunciados que no son ni empíricos ni normas jurídicas<sup>809</sup>. Es así, entonces, que el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica se encuentra limitado negativamente en tres niveles:

En primer lugar, se prescinde de las motivaciones de orden psicológico o de otra naturaleza que hayan podido intervenir en el contexto de descubrimiento; en segundo lugar, la justificación externa se manifiesta a partir del de la justificación interna, es decir, la justificación externa comienza donde termina la interna y, por último y más concretamente, la argumentación jurídica tiene lugar sobre aquellos enunciados que no son ni reglas de Derecho (pues su justificación no correspondería a una teoría de la argumentación jurídica propiamente sino a una teoría de la validez jurídica) ni a enunciados empíricos (cuya justificación corre a cargo de las ciencias empíricas, las reglas de la carga del proceso o las máximas de la presunción racional)<sup>810</sup>.

Ahora bien, resulta que no existe una sola forma de entender y estudiar la argumentación. Así, Manuel Atienza ha distinguido entre tres concepciones de la argumentación jurídica: formal,

---

<sup>808</sup> Ibid., pp. 161-162.

<sup>809</sup> Ibid., p. 162.

<sup>810</sup> Ibid., p. 163.

material o sustantiva, y pragmática (la cual, a su vez, se puede subdividir en dialéctica y retórica<sup>811</sup>); las cuales representarían tres distintas maneras de entender y estudiar la argumentación y los argumentos (jurídicos)<sup>812</sup>. Ahora bien, se distingue entre concepciones de la argumentación de lo que es concepto de la argumentación, en la medida de que los elementos presentes en toda argumentación (y, por ello, constitutivos del concepto de argumentación) pueden, no obstante, interpretarse de diversas maneras, de forma que se puede poner énfasis en alguno de los elementos en lugar de los otros<sup>813</sup> (de ahí que surjan distintas “concepciones de la argumentación”).

La primera concepción, es decir, la concepción formal de la argumentación es propia de la lógica. La pregunta básica es: ¿qué se puede inferir a partir de unas premisas determinadas?<sup>814</sup> Tiene que recordarse que, según la lógica deductiva, un argumento será válido si se cumple que siempre que las premisas sean verdaderas la conclusión también será verdadera. Por lo tanto, desde el punto de vista de la lógica deductiva, la validez de un argumento no depende del contenido de verdad de las premisas y de la conclusión<sup>815</sup>. Así pues, si por ejemplo tenemos el siguiente argumento simple: “Si Luis es notario, entonces Luis es abogado. Luis es notario. Entonces, Luis es abogado”; se trata de un argumento válido, porque reproduce un esquema argumentativo válido, en el cual la conclusión se deriva de las premisas. Esto es independiente de que *en la realidad* efectivamente Luis sea o no sea notario. En todo caso, lo que hace válido al argumento es que *si se suponen* verdaderas las premisas, entonces, necesariamente deberá ser verdadera la conclusión (cosa que se daría en este caso; cosa

---

<sup>811</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación, op cit*, p. 77.

<sup>812</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación, op cit.*, p. 39.

<sup>813</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación, op cit*, p. 76.

<sup>814</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho, op cit.*, p. 258.

<sup>815</sup> *Ibid.*, loc cit.

distinta es saber si efectivamente las premisas son verdaderas, por ejemplo, que Luis es notario, lo cual es, más bien una cuestión epistemológica). Y es que en realidad la lógica “no se interesa por los argumentos en cuanto tales, sino por los esquemas de los argumentos; la lógica permite controlar la corrección de las inferencias (el paso de las premisas a la conclusión), pero desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la validez material de los mismos y de su fuerza de persuasión”<sup>816</sup>. Así pues, las argumentaciones meramente formales “no tienen que ver con la realidad, sino que hacen abstracción de cómo es realmente el mundo”<sup>817</sup>. Esa abstracción del mundo incluye no tomar en cuenta quién es el que afirma o niega tal o cual tesis, el contexto, el propósito que se busca, los motivos, etc.; en otras palabras, “la solución del problema es la que es, con independencia de quién sea el que lo sostenga, en qué circunstancias, con qué propósito, etc.”<sup>818</sup>.

En buena cuenta, en la concepción formal lo que garantiza el paso de las premisas a la conclusión serán reglas meramente formales, es decir, reglas cuya aplicación no exige entrar a considerar la verdad o corrección de las premisas. Esto se aplica tanto para la lógica deductiva clásica, como en las llamadas “lógicas divergentes”, como en la lógica de la relevancia<sup>819</sup>, es decir, aquella que modifica la noción clásica de inferencia para evitar consecuencias “irrelevantes”<sup>820</sup>. También en estas, como en la lógica deductiva clásica, se aplican criterios

---

<sup>816</sup> Ibid., p. 259.

<sup>817</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, op cit., p. 80.

<sup>818</sup> Ibid., p. 81.

<sup>819</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, op cit., pp. 40-41.

<sup>820</sup> En la lógica deductiva tradicional se permite que, a cualquier proposición se le pueda agregar cualquier otra mediante la disyunción. Así si se tiene “p”, de ahí se puede derivar válidamente: “p v q”. De forma tal que si, por ejemplo, se tiene: “Luis es abogado” (“p”), se puede derivar válidamente: “Luis es abogado o Luis es ingeniero” (“p v q”). Poniendo esto en un contexto jurídico, implica que, si por ejemplo se tienen unos enunciado como: “Si X cometió homicidio, entonces debe ser sentenciado a veinte años de pena privativa de la libertad”, y “X cometió homicidio”; entonces la lógica deductiva tradicional permite derivar válidamente la conclusión: “X debe ser sentenciado a veinte años de pena privativa de la libertad”; pero también se puede derivar, con toda validez lo

formales, los cuales, para ser aplicados no necesitan de considerar el contenido de las premisas<sup>821</sup>.

Esta concepción formal se manifiesta básicamente cuando se desea resolver problemas a partir de datos o premisas preestablecidos, así como de reglas de inferencia ya determinados, no tomando en cuenta la verdad o corrección de los datos, como, por ejemplo, cuando alguien resuelve los ejercicios de un libro de lógica<sup>822</sup>.

En la segunda concepción, es decir, en la concepción material, la perspectiva es diferente, en la medida que la argumentación

(...) se ve ahora como un proceso consistente en dar *buenas* razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar que una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción<sup>823</sup>.

Ahora bien, para que se pueda dar esto.

(...) no basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundamentado) y que supongan razones relevantes para la conclusión. El centro de gravedad se desplaza, por tanto, de los aspectos formales a los materiales, de la inferencia a las premisas<sup>824</sup>.

Lo más resaltante aquí es que en esta concepción (material) sí importa si las premisas que se afirman son verdaderas; cosa que en la concepción lógica no ocurría. Esta segunda manera de

---

siguiente (por regla de adición): “X debe ser sentenciado a veinte años de pena privativa de la libertad o X debe ser dejado en libertad”. Obviamente, la segunda parte de esta proposición compleja es irrelevante (puesto que no se debe dar, además de ir contra nuestras propias intuiciones); aun así, la lógica deductiva clásica la permite. Para evitar que se den este tipo de conclusiones “irrelevantes”, la lógica de la relevancia limita el uso de las reglas de la lógica deductiva estándar, quedándose solo con las reglas de eliminación.

<sup>821</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación, op cit.*, p. 41.

<sup>822</sup> ATIENZA, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 21-II, 1998, p. 39.

<sup>823</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho, op cit.*, p. 259.

<sup>824</sup> *Ibid.*, loc cit.

argumentar es la que se plantea frente a problemas “sustantivos”, es decir, aquellos que “hacen referencia teórica o prácticamente al mundo, de manera que no cabe hacer ya abstracción del contenido de verdad o de corrección del punto de partida, de las premisas”<sup>825</sup>. Los problemas científicos, técnicos y morales planean situaciones que generan procesos de argumentación de índole “material”. La concepción material de la argumentación se puede encontrar, entre otros, en la tópica jurídica, es decir, “aquella técnica del pensamiento que tiene como finalidad resolver un problema (*aporía*), analizar las distintas alternativas de solución (*topoi*) y como fundamento el reconocimiento general o el sentido común (*iendoxa*)”<sup>826</sup>.

Haciendo un análisis comparativo entre los problemas de índole formal y aquellos de índole material, se puede encontrar que la diferencia entre ambos reside en que

La solución argumentativa (o el aspecto argumentativo de la solución) de un problema material requiere que se use alguna forma de argumento (aunque no necesariamente una forma deductiva), de manera que podría decirse que, en ese sentido, la concepción material de la argumentación presupone la formal. Pero en la concepción material la cosa no se acaba aquí, no se acaba en las formas, sino que lo esencial es el contenido. Quien tiene que solucionar un problema material no puede adoptar en relación con los enunciados que funcionan como premisas una actitud hipotética, descomprometida, como ocurría en la concepción formal, sino que tiene que comprometerse con su verdad o corrección y, en consecuencia, con la verdad o corrección de la conclusión (...). En la concepción material de la argumentación no se hace, pues, abstracción del contenido, aunque sí –al menos hasta cierto punto- de las peculiaridades, de la situación, de quienes argumentan<sup>827</sup>.

---

<sup>825</sup> ATIENZA, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”, op cit., p. 40.

<sup>826</sup> DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. “La tópica”. En: *Revista Alegatos. Órgano de difusión del Departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades*. México D.F. Universidad Autónoma Metropolitana, número 32, 1996, p. 4. Disponible en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/29/32-14> >

<sup>827</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, op cit., p. 84.

Por otro lado, en la tercera concepción, la pragmática, la argumentación es concebida, básicamente, como una interacción entre una pluralidad de sujetos (dos o más), es decir, en buena cuenta, en una interacción social. Aquí la pregunta central será: ¿cómo puedo persuadir al otro o a los otros de algo? Ahora bien, para lograr esa persuasión se pueden usar procedimientos muy distintos según el contexto, que pueden abarcar, desde una disputa airada hasta un diálogo racional<sup>828</sup>. No obstante, “en cualquier caso, la argumentación discurre según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes –el flujo de los argumentos- y tiene como finalidad persuadir a un auditorio” (el cual puede consistir en una sola persona)<sup>829</sup>. Justamente, en la medida que la finalidad que se busca es persuadir a un público, es que esta concepción es “pragmática”, en la medida de que “lo central aquí son los efectos que producen las argumentaciones y porque se tiene en cuenta, de manera esencial, las circunstancias, los roles y las acciones de quienes argumentan”<sup>830</sup>.

Esta concepción de la argumentación aparece básicamente “en situaciones en que interactuamos con otro (o con otros) para lograr que ellos (o terceras personas) acepten ciertas tesis (respetando ciertas reglas, y a partir de algunos presupuestos comunes)”<sup>831</sup>, tales como los debates políticos o en ciertas discusiones cotidianas. Se trata, por lo tanto, de una interacción lingüística; de manera que la argumentación aparece como “un acto de lenguaje complejo que tiene lugar en situaciones determinadas”<sup>832</sup>. En esta concepción argumentativa se hace presente un tipo de racionalidad especial, la racionalidad de “las reglas del juego”, en la cual “las reglas de que se compone no se entienden como válidas para fundamentar en el

---

<sup>828</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*, op cit., p. 259, p. 260.

<sup>829</sup> Ibid., loc cit.

<sup>830</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, op cit., p. 86.

<sup>831</sup> ATIENZA, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”, op cit., p. 40.

<sup>832</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, op cit., p. 48.



contenido, o sea, en la sustancia, el resultado del propio procedimiento, sino solamente para intentar ponerlo preventivamente a resguardo de los ataques de los disidentes”<sup>833</sup>.

Ahora bien, se ha dicho que esta concepción puede dividirse en dos: dialéctica y retórica. En la primera, en la concepción dialéctica de la argumentación, cada uno de los intervinientes en el diálogo se apoya en lo dicho por el otro dialogante, o en lo que se desprende de lo que este ha dicho, para construir su argumentación<sup>834</sup>; en tanto que los criterios de corrección usados tienen un carácter procedimental<sup>835</sup>. En cambio, en la argumentación retórica el expositor u orador, para lograr persuadir a su auditorio, recurre a apoyarse en ideas o creencias que los destinatarios del discurso poseen. Esto implica que en la concepción retórica “no se hace en absoluto abstracción de las condiciones que rodean a quienes participan en la argumentación, sino todo lo contrario”<sup>836</sup>; para persuadir a los destinatarios, es decir, al auditorio, el orador aprovecha la existencia de sentimientos, emociones, ideas, creencias, etc., del auditorio, y trata de usarlas para reforzar su argumentación y convencer a sus oyentes. En tanto que en lo referente a la corrección en la concepción retórica, en esta no puede hablarse de la existencia de reglas de procedimiento, ya que en este caso no se tiene a dos personas dialogando o discutiendo, contraponiendo sus ideas; sino que, más bien, lo que hay es un orador que busca persuadir al auditorio mediante su discurso. Siendo así las cosas, lo que se da para establecer la corrección de la argumentación no son “reglas procedimentales, sino más bien reglas técnicas que, por así decirlo, sólo se aplican a una parte, al orador, y cuyo no seguimiento

---

<sup>833</sup> ATIENZA, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”, *op cit.*, p. 42.

<sup>834</sup> ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, *op cit.*, p. 87.

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 89.

tiene como consecuencia, simplemente, la no persuasión, el que no se logre el efecto buscado”<sup>837</sup>.

En suma,

La argumentación es, pues, vista aquí básicamente como una actividad, como un proceso, cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento (de comportamiento lingüístico) de los sujetos que intervienen en la misma (...).

(...) la argumentación, de acuerdo con esta tercera perspectiva, consiste también en lenguaje, pero lo que aparece destacado es el aspecto pragmático del lenguaje, y de ahí que la argumentación sea inconcebible haciendo abstracción de los sujetos que argumentan. La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro<sup>838</sup>.

Ahora bien, si bien se trata de tres distintas concepciones de la argumentación, eso no impide reconocer en ellas algunas características comunes. Así, en las tres concepciones lo que origina la argumentación es un problema, aunque en cada caso tiene una naturaleza distinta: formal, sustantivo (teórico o práctico, ya sea moral o técnico) o político. En las tres concepciones, además, se pueden reconocer premisas y conclusiones, así como de pasos (reglas) para derivar de las primeras lo segundo. No obstante, cabe otra precisión, y es que en cada caso la naturaleza de las premisas y la conclusión será diferente: en la concepción formal las premisas y la conclusión son enunciados; en el caso de la concepción material, su naturaleza es discutible (pudiendo concebirse como “contenidos proposicionales”); mientras

---

<sup>837</sup> Ibid., p. 94.

<sup>838</sup> ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, op cit., pp. 49-50.

que, finalmente, en la concepción pragmática, las premisas y la conclusión serían “hechos convencionales”<sup>839</sup>.

(...) en los tres supuestos, el lenguaje es fundamental, o sea, que la argumentación se da siempre en un lenguaje, pero, en cada caso, se destaca un aspecto o un eje distinto del lenguaje: en el primer caso, lo que se privilegia es el aspecto sintáctico, puesto que se hace abstracción de las relaciones del lenguaje con el mundo y con los usuarios; en el segundo caso, sería el lado semántico, el contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión; y en el tercero, el pragmático: la aceptación por parte de los usuarios y destinatarios de la argumentación<sup>840</sup>.

Por otro lado, puede reconocerse que cada una de las respectivas concepciones se persigue determinados fines abstractos particulares: la concepción formal busca mostrar la validez de las inferencias; la concepción material busca mostrar en qué se debe creer o qué se debe hacer; finalmente, la concepción pragmática tiene como fin lograr que los demás acepten determinada tesis. En este mismo sentido, en cada una de las concepciones se presentan reglas o criterios para proceder de modo que se puedan alcanzar cada uno de los mencionados fines. En la concepción formal tenemos a las reglas de deducción; en la concepción material, a las teorías científicas, técnicas y morales; mientras que en la concepción dialéctica se tiene a las reglas previamente aceptadas<sup>841</sup>.

En conclusión, queda claro que en cada una de las diferentes concepciones de la argumentación se resalta un aspecto especial de la argumentación. En el primer caso, en la concepción formal se resalta el hecho de que se construyan argumentos deductivos o formalmente correctos, es decir, inferencias válidas (desde el punto de vista formal). En el

---

<sup>839</sup> Ibid., pp. 42-43

<sup>840</sup> Ibid., p. 43

<sup>841</sup> Ibid., loc cit.

segundo caso, en la concepción material lo que se destaca es el contenido y la forma en la cual se construyen las premisas de la argumentación: en este caso importan los contenidos de las premisas y saber si estas son efectivamente verdaderas o falsas en relación con la realidad. Por último, en la concepción pragmática, lo que se resalta es el aspecto de que los argumentos (y la argumentación) debe ser persuasiva, capaz de convencer; por lo tanto, lo que se destaca es el peso o fuerza persuasiva de los argumentos.

## 2.6. *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*

En el primer número de *Doxa*<sup>842</sup>, la conocida revista española de filosofía del derecho, se sometió a cincuenta de los más destacados teóricos del derecho del mundo a una encuesta que, bajo el título de “Problemas abiertos en la filosofía del derecho”, buscaba conocer la opinión de estos estudiosos acerca de cuáles creían que eran los temas actuales que tenían más importancia para el quehacer de su disciplina. Dos de las preguntas del cuestionario fueron las siguientes: “¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles crea que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?”<sup>843</sup>. Pues bien, un buen número de los entrevistados respondió que entre los “problemas abiertos” a tomar en cuenta destacan los relacionados con la argumentación en el Derecho (interpretación, justificación y motivación de las decisiones jurídicas, y su fundamentación racional)<sup>844</sup>. Cabe, entonces, preguntarnos, ¿por

---

<sup>842</sup> *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante. Seminario de Filosofía del Derecho, año 1, n° 1, 1984.

<sup>843</sup> «Presentación». En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Op. Cit., p 8.

<sup>844</sup> Véase al respecto en el ya citado primer número de *Doxa* las respuestas dadas por los siguientes teóricos del Derecho: Aulis Aarnio, Robert Alexy, Manuel Atienza, Héctor-Neri Castañeda, Ronald Dworkin, Eusebio Fernández, Letizia Gianformaggio, G. Kalinowski, Francisco Laporta San Miguel, Javier de Lucas, Carlos

qué este interés actual por la argumentación jurídica?, ¿a qué se debe que esta haya alcanzado un lugar de primer orden entre los temas de discusión en la actual teoría jurídica?

Particularmente, consideramos que el interés actual por la argumentación jurídica se debe a la confluencia de una serie de factores, tanto propiamente académicos como sociales, políticos y culturales<sup>845</sup>. No nos es posible tratar de todos ellos *in extenso*, en tanto que excederíamos los límites de esta parte del trabajo; no obstante, podemos recalcar que este interés por la argumentación jurídica, hoy por hoy, no es solo una realidad que se da entre los teóricos, sino que también –fácil es comprobarlo- entre los “operadores prácticos” del derecho (el juez, el abogado litigante, etc.). Por ello, es posible afirmar que este fenómeno tiene una dimensión académica, así como una proyección en lo social.

Ahora bien, si el interés y progresivo desarrollo del estudio de la argumentación en el ámbito del derecho fuese un mero suceso de alcance académico (una especie de ejercicio intelectual, de valor más que todo teórico, sin mayores implicancias –al menos inmediatas- en lo práctico) suficientemente podríamos explicar su origen en los diversos cambios producidos en la teoría del derecho desde mediados del siglo XX en adelante. Efectivamente, si bien es cierto que desde mucho antes hubo una preocupación por parte de los teóricos del derecho por el estudio de las condiciones y forma de la fundamentación (racional) de las decisiones y las argumentaciones jurídicas; también es cierto que este estudio, generalmente, se hacía desde una perspectiva que privilegiaba el enfoque lógico-deductivo, de forma tal que lo que se

---

Santiago Nino, Alexander Peczenick, Gregorio Robles, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel, Michel Troper, G. H. von Wright, Ota Weinberger y Jerzy Wroblewski.

<sup>845</sup> Una exposición no muy extensa y bastante precisa de los factores que explicarían el auge actual de la argumentación jurídica se puede encontrar en: ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Op cit., pp 15-19

entendía (casi exclusivamente) como fundamentación (racional) tenía que ver con la corrección lógica, con la adecuada estructura lógica del razonamiento jurídico (y principalmente judicial), de manera tal que se cumpla con que de determinadas proposiciones<sup>846</sup>, asumidas como premisas, se siga válidamente una proposición final, aceptada como conclusión. Así, en este esquema, el razonamiento correcto y la decisión bien fundamentada se basaban en la formulación de un (correcto) silogismo<sup>847</sup>.

Pues bien, la visión tradicional arriba referida, comienza a verse desplazada hacia inicios de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, comienza lo que ha venido a llamarse la “crisis del positivismo jurídico”. Esta crisis implicó, entre otras cosas, la crítica a las posiciones normativistas y a aquellas posturas que identificaban fundamentación jurídica con fundamentación lógica de la decisión –o en todo caso, consideraban a esta última como privilegiada-. En contraposición, aparecen una serie de propuestas antipositivistas; y si bien no todas negarán que la lógica cumpla algún papel en el derecho, sí todas le otorgarán un lugar secundario y, sobre todo, enfrentarán a la lógica con

---

<sup>846</sup> Habría que aclarar que algunas de estas “proposiciones”, en realidad, técnicamente no eran propiamente proposiciones, ya que se trataba de normas, es decir, enunciados a los cuales no cabe aplicárseles la propiedad de verdad o falsedad (característica definitoria de lo que es una proposición en lógica). Con todo, esto parece que no generaba mayor problema en aquellos que aspiraban a construir razonamientos silogísticos a partir de normas, quienes, al parecer, si no es que por desconocimiento, tal vez por comodidad asumían la ficción de que cualquier enunciado, aún normativo, puede asumirse como proposición. Acerca del carácter propositivo de los enunciados normativos hay abundante bibliografía. Nos limitamos a indicar tres textos: el primero se defiende la tesis del carácter propositivo de las normas; el segundo plantea que las normas no son proposiciones, pero remiten o implican enunciados aseverativos acerca del mundo (los cuales sí pueden ser verdaderos o falsos); el tercero, examina la estructura de las proposiciones propias de la ciencia jurídica. Véase: KLUG, Ulrich. «Acerca de la estructura lógica de las normas» En: *Problemas de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial SUR S.A., 1966, pp 31-45. MIRO QUESADA, Francisco. «Teoría de la deducción jurídica». En: MIRO QUESADA, Francisco. *Ensayos de filosofía del derecho*. Lima: Universidad de Lima, 1988, pp 125-156. BULYGIN, Eugenio. «Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho». En: ALCHOURRON, Carlos E. (y) Eugenio BULYGIN. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp 331-338

<sup>847</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. «¿Ha muerto la teoría legal?». En : *Ius et Veritas*. Lima: Pontificia Universidad del Perú, año 16, n° 32, 2006, p 278

otras formas de fundamentación racional, que serían –afirman- más acordes con la naturaleza del derecho. Es así como estas corrientes rescatan, como otras formas de fundamentación racional, a la tópica, a la retórica y a la dialéctica. Aparecen así, entre otras, la teoría del “logos de lo razonable” del español Luis Recaséns Siches, la “nueva retórica” de Chaïm Perelman y los estudios sobre la tópica jurídica del alemán Theodor Viehweg.

A partir de aquí, los estudios acerca del razonamiento jurídico y sobre la argumentación en el derecho se hacen más complejos (y, en consecuencia, el interés académico por ellos mayor), en la medida que ya no toman en cuenta solo el aspecto lógico del razonamiento y la argumentación jurídica, sino que entran a considerarse otras dimensiones que también estarían presentes cada vez que se configura el discurso jurídico (como por ejemplo, la apelación a *topoi* o “lugares comunes”, como sustento de las afirmaciones o conclusiones que presentamos en una demanda o consulta; el uso de figuras retóricas para persuadir o enfatizar nuestro alegato en un juicio; etc.) y que no podrían explicarse como simples derivados o variaciones de la dimensión lógica ni pueden reducirse a ella, sino que irían más allá de la lógica (extralógicas).

Pero, lo que hasta aquí hemos expuesto (el surgimiento de corrientes antipositivistas que empiezan a poner atención a los aspectos extralógicos que estarían presentes en el razonamiento jurídico y que, más bien, critican la idea de fundamentación jurídica como – básicamente- fundamentación lógica) funcionaría como explicación suficiente si es que el auge actual de la argumentación jurídica se diese sólo en el plano académico y su proyección se limitase solo a este ámbito. Pero lo cierto es que el interés por la argumentación jurídica no se circunscribe hoy por hoy a esta esfera, sino que también se da en el espacio de la sociedad

en general, es más, tiene una perspectiva social y una importancia práctica. Pues bien, creemos que esto último ha logrado darse principalmente gracias a las características peculiares de las sociedades actuales, específicamente nos estamos refiriendo al establecimiento de la democracia deliberativa como modelo político<sup>848</sup> y del Estado constitucional de derecho como ideal jurídico-político de Estado<sup>849</sup>.

Ciertamente, también ocurre que la aceptación de la perspectiva argumentativa puede resultar más fácil dependiendo de la cultura jurídica de cada país, o sea, de “las actitudes que la gente en general y los juristas en particular tienen hacia el Derecho y hacia la sociedad”. Así, por ejemplo, en opinión de Stephen Toulmin -referida por Manuel Atienza-, la cultura jurídica europea resulta mucho menos propensa que la estadounidense a adoptar el punto de vista argumentativo<sup>850</sup>. Sin embargo, este hecho (las diferencias entre culturas jurídicas) por sí solo no nos parece suficiente para explicar el interés tan amplio que tiene hoy en día la

---

<sup>848</sup> Sobre la democracia deliberativa como modelo político, sus problemas y su relación con las sociedades modernas, la bibliografía es enorme, ya que es tema de estudio no sólo de las ciencias jurídicas y políticas, sino también de otras disciplinas, como la filosofía y la sociología. Destacamos por su claridad y por ser fácilmente accesibles (además de proporcionar una visión crítica): HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000 (específicamente los capítulos 5, 6 y 7); HERNANDO NIETO, Eduardo. «Las teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la libertad, la igualdad y la virtud?» En: *Deconstruyendo la legalidad: Ensayos de teoría legal y teoría política*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Fundación Academia Diplomática del Perú, 2001, pp 239-275 (y específicamente pp 261-270); COHEN, Joshua. «Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa». En : *Metapolítica*. México D.F., Centro de Estudios de Política Comparada, volumen 4, n° 14, abril/junio 2000, pp 24-47; BOHMAN, James. «La democracia deliberativa y sus críticos». En: *Metapolítica*. México D.F., Centro de Estudios de Política Comparada, volumen 4, n° 14, abril/junio 2000, pp 48-57

<sup>849</sup> La bibliografía acerca del Estado constitucional de derecho es copiosa. Destacamos los siguientes títulos por la prolijidad con que tratan el asunto: GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1977; DIAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998. THESING, Josef (compilador). *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 1999. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999; WOLFGANG BOCKENFORDE, Erns. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

<sup>850</sup> Cft. ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Op cit., pp. 24-26



argumentación jurídica. Como sustento de nuestra impresión basta indicar que, aún en los sistemas y sociedades “más propensos a la argumentación” (como el anglosajón), la obligación institucional y formal de fundamentar las decisiones de carácter jurídico (no solo judiciales) es relativamente reciente. Es por eso que, a nuestro juicio, los factores más importantes son, más bien, el “cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del «Estado legislativo» al «Estado constitucional»”<sup>851</sup>; junto con la consolidación de la democracia como modelo político (la cual exige, como fuente de su legitimidad, el consentimiento de los sujetos, consentimiento que en general se logra a través de la consulta y la deliberación, condiciones que por lo demás suponen y alientan el ejercicio argumentativo).

Ahora bien, ya en el capítulo I de esta tesis se ha explicado el tema del desarrollo hacia el modelo de Estado constitucional de derecho. La pregunta, entonces, es: ¿cómo se relaciona todo ese desarrollo hacia el Estado constitucional con la argumentación jurídica? Pues en lo siguiente: el paso del Estado legislativo al Estado constitucional implica el fin de la soberanía absoluta del Legislativo y, por ello, que el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) termina por entenderse como un poder limitado y que, en ese sentido, “tiene que justificarse en forma mucho más exigente”. Esto supone que ahora ya

No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional [...] supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón [...] Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento

---

<sup>851</sup> ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Op cit., p 17

cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de la decisiones de los órganos públicos.<sup>852</sup>

Es decir, en la medida que el Estado constitucional supone el máximo sometimiento del poder al Derecho (aún más que en el Estado legislativo, ya que en Estado constitucional hasta el legislador debe someterse a la constitución), entonces ese poder, en su proceder necesitará de una mayor justificación para su actuar, ya que ahora no le bastará con su sola autoridad ni con solo alegar la validez del procedimiento para lograr la legitimidad de sus decisiones; además requerirá de justificaciones sustantivas, las que para configurarse plenamente deberán recurrir a una sólida argumentación jurídica.

### **3. La interpretación de normas constitucionales derrotables**

En esta sección se vincularán los tres ejes centrales de este trabajo: la interpretación jurídica, el Estado constitucional de derecho y la derrotabilidad de las normas. El objetivo será exponer cómo el nuevo contexto jurídico-político del Estado constitucional incide en la interpretación de las normas jurídicas. Esta incidencia, además, no se da de una manera indirecta o ligera, sino, por el contrario, es bastante relevante. Es más, lo que se sostiene en esta tesis es que la forma en la cual se lleva a cabo el proceso interpretativo de las normas en el Estado constitucional es profundamente diferente a como se hace dentro de otros contextos. En esto influye la naturaleza derrotable de las normas (específicamente constitucionales), ya que esta característica de la derrotabilidad de las normas jurídicas hace que sean más proclives a ser afectadas por consideraciones valorativas o morales; y, justamente, estas consideraciones

---

<sup>852</sup> ATIENZA, Manuel. “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. En: AÑÓN, María José y MIRAVET, Pablo (Eds.). *Derechos, justicia y Estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*. Valencia: Tirant Lo Blanc., 2005, p. 25.

valorativas y morales adquieren en el Estado constitucional una especial presencia, ubicuidad y relevancia. Con lo cual, no es difícil aceptar el hecho de que, en el contexto del Estado constitucional (donde se introducen en el ámbito jurídico consideraciones valorativas y morales) la interpretación de las normas adquiera una dinámica particular.

Por lo demás, en esta sección estudiaremos principalmente (aunque no necesariamente, exclusivamente) a las normas constitucionales de principios, ya que –como ya se ha dicho– son estas en las que se reconoce más claramente el contenido axiológico y moral; además de ser consideradas convencionalmente, como las normas constitucionales paradigmáticas.

### *3.1. Particularidades de la interpretación constitucional por la naturaleza política y axiológica de la Constitución*

Si bien se puede afirmar de manera general que las líneas generales de la actividad interpretativa se cumplen de igual forma al interpretar las normas constitucionales, también se plantea la idea de que la interpretación constitucional tiene ciertas particularidades. Así, se ha afirmado que “la interpretación constitucional es una forma especial de la interpretación que si bien tiene características similares a otros ejercicios de hermenéutica jurídica, posee particularidades que la convierten en disciplina autónoma”<sup>853</sup>. Y ha sido precisamente desde el neoconstitucionalismo (teórico) que se ha afirmado “la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley”<sup>854</sup>.

---

<sup>853</sup> MONTAÑA PINTO, Juan. “La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (ed.). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, op cit., p. 722.

<sup>854</sup> COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, op cit., pp. 98-99.

Estas particularidades se derivarían del documento jurídico que es objeto de la interpretación, es decir, de la constitución, específicamente, de su naturaleza política y axiológica.

Con relación a lo primero, la naturaleza política de la Constitución, es preciso recordar que esta es siempre producto de un consenso –casi siempre muy difícil de elaborar- entre las diferentes fuerzas políticas y sociales de una Estado. La finalidad principal de este consenso es, sin embargo, siempre el mismo: limitar el poder político en aras de garantizar los derechos y las libertades de los individuos. Por ello se dice que la Constitución se puede distinguir del resto de normas por el carácter político de su objetivo<sup>855</sup>. Esto ha llevado a que se señale que la labor de interpretación de la constitución supone algunas particularidades que no se dan al interpretar otros tipos de normas. En principio, se debe tener presente al interpretar la Constitución de que esta refleja, precisamente, el acuerdo político de un momento histórico determinado, que puede variar por circunstancias de la dinámica social<sup>856</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta entonces que “toda interpretación constitucional en este sentido habrá de encaminarse a lograr que el acuerdo político contenido en la Constitución dure. Para tal efecto, el intérprete de las normas constitucionales debe identificar la *fórmula política* de una Constitución, entendida esta como la expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social (...)”. En otras palabras, la interpretación de la Constitución no solamente implica “asignar un significado” al texto constitucional; sino que esa labor necesariamente supone que se debe asignar un significado que lleve a que se

---

<sup>855</sup> HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 24.

<sup>856</sup> Ibid., loc cit.

cumplan o se dé plenitud al contenido del acuerdo político presente en la Constitución. Hay, por lo tanto, una directiva en la interpretación constitucional: la interpretación constitucional se encuentra guiada o dirigida en función de ese objetivo político. Por lo mismo, aquellas interpretaciones de la constitución –por muy “razonables” que pudieran parecer a primera vista o por muy fieles a la “letra” de la Constitución que aparezcan- no pueden ser aceptadas si contrarían el logro del objetivo político de la Constitución, o, en todo caso, deben ser relegadas, prefiriéndose aquellas que sirven mejor o cumplen más cabalmente el objetivo político mencionado.

De esta forma, “la fórmula política representa por lo tanto un límite inviolable de la Constitución, tanto para su reforma como para su interpretación”<sup>857</sup>. Así por ejemplo, una interpretación de la constitución que abra la posibilidad a un sistema de partido único, debería ser de plano rechazada, por oponerse a los principios democráticos del pluralismo político y a la participación política ciudadana. En suma, “en tanto norma jurídica, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico”<sup>858</sup>.

En cuanto a la cuestión de la naturaleza axiológica de la constitución que influiría en la distinta forma de interpretarla, esto tiene que ver con la presencia fundamental de principios en el texto constitucional. Así pues, se afirma que

---

<sup>857</sup> Ibid., p. 25.

<sup>858</sup> Ibid., p. 26.

(...) [l]os textos constitucionales son diferentes de otro texto jurídico por su contenido normativo, porque no se limitan a formular las «reglas» y establecen «principios» y/o proclaman «valores» (...) la mayor parte de las constituciones contemporáneas –especialmente desde la Segunda Guerra Mundial- son textos «extensos», que expresan solemnemente los valores, conteniendo los principios generales, los programas de reforma económico-social, etc.<sup>859</sup>.

Ahora bien, como ya se ha dicho, los principios de forma general tienen un contenido valorativo o axiológico, y esto impone que sean interpretados de manera diferente. En el texto de las constituciones de los Estados constitucionales se pueden encontrar tanto reglas, como principios y valores. Pues bien, lo característico de las constituciones de los Estados constitucionales –también se ha dicho- es que en ellas “los principios y valores son también normas y como tales directamente aplicables, sin que medie el desarrollo posterior del legislador”<sup>860</sup>. Pero la singularidad es que, aunque los principios sean normas y se apliquen directamente, como se sabe, no tienen la misma estructura ni naturaleza que las reglas; por lo tanto, su forma de aplicación, y previamente, su forma de interpretación debe ser particular, distinta a la de las normas “comunes”. Se exige, entonces, una labor interpretativa especial para el caso de los principios, y extensivamente de la constitución.

La Constitución viene a estar caracterizada por la gran cantidad de principios que contiene, y es esta característica lo que la hace un objeto de interpretación particular:

(...) son los principios los que distinguen la "Constitución" de cualquier otro material normativo: es la elevada cantidad de principios lo que determina el salto cualitativo del documento constitucional. En suma, la Constitución asciende a objeto particular de interpretación en razón del particular contenido

---

<sup>859</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. En: ORTEGA, Santiago (compilador). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen I. Lima: Hermeneia Editores, 2008, p. 40.

<sup>860</sup> MONTAÑA PINTO, Juan. Op. Cit., p. 723.

que expresa, es decir, por los principios que le confieren un particular valor normativo<sup>861</sup>.

Entonces, siendo así la naturaleza de la constitución, o, más precisamente, de la centralidad de las normas constitucionales, parece que se impone recurrir a una forma de interpretación que no se quede en el mero formalismo (más propio de la interpretación de las reglas); en buena parte también para que, a través de esta interpretación menos formal, más flexible y más guiada por la *ratio*, que por la letra, se logre cristalizar el contenido valorativo presente en los principios, cosa que a veces el mero formalismo no permite alcanzar. De esta forma, parece claro que, como dice Pozzolo, “adoptando el paradigma constitucional es necesario adoptar, además, una aproximación que atienda estrictamente a su contenido, que ciertamente no soportaría una aproximación meramente formal o legalista”<sup>862</sup>.

Usualmente se considera que la interpretación “común”, de las reglas, se puede llevar a cabo, y generalmente se lleva a cabo, libre o vaciada de toda referencia axiológica; es decir, que para llevar a cabo una interpretación válida y correcta de las reglas no es necesario u obligatorio hacer referencia o tomar en cuenta elementos o un punto de vista valorativo. En la interpretación de los principios (constitucionales) en cambio, esto no es posible. Es más, en estos casos sí se impone como necesario o imprescindible tomar en cuenta las cuestiones valorativas y situarnos en una instancia axiológica. Y esto por la simple razón de que los mismos principios contienen y representan valores; así que no sería posible interpretarlos adecuada y válidamente sin considerar la dimensión de los valores, la dimensión axiológica

---

<sup>861</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, op cit.*, p. 127.

<sup>862</sup> *Ibid*, loc cit.

(esto sería tanto como querer interpretar los principios sin tomar en cuenta una parte esencial de los mismos principios). Por ello, es correcto afirmar que:

Debido a la diversidad que caracterizaría las disposiciones constitucionales, configurables en gran parte como principios, la interpretación de la Constitución no podría ser realizada exclusivamente desde un punto de vista lógico-lingüístico - utilizable solo para las reglas- sino por un particular punto de vista interpretativo que -a partir de su principal teorizador, Dworkin- se revela entonces como un *moral point of view*<sup>863</sup>.

Ahora bien, esta consideración de la dimensión axiológica en la interpretación constitucional, es decir, a la hora de establecer el sentido de las normas constitucionales, será de suma importancia. Porque, al ser el factor axiológico un elemento fundamental a tomar en cuenta en la interpretación, entonces, este factor podrá incluso llevar a que se puedan encontrar interpretaciones que, aunque a primera vista no siguen la letra de la norma, sí son válidas porque cumplen su “espíritu”, su *ratio*, en otras palabras, realizan el contenido axiológico del principio. En otras palabras, lleva a que se privilegien y proliferen las interpretaciones menos literales pero más “valorativas” o “axiológicas”, o acordes con el “espíritu” de la constitución (que no viene a ser otra cosa sino el “espíritu” o los fundamentos del Estado democrático constitucional); en detrimento de las interpretaciones formalistas, cuya preocupación principal es reflejar lo más precisamente posible lo que literalmente dice la norma, más allá de cuestiones valorativas, es decir, más allá de si esa interpretación realiza mejor el aspecto axiológico de la norma. En suma, la perspectiva de la interpretación constitucional (neoconstitucionalista) siempre tendería a determinar el sentido de la norma que sea axiológicamente más adecuado; aquel que realiza en la mayor medida posible el contenido o *ratio* valorativo de la norma constitucional.

---

<sup>863</sup> Ibid., p. 128.



### 3.2. Interpretación valorativa de las normas

En la presente tesis se defienden las siguientes ideas:

- a) La derrotabilidad es una propiedad presente en las normas jurídicas de manera general. Las normas jurídicas son, por lo tanto, derrotables.
- b) La razón ontológica por la cual las normas jurídicas son derrotables es porque el lenguaje mismo es derrotable; o mejor dicho, las proposiciones que se formulan en lenguaje natural pueden ser derrotadas, debido al carácter indeterminado o abierto del lenguaje natural. Ahora bien, en la medida que las normas jurídicas (o si se quiere, el lenguaje jurídico) se construye sobre la base del lenguaje natural, también estas compartirán la propiedad de la derrotabilidad.

Ahora bien, se ha visto que la derrotabilidad se puede manifestar tanto en enunciados afirmativos como en enunciados normativos. En ambos casos se puede mencionar que, como elemento común, lo que genera la derrota es la adición de nueva información, la introducción de información adicional. No obstante, la diferencia importante es que, mientras que en el caso de los enunciados afirmativos esa información adicional que precipita la derrota del enunciado, es información fáctica, o sea, la información introducida es información acerca de hechos nuevos o desconocidos, circunstancias nuevas de la realidad, etc.; en el caso de los enunciados normativos, la información adicional que precipita la derrota tiene que ver con cuestiones deónticas, normativas (más que con cuestiones de hecho), es decir, con aquellas que tienen que ver con *el deber ser*, y sobre todo, con cuestiones morales. En pocas palabras, lo que genera la derrota de los enunciados normativos es la introducción de nueva información

de carácter valorativo (principalmente, moral). Así, por ejemplo, el enunciado fáctico: “Piolín es un ave, por lo tanto, vuela”, puede ser derrotado al introducirse la nueva información de que Piolín es un avestruz. Que Piolín es un avestruz es una cuestión de hecho, una cuestión fáctica. Saber que Piolín es un avestruz es nueva información acerca de un hecho de la realidad; y esta nueva información es lo que precipita la derrota del enunciado inicial, “Piolín es un ave, por lo tanto, vuela”. En cambio, el enunciado normativo: “Juan mató a José, entonces, Juan debe ser condenado a X años de pena privativa de la libertad”, puede verse derrotado al introducirse la información de que Juan es menor de edad. Ahora bien, que Juan sea menor de edad (digamos, que tiene 12 años) es un hecho, una cuestión fáctica; pero no es en función de ese hecho de la realidad (la edad de Juan) que el enunciado de deber ser mencionado como ejemplo resulta derrotado, sino debido a que existe otra norma que dispone que los menores de edad (y quien tiene 12 años lo es) son inimputables, por lo tanto no pueden ser condenados “a veinte años de pena privativa de libertad”. En otras palabras, no es el hecho de la realidad de que Juan sea menor de edad lo que genera la derrota del enunciado normativo, sino la existencia de otro enunciado normativo (que hace referencia a la realidad y es acerca de la responsabilidad penal de los menor de edad) que dispone la inimputabilidad de las personas que tienen 12 años por ser menores de edad, y por lo tanto, también de Juan. Tanto es así que puede ocurrir que en otro ordenamiento jurídico se disponga que los mayores de 11 años son responsables penalmente (aunque sea para ciertos delitos, entre los que se incluye el homicidio) y en ese caso, aunque las circunstancias fácticas sean las mismas (Juan tiene 12 años), ahora el enunciado normativo “Juan mató a José, entonces, Juan debe ser condenado a X años de pena privativa de la libertad”, no será derrotado. En suma, la nueva información que precipita la

derrota del enunciado normativo inicial es información normativa y no fáctica; y proviene de otro enunciado normativo (y no de hecho).

Ahora bien, así como la información “no fáctica” que se introduce y que lleva a la derrota de los enunciados normativos puede ser jurídica, también puede ser axiológica, valorativa o moral. Eso es lo que habría ocurrido en el célebre y ya mencionado caso Rigg contra Palmer. Como se recordará, en ese caso, una disposición jurídica clara, válida, obligatoria y sin excepción expresa existente, que mandaba a heredar al nieto homicida, fue desplazada (derrotada) al introducirse una consideración (nueva) de carácter moral: “nadie puede beneficiarse de su propio crimen”. Esta consideración moral o de justicia, por lo demás, no se encontraba establecida en ninguna norma positiva, sino solo en la forma de un principio, a través del cual se introdujo como nueva información.

Ahora bien, es una realidad que esta asignación de relevancia práctica a nivel jurídico a la moral solo se da (o en todo caso, se da de manera más importante) en los sistemas jurídicos de tipo constitucionalista, que en aquellos que son de corte positivista o normativista. Es por esta razón que en los Estados constitucionales la derrotabilidad adquiere una presencia más marcada. Es decir, el importante lugar que la derrotabilidad adquiere en el contexto de los Estados constitucionales (más que en cualquier otro) no es porque no esté presente la derrotabilidad como propiedad de las normas y enunciados jurídicos en otros contextos; sino porque en los contextos de los Estados constitucionales se amplía (de manera significativa) los supuestos y los posibles escenarios de derrota, al incluirse ahora también las consideraciones de tipo axiológico o moral (y ya no solo las de carácter estrictamente jurídicas), aumentando así su presencia, relevancia y manifestación. En pocas palabras, es el nuevo contexto

neoconstitucionalista el que aumenta la presencia de la derrotabilidad (pero no la crea), al generar nuevos escenarios o supuestos de derrota para las normas o enunciados jurídicos.

En buena cuenta, se ha mantenido en este trabajo que las normas y enunciados jurídicos pueden ser derrotados por cuestiones prácticas, entre las cuales se incluyen, de manera especial, las cuestiones morales (junto con las propiamente jurídicas, políticas, valorativas, etc.). Ahora bien, si las normas o enunciados jurídicos pueden ser derrotados por razones morales, entonces, ahí donde lo moral tenga mayor y efectiva relevancia práctica, se incrementarán e intensificarán los escenarios en los cuales se manifieste la derrotabilidad. Y esto (la asignación de una efectiva relevancia práctica a la moral) se da eminentemente en los Estados constitucionales.

Ahora bien, como también se ha sostenido, lo que genera la derrota es, de manera general, la introducción de nueva información. A nivel de las normas y enunciados jurídicos esa “nueva información” es de carácter práctico, entre la que se puede incluir la “información” de carácter moral. Pues bien, esa nueva información (práctica, y específicamente moral) en el ámbito jurídico, es introducida generalmente a través de otras normas (que son las que contienen, precisamente, esa carga moral o directamente los enunciados morales que se introducen como “nueva información”; el caso paradigmático de este tipo de normas lo constituyen las normas constitucionales, y especialmente las normas de principios). De ahí que se afirme que lo que usualmente produce la derrota de una norma jurídica es su colisión con otra norma jurídica. No obstante, se debe precisar que el factor moral que genere la derrota de las normas o enunciados jurídicos, también puede ser introducido a través de normas no positivizadas o

aún, a través de las mismas normas morales. Esto último sería un aspecto distintivo de los ordenamientos neoconstitucionalistas.

Ahora bien, todo lo hasta aquí presentado ha llevado a que en el contexto de los Estados constitucionales, bajo el paradigma neoconstitucionalista, la interpretación literalista de las normas jurídicas entre en crisis<sup>864</sup>; adquiriendo, más bien, cada vez mayor relevancia aquello que podríamos denominar como interpretación valorativa de las normas. En efecto, bajo el paradigma positivista, en el cual la relevancia práctica de la moral queda reducida al mínimo, no hay mayor lugar para la incidencia de lo valorativo a la hora de interpretar las normas. Más bien, en estos contextos, se “reduce la axiología de los derechos fundamentales al sentido de las palabras que los reconocen”<sup>865</sup>. Por ello, predomina la apelación a la literalidad, la cual, además, es asumida como una garantía de seguridad jurídica frente a las posibles interpretaciones “creativas” o “caprichosas”, basadas en los valores o criterios morales de los intérpretes. Ciertamente, esta minimización de la relevancia de la moral, y, consecuentemente, la reducción de la incidencia de lo valorativo como factor determinante de la interpretación, hace que disminuyan los escenarios de manifestación de la derrotabilidad; es decir, que haya menos supuestos de derrota de normas jurídicas (pues no son viables, al menos de manera general y teórica, los supuestos de derrota de normas jurídicas por razones morales o valorativas).

---

<sup>864</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2015, pp. 269 y ss.

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 271.

Bajo el paradigma neoconstitucional, en cambio, la situación varía. No es, por supuesto, que la interpretación literal queda descartada, ni mucho menos. Por el contrario, se sigue reconociendo que “el sentido de las palabras de los textos jurídicos es inevitablemente el punto de inicio de cualquier interpretación”<sup>866</sup>. Sin embargo, ahora se precisa y queda claro que “una cosa es decir que la literalidad de los textos jurídicos aporte siempre determinadas y fuertes razones para arribar a una solución jurídica, y otra muy distinta que, en última instancia, actúen siempre como razones concluyentes en el razonamiento jurídico”<sup>867</sup>. En otras palabras, se sigue reconociendo como importante la interpretación que se pueda obtener a partir de la literalidad de las normas; pero, ahora, esta no aparece como último o superior criterio de interpretación, sino que ahora resulta más importante arribar a aquella interpretación que sea axiológicamente más adecuada. Bajo este nuevo paradigma “que la aplicación de una disposición jurídica aparente ser algo así como la consecuencia de la simple observancia del aforismo *in claris non fit interpretatio*, en ningún caso debería dejar de ser ello, es decir, una simple apariencia, pues a la aplicación de las normas siempre debería preceder un razonamiento cuando menos un poco más complejo”<sup>868</sup>; razonamiento que, de manera general, debería siempre incluir la dimensión moral-valorativa.

Así pues, en el paradigma neoconstitucional que se instala en los Estados constitucionales, la interpretación literal de las normas retrocede; mientras que se consolida la interpretación valorativa, es decir, aquella que toma en cuenta el factor moral y tiene fines axiológicos. Esto no solo es una cuestión teórica, sino que se plasma en la realidad jurídica. De hecho, en

---

<sup>866</sup> Ibid., loc cit.

<sup>867</sup> Ibid., p. 272.

<sup>868</sup> Ibid., loc cit.

nuestro propio ordenamiento jurídico nacional se pueden mencionar casos relevantes que ejemplifican lo que se está diciendo. Uno de los más conocidos tiene que ver con la STC 2730-2006-PA, en la cual el Constitucional interpretó de manera no literal el artículo 181° de la Constitución Política. El caso que dio origen a la sentencia referida es el conocido como caso Castillo Chirinos. Arturo Castillo Chirinos, alcalde de Chiclayo, en el año 2005 fue destituido por el Jurado Nacional de Elecciones. Ciñéndonos a lo que dice el tenor literal del artículo 181 de la Constitución, esta decisión del Jurado Nacional de Elecciones tenía carácter definitivo y no podía ser revisada; es más, contra ella no podía proceder recurso alguno ante ninguna otra instancia. En efecto, el mencionado artículo constitucional establece lo siguiente:

**Artículo 181.-** El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno. [Subrayado nuestro].

Como se puede notar, especialmente en la parte resaltada, se trata de “una disposición cierta, determinada, de estructura cerrada, en definitiva, de una regla”; pero ello no impidió “que resulte derrotada en una ponderación de razones, es decir, en un valoración racional de su respectiva fuerza en el discurso argumentativo”<sup>869</sup>. Efectivamente, cuando el caso llegó ante el Tribunal Constitucional, este ordenó la restitución de Castillo Chirinos, contraviniendo y anulando la resolución del Jurado Nacional de Elecciones. El Constitucional alegó que, si bien la Constitución reconocía el carácter “definitivo y no revisable” de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, estas resoluciones no podían darse contraviniendo los derechos fundamentales de las personas o sin cumplir las exigencias del debido proceso. En buena

---

<sup>869</sup> Ibid., p. 273.

cuenta, esto suponía afirmar que ningún ámbito del Estado podía escapar al control de constitucionalidad. En el caso en cuestión, el Tribunal estableció que los derechos fundamentales de Castillo Chirinos fueron vulnerados, porque,

(...) si bien, por un lado, el artículo 22.6° de la Ley orgánica de municipalidades (LOM) establece que “El cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, en los siguientes casos:... Sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso” y, por otro lado, el proceso judicial respectivo debió, en principio, culminar en segunda instancia, lo cierto es que la Corte Suprema dio un giro al caso al declarar, finalmente, prescrito el delito. En otras palabras, judicialmente ya no había delito y, por ende, no había causal de vacancia. Al no tomarse en cuenta este hecho por parte del JNE, (...) sus derechos fundamentales fueron vulnerados<sup>870</sup>.

Y al haberse vulnerado sus derechos fundamentales, la decisión del Jurado Nacional de Elecciones resultada inválida, y pasible de ser anulada por el Tribunal Constitucional.

En este caso, claramente, el Tribunal Constitucional peruano prefirió desplazar la posible interpretación meramente literal de la norma (a pesar de que esta aparecía como clara y determinada) en favor de una interpretación valorativa, que cumpla de manera más adecuada los fines axiológicos, en este caso, el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona; aunque esto sea en detrimento de la defensa de la formalidad jurídica. Así pues, este caso muestra patentemente cómo la interpretación valorativa de las disposiciones jurídicas puede llegar a imponerse sobre las interpretaciones literales, aun en el caso de normas aparentemente claras y bien determinadas, las cuales, bajo un distinto paradigma, deberían ser simplemente interpretadas literalmente y aplicadas de manera mecánica. Se da pues,

---

<sup>870</sup> LOVATÓN PALACIOS, David. “Conflicto entre el TC y el JNE: víctimas de su propio éxito”. En: *Justicia Viva Mail*. Lima: Instituto de Defensa Legal, N° 271, 18 de octubre de 2006. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0271.htm>



efectivamente, una crisis de la interpretación “literalista” de las normas o enunciados jurídicos; y, en cambio, se concede relevancia a las interpretaciones valorativas.

Ahora bien, es posible afirmar que en la base de lo que hemos denominado interpretaciones valorativas de las normas, se encuentre la consideración de la *ratio* de la norma. Mejor dicho, lo que se busca con las interpretaciones valorativas es que se cumpla la *ratio* (la razón o el sentido) de las normas; algo que no siempre se logra atendiendo solo a la mera literalidad de la norma. Por ejemplo, si se vuelve al caso Castillo Chirinos y a la interpretación del artículo 181 de la Constitución, se puede notar que el Tribunal Constitucional prefirió atender a la *ratio* de la norma. En efecto, si bien desde la literalidad de la disposición constitucional se dispone claramente el carácter definitivo e irrecusable de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; en cambio, el sentido (la *ratio*) de la norma consiste en establecer un mecanismo de protección de las decisiones del Jurado en materias electorales, en la medida que este es el órgano supremo electoral, pero se entiende que siempre respetando los derechos fundamentales de las personas. Que esto es la *ratio* de la norma constitucional no es un invento o capricho, sino, por el contrario, está plenamente fundamentado: en primer lugar, porque no es lógico que una disposición constitucional se establezca para avalar situaciones de afectación de derechos fundamentales; en segundo lugar, la lectura sistemática de la Constitución justifica que se entienda en este sentido la *ratio* de la norma.

Pues bien, el hecho de que se interpreten las normas atendiendo básicamente a su *ratio* lleva a que se apele en mayor medida tanto a las interpretaciones extensivas como a las interpretaciones restrictivas. Así pues, se puede decir que, la interpretación valorativa de las normas, en última instancia, se manifiesta en el uso más marcado de las interpretaciones

extensivas como de las interpretaciones restrictivas. La interpretación extensiva es aquella que tiene lugar “cuando el aplicador del Derecho extiende la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*”<sup>871</sup>; en tanto que la interpretación restrictiva sería aquella que es el resultado de “restringir el tenor literal de una norma para adecuarla a su “contenido sustancial” o “ratio”<sup>872</sup>. En el primer caso, se entiende que la norma “dice” menos de lo que quiere decir; mientras que en el segundo caso se entiende que la norma “dice” más de lo que en realidad quiere decir. Ahora bien, no es posible reconocer que una norma “dice más” o “dice menos” de lo que quiere decir atendiendo o basándose solo en la literalidad de la norma; porque, precisamente, la literalidad es simplemente lo que “dice” la norma, pero, en todo caso, no nos da indicios de lo que “quiere decir” la normas. Más bien, si se limita la interpretación a la literalidad de la norma, lo que quiere decir la norma no debería ser otra cosa que aquello que la norma dice, ni más ni menos; es decir, lo que quiere decir la norma (su *ratio*) coincidiría con lo que dice la norma. Pero las interpretaciones extensivas y restrictivas funcionan, precisamente, de manera distinta. Estas interpretaciones parten del supuesto de que lo que quiere decir la norma puede ser diferente a lo que meramente dice. Ahora bien, justamente, si lo que dice la norma y lo que quiere decir, o sea, su sentido o *ratio*, son cosas distintas, para llegar a conocer ese sentido o *ratio* se ha de llevar a cabo una lectura valorativa o axiológica de lo que dice la norma. Esta es la única forma para librarse del marco de la literalidad (ya sea yendo más allá de ella o restringiéndola) y acceder a la lógica o sentido subyacente de la norma. En suma, queda claro que el factor valorativo determina la generación de

---

<sup>871</sup> RÓDENAS, Ángeles. “Qué queda del positivismo jurídico”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, número 26, 2003, p. 422.

<sup>872</sup> *Ibid.*, p. 425.

interpretaciones extensivas y restrictivas de las normas, en reemplazo de las interpretaciones meramente literales.

En conclusión, la derrotabilidad como propiedad de las normas se ve potenciada en los contextos de los Estados constitucionales, en la medida que en estos hay una mayor influencia del factor axiológico o valorativo, en tanto que tiene una real relevancia práctica. En otras palabras, en los Estados constitucionales el elemento axiológico o valorativo adquiere una real relevancia práctica, y en esa medida, se convierte en un constante factor productor de situaciones de derrotabilidad de normas jurídicas. Como consecuencia de esto (de que el factor axiológico o valorativo efectivamente causa constantemente situaciones de derrotabilidad) en el Estado constitucional, entonces, aumentan los supuestos de derrotabilidad normativa, en la medida que ahora se tienen no solo excepcionales casos de derrotabilidad a partir de consideraciones valorativas, sino que estos casos pasan a ser parte de *canon*, siendo, por lo tanto, mucho más frecuentes. Esto es lo que quiere decir que en los Estados constitucionales la derrotabilidad se potencia como propiedad de las normas jurídicas.

### *3.3. Aparición de lagunas axiológicas*

#### 3.3.1. Lagunas normativas

La expresión “laguna” en derecho es claramente metafórica y sirve para referirse a situaciones en la cuales existen posibles “vacíos” o “huecos” normativos<sup>873</sup>. Así pues, la laguna del derecho puede ser definida

---

<sup>873</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1982, p. 279.

(...) como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto<sup>874</sup>.

En ese sentido, una laguna puede entenderse como “una deficiencia de la ley o una inexistencia de ley que sea exactamente aplicable al punto o tema controvertido”<sup>875</sup>. De esta forma, una laguna del derecho viene a ser una situación en la cual existe un hecho real que no constituye el supuesto de hecho de ninguna norma jurídica, pero que se considera, sin embargo, que debe ser regulada jurídicamente. Así pues, en esta definición dos aspectos deben considerarse como los esenciales, y que copulativamente tienen que darse para que se pueda hablar con propiedad de una laguna: primero, que exista un hecho de la realidad que no está regulado jurídicamente; y segundo, que se considere que este hecho *debe estar regulado jurídicamente*. Ambos elementos deben darse para que se pueda hablar de lagunas en el derecho. Porque, eventualmente, podría darse solo uno de ellos; podría, así, solo ocurrir que exista un hecho real que no está regulado jurídicamente, pero resultar que este hecho no merezca ser regulado jurídicamente. En este caso no habría laguna alguna, a pesar de que, efectivamente, haya un aspecto de la realidad que no está siendo regulado por el derecho. Por ejemplo: es un hecho de la realidad que las personas desayunamos; pero no hay ninguna regulación jurídica acerca de cómo debemos desayunar, o dónde, o qué cosa se debe tomar en el desayuno o a qué hora debe hacerse. El que no haya normativa jurídica alguna acerca del desayuno no significa, sin embargo, que exista una laguna en el derecho (con respecto al hecho del desayuno). Esto simplemente porque falta aquí el segundo aspecto: la consideración

---

<sup>874</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, op cit., p. 261.

<sup>875</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Op cit*, p. 280.

de que ese ámbito de la realidad *debe* estar regulado jurídicamente. En efecto, no se considera que el desayuno sea una materia que necesite de regulación jurídica<sup>876</sup>. Por lo tanto, la cuestión clave para definir cuándo estamos ante una laguna sería “saber cuándo se considera (o más exactamente, se debe considerar) que la situación no regulada debe regularse”<sup>877</sup>. Estas situaciones, en las cuales no existe norma aplicable, pero además se considera que no deben estar reguladas jurídicamente, usualmente son conocidas como “vacíos del Derecho”. Para estos casos, de manera general, se considera que rigen los siguientes dos principios hermenéuticos: a) para el caso de los particulares, el principio de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; b) para aquellos casos en los cuales rige el principio de competencia, se aplicará el principio según el cual solo puede hacerse aquello que está expresamente asignado<sup>878</sup>.

El fenómeno de existencia de lagunas llevaría a constatar la “insuficiencia de las leyes y, en general, de los textos, para resolver la totalidad de los problemas o conflictos que pueden plantearse”<sup>879</sup>. Ahora bien, es posible entender la expresión “laguna” en dos sentidos. En un primer sentido, “laguna” sería equivalente a “laguna de la ley”, es decir, ausencia de una ley que regule un caso específico “X”, el cual se reconoce que tiene relevancia jurídica. Entendida “laguna” en este sentido, no hay discusión acerca de si las lagunas existen o no, puesto que

---

<sup>876</sup> No obstante, hay que reconocer que las materias que pueden ser consideradas como objeto de regulación jurídica no es algo constante; en otras palabras qué cosa puede considerarse que debe ser regulado y qué no, es una cuestión relativa. En general, contra más liberales son los contextos, las situaciones que se consideran deben ser normadas por el derecho tienden a ser cada vez menos. Un buen ejemplo es la vestimenta: en sociedades liberales el uso de la vestimenta en público casi no es objeto de regulación jurídica; en cambio, en sociedades donde no rigen los principios liberales, la forma de vestir en público puede estar muy regulada por el derecho (piénsese, por ejemplo, lo que ocurre en un país como Arabia Saudita, donde la forma de vestir de la mujeres – pero, también de los hombres- es objeto de una rígida regulación, que incluye hasta el derecho penal).

<sup>877</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, op cit., p. 261.

<sup>878</sup> Ibid., loc cit.

<sup>879</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Op cit*, p. 280.

resulta un hecho comprobado el que efectivamente estas lagunas existen. En otras palabras, es algo empíricamente comprobado de que hay situaciones específicas en las que, pese a merecer estar reguladas jurídicamente, no existe una ley que lo haga. Por ejemplo, la filiación en el caso de “vientres de alquiler” no tenía aún una ley (o legislación) específica que la regulara al momento de darse el primer caso de “alquiler de vientre”, pese a que esta situación claramente tenía relevancia jurídica y merecía ser regulada por el derecho. Por ello se puede afirmar que, en estas situaciones, “la falta de ley no transforma la cuestión en cuestión no jurídica”<sup>880</sup>.

Ahora bien, en un segundo sentido, lagunas puede entenderse como “lagunas del ordenamiento jurídico” (o también, “lagunas de las normas”)<sup>881</sup>. Cuando se habla aquí de lagunas se está diciendo que no solo no existe una ley que regule jurídicamente un caso específico que debería estar regulado (por lo tanto, que se acepta que tiene relevancia jurídica); sino que no existe *norma alguna* que regule esa situación, es decir, no solo no está regulada por una ley (no hay legislación al respecto), sino que tampoco existe jurisprudencia o costumbre alguna aplicable a esa situación (que la regule) y que por tanto dé solución al problema derivado de ella. Por eso, con respecto a la “falta de norma”, se puede decir que

(...) la carencia normativa solo se presenta cuando, de acuerdo a la estructura de las fuentes formales de un sistema jurídico determinado, ninguna de dichas fuentes produce una norma para el caso. De esta forma, solo puede ocurrir que exista una laguna cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable<sup>882</sup>.

---

<sup>880</sup> Ibid., loc cit.

<sup>881</sup> Ibid., loc cit.

<sup>882</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho, op cit.*, p. 262.

Ahora bien, se ha planteado que habría tres casos en los cuales existirían lagunas en este segundo sentido:

1. Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.
2. Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho (...).
3. Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada (...) <sup>883</sup>.

El tercer caso mencionado arriba es lo que se denomina “lagunas técnicas”. Estas se solucionan simplemente estableciendo la correspondiente normativa. En cambio, los dos primeros casos se entiende que se resuelven mediante los mecanismos de la analogía y la apelación a los principios generales del derecho <sup>884</sup>.

En este caso, la existencia o no de lagunas tiene una relevancia distinta y es una cuestión discutible. No aceptar la existencia de lagunas (en el sentido ahora mencionado) implica aceptar la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico; mientras que aceptar la existencia de lagunas supone negar la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico. Para los que sostienen la tesis de la plenitud del ordenamiento, una situación puede no tener una ley específica que le sea aplicable; pero su solución, en última instancia, puede encontrarse recurriendo a la jurisprudencia, la costumbre, etc. En otras palabras, puede no haber ley (legislación) que regule una situación; pero esto no significa que definitivamente no esté regulada, porque su

---

<sup>883</sup> Ibid., pp. 262-263.

<sup>884</sup> Ibid., pp. 263-264.

regulación puede darse a través de otras fuentes del derecho (jurisprudencia, costumbre, etc.). Al final, el derecho, o más precisamente, el ordenamiento jurídico, siempre tendrá (a través de algunas de sus fuentes) una respuesta o regulación al caso o situación problemática. Esto significa que el ordenamiento jurídico es pleno, es decir, no tiene “vacíos” (lagunas): no hay situación que tenga relevancia jurídica que no esté regulada de alguna forma; si no es por la legislación, lo estará mediante la jurisprudencia, la costumbre u otra fuente. Como consecuencia de esto, quienes aceptan la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, consideran que “si falta la norma, la materia es no jurídica”<sup>885</sup>.

La existencia de lagunas (en el segundo sentido mencionado aquí) es lo que fundamenta la aplicación del mecanismo de “integración jurídica”. A diferencia de la interpretación, que ocurre cuando se desea aplicar una norma, se apelaría a la integración jurídica “cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado”<sup>886</sup>. Por ello, se afirma que la integración no aplica normas, sino que las crea para los casos específicos.<sup>887</sup> En suma, puede así entenderse que las lagunas (en el segundo sentido) son situaciones o casos en los cuales procede la integración<sup>888</sup>.

Ahora bien, las lagunas de las cuales hemos tratado hasta este punto son aquellas que son denominadas por ciertos teóricos como “lagunas normativas”. Frente a estas, existirían otro tipo de lagunas, las llamadas “lagunas axiológicas”. De estas se pasará a hablar en el siguiente apartado.

---

<sup>885</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Op cit*, p. 280.

<sup>886</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho, op cit.*, p. 260.

<sup>887</sup> *Ibid*, loc cit.

<sup>888</sup> *Ibid.*, pp. 260-261.



### 3.3.2. Lagunas axiológicas

#### **3.3.2.1. Distinción conceptual entre lagunas normativas y lagunas axiológicas**

Mientras que las lagunas normativas se dan cuando no hay ley o norma (según como se entienda el sentido de “laguna”) que regule una situación deónticamente relevante; en el caso de las lagunas axiológicas lo que ocurre es que *si hay* una norma que regula una determinada situación, pero resulta que la solución que la norma ha dado a esa situación aparece como inadecuada, injusta, inadmisible o axiológicamente inconveniente.

(...) existe una *laguna normativa* cuando a un caso genérico establecido por el derecho no se le ha correlacionado solución normativa alguna (...) Una *laguna axiológica* se produce, en cambio, cuando pese a la existencia en un sistema jurídico de una solución para cierto caso genérico, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada, pues se interpreta que el legislador al configurar el caso genérico no ha tomado como relevante cierta distinción que el intérprete entiende debería haber sido tomada en cuenta<sup>889</sup>.

Como se ha dicho antes (*cf.* Capítulo III), el esquema lógico general de las normas consiste en un supuesto de hecho, al cual se le hace corresponder una consecuencia normativa. El supuesto de hecho es, de manera general, un caso genérico<sup>890</sup> que es deónticamente relevante. Se puede decir, por tanto, que si a ese caso genérico se le vincula una consecuencia jurídica, entonces ese caso genérico está regulado jurídicamente. En cambio, si a un caso genérico,

---

<sup>889</sup> SUCAR, Germán. “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F: ITAM, número 30 abril de 2009, p. 152.

<sup>890</sup> Un “caso”, de manera simple, puede entenderse como una circunstancia, la cual se ha establecido que tiene (o se considera que debe tener) relevancia para el derecho. Véase: NAVARRO, Pablo. “Prólogo. Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea”. En: MORESO, José Juan y REDONDO, Cristina (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 18.

deónticamente relevante, no se le correlaciona con ninguna consecuencia jurídica, entonces estamos frente a una laguna normativa. En las lagunas axiológicas, en cambio, sí se ha establecido una consecuencia jurídica (o solución normativa) para un caso genérico. En otras palabras, el caso sí está regulado normativamente por el derecho. Hasta aquí, entonces, no se podría hablar propiamente de una *laguna*. Sin embargo, lo que hace que esta situación sea una laguna es el hecho de que, aunque el caso está normado jurídicamente, esta regulación es inadecuada o inadmisibles desde un punto de vista valorativo o axiológico.

Como dice Guastini:

Una laguna axiológica es la falta de una norma *justa*. Más precisamente: en un conjunto de normas hay una laguna axiológica cada vez que una clase de casos es regulada por una norma, pero la reglamentación existente es juzgada por el intérprete como insatisfactoria<sup>891</sup>.

O en otras palabras

Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero —según la opinión del intérprete— está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata<sup>892</sup>.

Una laguna axiológica viene a ser, en fin,

(...) la presencia en un ordenamiento jurídico de un cierto caso, regulado por una norma jurídica que le adjudica cierta calificación normativa, pero respecto de la cual el intérprete considera que el legislador, por descuido, error o

---

<sup>891</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. En: ORTEGA, Santiago (compilador). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen I. Lima: Hermeneia Editores, 2008, pp. 66-67.

<sup>892</sup> GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidad de Alicante, número 31, 2008, p. 144.

manifestación errónea de su voluntad, ha soslayado una propiedad relevante del caso que debió ser tenida en cuenta conforme a ciertas exigencias de justicia, y que, por lo tanto, dispone de una solución normativa injusta o insatisfactoria<sup>893</sup>.

Así pues, de todas estas definiciones, queda claro que en una laguna axiológica, a pesar de que, objetivamente, sí existe una norma aplicable, en la medida de que *no hay* una norma que regule *adecuadamente* ese caso genérico, es que se dice que estamos ante una laguna. Y en tanto que el criterio para establecer que esa norma no es adecuada, es un criterio valorativo, se dice que la laguna es *axiológica*. O sea, “lo que falta no es, pues, «una norma» inexpresada, sino justamente, una norma que regule el caso de una manera «satisfactoria», una norma «justa»”<sup>894</sup>. Con lo cual, bajo este punto de vista, la existencia de una regulación inadecuada de un caso, o lo que es lo mismo, la no existencia de una regulación adecuada para el caso, se asimila a la no existencia de normativa para el caso, razón por la cual se habla de una *laguna*.

Así pues,

En cierto sentido, sí que puede decirse que los casos que presentan «PR» [una propiedad “x”] «no están regulados», pero no lo están en el sentido de que el sistema no toma en cuenta «PR» para realizar discriminaciones entre las soluciones normativas, no en el sentido de que el caso carezca de solución normativa o de que exista una inconsistencia<sup>895</sup>.

Por ello se dice que

(...) una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución». Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en

---

<sup>893</sup> NUÑEZ LEIVA, Ignacio. “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”. En: *Estudios Constitucionales*. Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 10, número 2, 2012, p. 525.

<sup>894</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. Op cit. p. 67.

<sup>895</sup> MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, op cit*, p. 230.

cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa)<sup>896</sup>. [Subrayado nuestro]

Ahora bien, como se ha dicho en citas arriba transcritas, la razón por la cual se considera que la solución normativa es axiológicamente inadecuada, es porque “se interpreta que el legislador al configurar el caso genérico no ha tomado como relevante cierta distinción que el intérprete entiende debería haber sido tomada en cuenta”. Pues bien, a partir de esta consideración es importante destacar dos puntos: Primero, que es el legislador quien configura el caso genérico que va a ser regulado; no obstante, es un intérprete (paradigmáticamente, un magistrado) quien evalúa –en una segunda instancia- que esa solución establecida por el legislador es axiológicamente inadecuada. En segundo lugar, ese intérprete considera que la solución normativa existente ha sido dada de manera inadecuada porque el legislador “no ha tomado como relevante cierta distinción”, la cual, a consideración del intérprete, debió haber sido tomada en cuenta; de forma tal que por esa omisión la solución dada resulta deficiente. Obviamente, según el intérprete, se entiende que si el legislador hubiese tomado en cuenta esa distinción relevante, la solución hubiese sido adecuada. Así pues, las lagunas axiológicas, no solo se manifestarían a partir de un acto interpretativo del juzgador, sino que aparecerían “cuando las valoraciones del juez no coinciden con las del legislador”, porque una circunstancia relevante según el juez no ha sido tomada en cuenta por el legislador.

Queda claro, entonces, que en el caso de las lagunas axiológicas, lo que falta no es una norma, que no está expresada, “sino justamente una norma que regule el caso de una manera

---

<sup>896</sup> GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”. Op cit., pp. 144-145.

«satisfactoria», una norma «justa»<sup>897</sup>. Ahora bien, se entiende que esta norma “justa” o norma que regularía satisfactoriamente el caso, bien puede tratarse, o tomar la forma, de una norma “diferenciadora”, “es decir, una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto”<sup>898</sup>; o bien podría tratarse de una norma “igualadora”, o sea, una norma que regule de manera igual un supuesto que, según el intérprete, le parece (esencialmente) igual. Así pues,

(...) cuando el legislador trata de manera diversa casos que parecen idénticos (esto es cuando discrimina arbitrariamente) el intérprete -u operador jurídico- afirmará que falta una norma igualadora. O cuando el legislador trata por igual situaciones diversas (no distingue como debería, considerando una propiedad relevante del caso, como dirían Alchourrón y Bulygin) el intérprete alegará la inexistencia de una norma diferenciadora<sup>899</sup>.

Guastini, ejemplifica estos dos casos, mostrando cómo en cada uno se forma una laguna axiológica. En el primer caso, “[e]l legislador, regulando una clase de casos (por ejemplo, las «grandes empresas»), ha omitido regular de la misma manera otra clase de casos (por ejemplo, las «pequeñas empresas») que, según el juez constitucional, es «sustancialmente» igual a la clase regulada<sup>900</sup>. En el segundo caso, en cambio, “[e]l legislador, regulando una clase de casos (por ejemplo, las «empresas»), ha omitido distinguir, dentro de la clase, dos sub-clases (por ejemplo, las «grandes» y las «pequeñas» empresas) que, según el juez constitucional, son «sustancialmente» diferentes y merecen reglamentaciones distintas<sup>901</sup>. Claramente se trata de dos situaciones distintas: “En el primer caso, lo que falta según el juez constitucional es una

---

<sup>897</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. Op cit. p. 67.

<sup>898</sup> GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”. Op cit., p. 145

<sup>899</sup> NUÑEZ LEIVA, Ignacio. “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)” op cit., p. 526.

<sup>900</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. Op cit. p. 67.

<sup>901</sup> Ibid., loc cit.

norma «igualizante». En el segundo, lo que falta es, por el contrario, una norma «diferenciadora»<sup>902</sup>. Pero, aunque se trate de deficiencias o ausencias diferentes, en ambos casos se genera una laguna de tipo axiológico, es decir, una situación que, aunque regulada, lo es de manera inadecuada.

Ahora bien, lo expuesto hasta aquí impone una pregunta: ¿qué viene a ser una “distinción relevante” (o sea, aquello que, en teoría, el legislador no habría tomado en cuenta a la hora de establecer la norma)? Este punto lleva a explicar el tema de las propiedades relevantes y no relevantes de un caso.

### 3.3.2.2. Propiedades relevantes de un caso

Para entender de manera cabal lo que se quiere decir con el término “relevante”, hay que precisar, en primer lugar, que este no tiene un sentido unívoco. En efecto, existen al menos dos sentidos distintos en que se puede entender la palabra “relevante”: un sentido descriptivo y un sentido prescriptivo:

Decir que una propiedad es relevante en el sentido descriptivo (para un caso y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones) es afirmar un *estado de cosas* que *de hecho* se da; ese estado de cosas consiste en que el caso en cuestión y su caso complementario *tienen* diferente status normativo.

Pero la palabra “relevante” es también frecuentemente usada en otro sentido, que podríamos llamar su *significado prescriptivo*. Decir que una propiedad es relevante en el sentido prescriptivo es afirmar que un estado de cosas *debe* o debería darse, esto es, que un caso y su complementario *deben* tener diferente *status* normativo. Así, por ejemplo, en las frases «La propiedad p es relevante para este caso, aunque el legislador no la haya tenido en cuenta» o «El legislador no tuvo en cuenta la propiedad p al solucionar el caso C, pero p es relevante», que son por cierto bastante comunes, el término «relevante» está

---

<sup>902</sup> Ibid., loc cit.

usado en el sentido prescriptivo (si lo estuviera en el sentido descriptivo, ambas frases serían contradictorias)<sup>903</sup>.

Cuando se habla de “casos complementarios”, se está hablando de casos que difieren uno del otro “en el hecho de que [la propiedad] p está presente en uno de ellos y ausente en el otro, permaneciendo constantes las restantes propiedades definitorias”<sup>904</sup>. Así pues, si se tiene dos casos, C1 y C2, estando C1 caracterizado por las propiedades: “p”, “q”, “r”, “s”...”n”; y C2 por: “~p”, “q”, “r”, “s”... “n”; entonces C1 y C2 son complementarios con respecto a “p”<sup>905</sup>. Un ejemplo de esto sería, de un lado, una norma que otorga ciertos beneficios tributarios a las empresas nacionales con menos de un año de constitución; mientras que de otro lado se tenga una norma que otorga los mismos beneficios tributarios a las pequeñas empresas nacionales con menos de un año de constitución. Estas dos normas establecerían casos que son complementarios. Por otro lado, que dos casos tengan “diferente status normativo”, significa que hay una solución (normativa, jurídica) que está correlacionada con uno de los casos, pero no con el otro<sup>906</sup>. Es decir, si el caso C1 tiene como solución S, mientras que el caso C2 *no* tiene como solución S; entonces C1 y C2 tienen diferente status normativo. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, si ocurre que alguien mata a otra persona, entonces debe ser reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte (art. 106 del Código Penal, delito de homicidio simple); sin embargo, en el caso de que sea la madre la que mata a su hijo “bajo la influencia del estado puerperal”, entonces la solución establecida no es

---

<sup>903</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1974, p. 154. *Cft.* ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. New York : Springer Verlag, 1971, p. 103.

<sup>904</sup> RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 22, 1999, p. 353.

<sup>905</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op cit.*, p. 152.

<sup>906</sup> *Ibid.*, p. 153.

la del homicidio simple, o sea, pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte, sino pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años o prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas (art. 110 del Código Penal, delito de infanticidio). Así pues, los delitos de homicidio simple y de infanticidio tienen en nuestro ordenamiento diferente status normativo.

Entonces, se puede decir que una propiedad “x” es relevante en sentido descriptivo, porque su presencia en un caso C1 ha efectivamente producido (en los hechos, de manera real) que ese caso en el cual aparece sea tratado normativamente de manera distinta a otro caso C2, el cual posee las mismas propiedades que C1 menos la propiedad “x”. Como se ve, si C1 y C2 comparten las mismas propiedades, pero C1 posee la propiedad “x” y C2 no la tiene, y este hecho lleva a que C1 y C2 no sean tratados igualmente, sino que sean regulados jurídicamente de manera distinta, entonces se deduce que “x” debe ser una propiedad relevante (en la medida de que es la razón para tratar de manera diferente dos casos que en lo demás son iguales). Si no fuese el caso de que “x” fuese relevante (si fuese irrelevante) entonces se tendría que C1 y C2 serían casos “esencialmente” iguales, y por lo tanto, deberían tener un tratamiento normativo igual.

Ahora bien, este sentido de relevancia es *descriptivo* porque se refiere a un hecho, a algo que ocurre realmente, el cual es que efectivamente se ha establecido en el ordenamiento jurídico un tratamiento normativo distinto para C1 del que se da a C2. Lo dicho supone que es un hecho que el legislador *ha reconocido* a “x” como una propiedad relevante. Esto no ocurre cuando se trata de la relevancia en su sentido *prescriptivo*. Cuando se dice que una propiedad “x” es relevante en sentido prescriptivo, se quiere decir que esa propiedad “x” *debe o debería*



*darse*, es decir, debe o debería tomarse en cuenta, o debió haberse tomado en cuenta (por el legislador), a la hora de configurar un caso genérico o el supuesto de hecho de una norma; en resumen, una propiedad es relevante en sentido prescriptivo, cuando merece ser tomada en cuenta para dar una solución diferente a un caso de otro caso<sup>907</sup>. Alchourrón y Bulygin ejemplifican esto de la siguiente manera:

S1 es la solución para los casos  $pq$  y  $p\sim q$ , y S2 para los casos  $\sim pq$  y  $\sim p \sim q$ . Resulta, pues, que los casos en que la propiedad «p» está presente se correlacionan con la solución S1, independientemente de que la propiedad q esté presente o no. Lo mismo sucede en los otros dos casos: si la propiedad p está ausente, la solución es la misma, esté o no la propiedad q. *Esto revela que la propiedad q es irrelevante, ya que su presencia o ausencia no influye en ningún momento en las soluciones que para los casos del UC(pq) se infieren del sistema  $\alpha$* <sup>908</sup> [énfasis nuestro].

Pues bien, a partir de esta aclaración, se tendrá que una propiedad “p” será considerada *relevante en sentido descriptivo*

(...) en un caso de un universo de casos con relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un universo de acciones si y sólo si ese caso y su complementario con respecto a p tienen diferente status normativo con relación a  $\alpha$  y al universo de soluciones. Decir que dos casos tienen diferente status normativo con relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un universo de acciones significa que hay una solución tal que ella está correlacionada por  $\alpha$  con uno de los casos pero no con el otro<sup>909</sup>.

Mientras que una propiedad “p” será considerada *irrelevante* en el mismo sentido (descriptivo),

(...) en un caso de un universo de casos con relación a un sistema normativo  $\alpha$  y a un universo de acciones si y sólo si p no es relevante en dicho caso, esto es, si el caso y su complementario respecto de p en el universo de casos tienen el

<sup>907</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op cit., p. 146.

<sup>908</sup> Ibid., p. 151.

<sup>909</sup> RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, op cit., p. 353.

mismo status normativo con relación a  $\alpha$  y al universo de soluciones. Decir que dos casos tienen el mismo status normativo significa que ambos casos están correlacionados con la misma solución o que ninguno de ellos está correlacionado con ninguna solución<sup>910</sup>.

### 3.3.2.3. Tesis e hipótesis de relevancia

Queda claro, entonces, que cuando se habla de “propiedades relevantes”, esta expresión puede ser entendida en dos sentidos bastante diferentes: un sentido descriptivo (en cual refiere a un hecho) y un sentido prescriptivo (el cual refiere a un *deber ser*). Así pues, en los sistemas jurídicos se podrán encontrar propiedades relevantes en sentido descriptivo (que serán las propiedades que el legislador ha tomado en cuenta efectivamente a la hora de configurar los casos), y propiedades relevantes en sentido prescriptivo (que serán las propiedades que el legislador *debió haber tomado en cuenta* para configurar los casos).

Teniendo en cuenta lo anterior, se denominará *tesis de relevancia* a “la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes”<sup>911</sup> (en sentido descriptivo) en relación a un sistema normativo. Mientras que la *hipótesis de relevancia* será “la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes”<sup>912</sup>, es decir, el conjunto de propiedades relevantes en sentido prescriptivo. En otras palabras, mediante la *tesis de relevancia* se enuncia o identifican todas las propiedades relevantes de hecho presentes en los casos en un sistema normativo. En cambio, mediante la *hipótesis de relevancia* se enuncian o identifican todas las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes. En la medida

---

<sup>910</sup> Ibid., loc cit.

<sup>911</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, op cit.*, p. 154.

<sup>912</sup> Ibid, loc cir.

que ese “deber ser” implica un criterio axiológico o una valoración, es posible también definir a la hipótesis de relevancia como aquella “proposición que identifica aquellas propiedades que deben ser relevantes de acuerdo con un criterio axiológico”<sup>913</sup>.

Ahora bien, si se acepta que las acciones sirven para configurar casos, entonces el conjunto de acciones que sirven para configurar casos puede ser denominado “universo de acciones” (UA). Siendo esto así, se puede afirmar que “[l]a hipótesis de relevancia determina el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para un UA”<sup>914</sup>. Ahora bien, la hipótesis de relevancia funciona siempre como un “criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativo”<sup>915</sup>. Es decir, la hipótesis de relevancia (en tanto establece cuáles son las propiedades que deben ser tomadas en cuenta) puede servir como un criterio para evaluar la corrección axiológica de los sistemas normativos. Así, si un sistema normativo “cumple” con hipótesis de relevancia, es decir, ha considerado como relevantes todas las propiedades que deben ser consideradas como relevantes, entonces se puede decir que ese sistema normativo es axiológicamente adecuado (pues, todo lo que valorativamente –axiológicamente- debe de ser tomado en cuenta –i.e., todas las propiedades relevantes en sentido prescriptivo-, ha sido efectivamente tomado en cuenta). En cambio, un sistema normativo será cada vez menos adecuado desde el punto de vista axiológico, en la medida que menos propiedades relevantes en sentido prescriptivo hayan sido efectivamente tomadas en cuenta, es decir, contra menos se “cumpla” la hipótesis de relevancia. Alchourrón y Bulygin precisan mejor esta situación al decir que “(...) un sistema normativo satisface el criterio de adecuación axiológica dado por una hipótesis de relevancia

---

<sup>913</sup> Ibid., p. 146.

<sup>914</sup> Ibid., p. 156.

<sup>915</sup> Ibid., p. 157.

con respecto a un UA si, y sólo si, su tesis de relevancia coincide (es coextensiva) con la hipótesis de relevancia en cuestión”<sup>916</sup>. En otras palabras, un sistema normativo será adecuado cuando la tesis de relevancia coincida o sea igual a la hipótesis de relevancia; lo cual quiere decir que, en ese sistema normativo, las soluciones que de hecho *han sido* consideradas como relevantes son, en efecto, *todas* las que *deben ser* consideradas como relevantes. Ahora bien, los mismos autores explican qué quiere decir que un sistema normativo sea axiológicamente adecuado o inadecuado:

Hablando en términos generales, un sistema normativo es axiológicamente inadecuado (injusto, malo) para un UA, cuando sus soluciones son inadecuadas (injustas, malas). Cuando las soluciones que se derivan del sistema son adecuadas (justas, buenas), el sistema es axiológicamente adecuado<sup>917</sup>.

Es decir, afirmar que un sistema normativo es axiológicamente adecuado quiere decir que ese sistema normativo es justo o bueno (desde el punto de vista valorativo); y un sistema normativo será justo o bueno (i.e., axiológicamente adecuado) cuando las soluciones que derivan de él sean justas o buenas, o sea, adecuadas (axiológicamente). En contraste, que un sistema normativo sea axiológicamente inadecuado quiere decir que ese sistema normativo es injusto o malo (desde el punto de vista valorativo); y un sistema normativo será injusto o malo (i.e., axiológicamente inadecuado) cuando las soluciones que derivan de él sean injustas o malas, o sea, inadecuadas (axiológicamente).

Así pues, se tendrá un sistema normativo axiológicamente inadecuado, es decir, injusto, cuando la tesis de la relevancia no coincida con la hipótesis de la relevancia, es decir, cuando el conjunto de propiedades relevantes de hecho, o sea, el conjunto de propiedad que han sido

---

<sup>916</sup> Ibid., loc cit.

<sup>917</sup> Ibid., loc cit.

tomadas en cuenta como relevantes por el legislador, no coincida con el conjunto de propiedades que *deberían* haber sido tomadas en cuenta como relevantes, es decir, el conjunto de propiedades que el intérprete considera que son relevantes (y por ello, debieron haber sido consideradas como relevantes por el legislador). En suma, un sistema normativo será justo cuando la tesis de relevancia coincida con la hipótesis de relevancia; en cambio, un sistema normativo será injusto cuando la tesis de relevancia no coincida con la hipótesis de relevancia, y contra menos coincida la tesis de relevancia con la hipótesis de relevancia, menos justo será ese sistema normativo<sup>918</sup>.

#### **3.3.2.4. Relevancia y lagunas axiológicas**

Tomando en cuenta lo que se ha dicho anteriormente, las lagunas axiológicas se pueden caracterizar por ser “situaciones en las cuales, si bien existe una solución (...) la solución existente es axiológicamente inadecuada”<sup>919</sup>. Es fundamental, para que haya una laguna axiológica, que caso del cual se predica que existe una laguna, tenga una solución normativa; porque de lo contrario, se estaría ante una laguna normativa y no axiológica<sup>920</sup>. Ahora bien, esa solución es considerada como axiológicamente inadecuada o injusta no por cualquier motivo, sino por una razón específica: “porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”<sup>921</sup>. Este último aspecto es importante porque supone que,

---

<sup>918</sup> Siempre que un sistema normativo no se ajuste a la hipótesis de relevancia será un sistema normativo injusto o axiológicamente inadecuado. Sin embargo, esta no es la única razón por la cual un sistema normativo puede resultar axiológicamente inadecuado; ya que un sistema normativo también puede ser axiológicamente inadecuado porque no correlaciona los casos “con aquellas soluciones con las que debe correlacionarlos, es decir, por solucionar «mal» los casos correctamente elegidos”. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op cit.*, p. 157.

<sup>919</sup> *Ibid.*, pp. 157-158.

<sup>920</sup> *Ibid.*, pp. 158-159.

<sup>921</sup> *Ibid.*, p. 158.

para que se dé una laguna axiológica, debe haber “una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado”; pero, además, “se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica”<sup>922</sup>. Es decir, para que exista una laguna axiológica debe ocurrir, primero, que haya una propiedad relevante en sentido prescriptivo, que, sin embargo, es irrelevante en sentido descriptivo; es decir, “que exista una propiedad tal, que debe ser relevante (según la hipótesis de relevancia), pero no lo es para el sistema”<sup>923</sup>. Pero, además, esa propiedad debe no haber sido considerada como relevante por imprevisión del legislador. Por lo tanto, cuando se habla de lagunas axiológicas,

(...) se exige la existencia de una propiedad que debe ser relevante de acuerdo con un determinado criterio axiológico (hipótesis de relevancia). En el caso de la laguna axiológica, la solución existente se considera axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distinguo que debe hacerse. Se tiene que tratar, además, de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo) en este caso. Por último, la propiedad valorada como relevante (...) tiene que ser una propiedad que no pertenezca al conjunto identificado en la tesis de relevancia del sistema. Porque, si la propiedad es irrelevante en el caso en cuestión, pero es relevante para algún otro caso, entonces -si bien la solución es axiológicamente inadecuada-, ya no se podrá decir que el legislador no ha previsto o no ha considerado esta propiedad y en consecuencia no se trataría ya de una laguna axiológica<sup>924</sup>.

Con lo último, se quiere decir que la propiedad que es descriptivamente irrelevante en el caso específico, tiene que, necesariamente, no haber sido considerada como relevante en sentido

---

<sup>922</sup> Ibid., loc cit.

<sup>923</sup> Ibid., p. 146.

<sup>924</sup> Ibid., p. 159.

descriptivo en ningún otro caso. Porque si esa propiedad ha sido considerada de hecho como relevante en basta un solo caso, entonces, no se puede decir que el legislador no la ha previsto o no la ha considerado, porque de hecho sí la ha previsto (para configurar otro caso) o sí la ha considerado (como relevante) en otro caso. Ahora bien, en la medida que sí ha sido prevista o sí ha sido considerada por el legislador (para un caso), entonces esa propiedad forma parte de la tesis de relevancia del sistema. Siendo esto así, no se puede hablar de que existe una laguna axiológica. Por eso,

(...) no toda solución axiológicamente inadecuada es llamada «laguna» por los juristas. Si el legislador ha considerado todas las circunstancias (que deben ser) relevantes del caso y después lo solucionó mal (injustamente), el resultado es un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna. Para poder hablar de una laguna axiológica, es necesario que haya una discrepancia entre la tesis de relevancia del sistema y la hipótesis de relevancia (para el UA)<sup>925</sup>.

De aquí se concluye que la existencia de lagunas axiológicas está estrechamente vinculada a la relación que se dé entre tesis e hipótesis de relevancia. Más precisamente, las lagunas axiológicas surgen en la medida que hay una falta de coincidencia entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia, entre lo que el sistema de hecho ha considerado como relevante y aquello que *debe* ser considerado como relevante. Se puede explicar esto también de la siguiente forma:

(...) cuando la hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis de relevancia, existirá al menos una propiedad que debería ser relevante aunque no es relevante en el sistema. El universo de casos de la hipótesis de relevancia resultará más fino que el universo de casos de la tesis de relevancia y en consecuencia existirá al menos una laguna axiológica<sup>926</sup>.

---

<sup>925</sup> Ibid., loc cit.

<sup>926</sup> RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, op cit., p. 355.

Alchourrón y Bulygin, para ejemplificar esto, citan un caso ocurrido en la Alemania de entreguerras, en donde el código penal vigente castigaba el aborto de manera genérica, sin establecer excepciones. En ese contexto, un médico, que practicó un aborto a una mujer que tenía tendencias suicidas a raíz del embarazo, terminó siendo absuelto luego de que el Tribunal alegase la existencia de una laguna en el código penal, la cual fue llenada apelando a una interpretación extensiva del artículo referente al estado de necesidad del mencionado código<sup>927</sup>. No obstante, es manifiesto que en este caso la ley ha establecido una clara respuesta: el aborto debe ser castigado sin ninguna excepción, aun en el caso de que el embarazo implique un riesgo de suicidio para la madre. Lo que ocurre, entonces, no es que haya una laguna normativa, de que el código no dé una solución al caso; lo que pasa es que la solución que ha dado el código no le pareció al Tribunal justa o adecuada. Y esa solución dada por el código no es considerada como justa por el Tribunal, porque, según este, no toma en cuenta una distinción que a su juicio es relevante, la cual es la distinción entre aborto simple y aborto llevado a cabo para evitar un riesgo a la vida de la madre<sup>928</sup>. Así pues, queda claro que, lo que ha ocurrido en este caso es, en realidad, “un conflicto entre la hipótesis de relevancia del Tribunal y la tesis de relevancia del código, es decir, un conflicto valorativo. Se trata, por consiguiente, de un caso típico de lo que hemos llamado laguna axiológica”<sup>929</sup>.

En conclusión, las lagunas axiológicas, como fenómeno jurídico distinto a las lagunas normativas, surgen cuando no coinciden la tesis de relevancia de un sistema y la hipótesis de relevancia, lo cual implica una inadecuación axiológica en el sistema, en la medida que las

---

<sup>927</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, op cit.*, pp. 162-163.

<sup>928</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>929</sup> *Ibid.*, loc cit.



propiedades que han sido establecidas de hecho como relevantes no son todas las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes. Ya que el sistema no ha considerado como relevantes propiedades que deberían ser consideradas como tales, a la hora de establecer ciertos casos, estos carecerán de estas propiedades relevantes en su configuración, de manera que no se harán distinciones importantes o, en general, se dará una solución inadecuada al caso. En tanto haya efectivamente una solución al caso, no se podrá decir que hay una laguna normativa; pero, en la medida que se puede decir que al caso se le ha dado una solución axiológicamente inadecuada, por no tomar en cuenta un factor importante (i.e., propiedad relevante), se podrá decir que se está frente a una laguna axiológica.

### 3.3.3. Generación de lagunas axiológicas y derrotabilidad

Según Guastini, la inclusión en las constituciones del principio de igualdad propicia la generación de lagunas axiológicas en la legislación. El principio de igualdad, de manera general, se entiende como aquel que manda que los casos similares deben ser tratados de manera similar; mientras que los casos diferentes deben ser normados de manera diferente. Ahora bien, lo que sucedería –según Guastini– es que, a partir de esta consideración, cuando el juzgador considera que un caso “sustancialmente” similar a otro, no ha sido regulado similarmente; o cuando se ha regulado de igual manera casos que son “sustancialmente” diferentes, entonces ese juzgador considerará que se está frente a una laguna axiológica<sup>930</sup>. Como ya se ha dicho antes, en el primer caso por la falta de una norma “igualizante”; mientras que en el segundo caso, por la falta de una norma “diferenciadora”<sup>931</sup>. En cualquiera de los dos

---

<sup>930</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. Op cit., p. 66.

<sup>931</sup> Ibid., p. 67.

casos, la consecuencia vendría a ser la misma: “la ley es juzgada inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene”<sup>932</sup>. Esto porque se entiende que, en la medida que la norma no ha tratado de manera similar casos que son similares, o no ha distinguido ahí donde debía distinguir (es decir, no ha tratado de manera diferente casos que son diferentes, sino que ha tratado de manera igual casos que son distintos), no ha cumplido o está contraviniendo, el principio de igualdad establecido constitucionalmente.

Ahora bien, particularmente consideramos que, si bien el principio de igualdad es un importante generador de lagunas axiológicas (Guastini le denomina “máquina de lagunas axiológicas”), no es la única fuente productora de lagunas axiológicas. Lo que ocurre es que la contravención al principio de igualdad supone la existencia de una falta de correspondencia entre la tesis de relevancia de un sistema y la hipótesis de relevancia; puesto que, el que no se cumpla el principio de igualdad, implica que una propiedad relevante no ha sido tomada en cuenta, lo que lleva a que no se traten de manera similar casos iguales (o no se haga las distinciones necesarias ante casos esencialmente diferentes). En conclusión, es en el fondo la disparidad entre tesis e hipótesis de relevancia lo que genera lagunas axiológicas en los sistemas normativos.

Pues bien, habiendo definido que la disparidad entre tesis e hipótesis de relevancia es la causa central de la aparición de lagunas axiológicas, cabe preguntarse cuál es la relación de estas dos con la derrotabilidad normativa. Al respecto, un primer aspecto que hay que mencionar es que la distinción entre relevancia en sentido descriptivo y en sentido prescriptivo es importante porque:

---

<sup>932</sup> Ibid., loc cit.

(...) es obvio que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre puede atribuirse relevancia normativa prescriptiva a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por el legislador. En esos casos se dirá que existe una laguna axiológica en el sistema, en el sentido de un enunciado crítico desde el punto de vista interno de un cierto sistema axiológico<sup>933</sup>.

En otras palabras, la derrota de una norma jurídica se lleva a cabo, siempre, en la medida que se compara esta, o más precisamente, las propiedades que en esta se han considerado como relevantes (en sentido descriptivo), con las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes (en un sentido prescriptivo). La constatación de que en la norma N *no se ha* considerado como relevante una propiedad “p” que *debería* haber sido considerada como relevante, es lo que, en última instancia, lleva a que esa norma N no sea aplicada en un caso específico, es decir, sea derrotada (por una razón axiológica o valorativa, ya que la ausencia de esa propiedad “p” lleva a que no se haga una distinción importante para el caso concreto, lo cual produce que se dé una solución inadecuada o injusta a ese caso). Por ejemplo, imaginemos que una norma sucesoria H ha establecido una serie de propiedades relevantes para declarar que una persona tiene derecho a heredar a otra. Digamos que esas propiedades relevantes de H son: “r”, “s”, “t”. Pues bien, si en un caso una persona *x* cumple con los requisitos “r”, “s”, “t”, entonces *x* tendrá derecho a heredar. En otras palabras, bastará con que se cumplan los requisitos “r”, “s”, “t”, y nada más, para que *x* tenga derecho a heredar desde el punto de vista de la normativa positiva vigente. Ahora bien, es posible que se considere – desde un punto de vista crítico- que, si bien “r”, “s”, “t” son las propiedades que *han sido* consideradas relevantes en el sistema (son propiedades relevantes en el sentido descriptivo), no son todas las propiedades que *deberían haber sido* consideradas como relevantes (no son todas las propiedades relevantes en el sentido prescriptivo). Así, se podría señalar que es

---

<sup>933</sup>RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, op cit., p. 367.

(prescriptivamente) relevante la propiedad “p”: que el potencial heredero no sea el homicida del causante. El hecho de no se haya considerado en los hechos como relevante a “p”, lleva a que la norma dé una solución inadecuada o injusta a un caso concreto (Riggs contra Palmer). Para evitar, precisamente, esa solución injusta o inadecuada, es que no se aplica la norma, es decir, se derrota.

Como se ve de manera clara, estrictamente –al satisfacerse las propiedades que han sido consideradas como relevantes- lo que correspondería es que se aplique la norma tal como está. Sin embargo, en última instancia, la norma no es aplicada (i.e., es derrotada) debido a la consideración de que se ha omitido una propiedad (prescriptivamente) relevante, y en razón de esto (como no se ha hecho una distinción que debía hacerse) se obtiene una solución inadecuada o injusta al caso. Es decir, es porque se reconoce que existe una propiedad prescriptivamente relevante que no ha sido tomada en cuenta por el legislador, que la norma es derrotada. En conclusión, la derrota de las normas se genera a partir del reconocimiento o señalamiento de una disparidad entre propiedades descriptivamente relevantes y propiedades prescriptivamente relevantes (o, generalizando, entre tesis e hipótesis de relevancia).

Ahora bien, en este punto, entonces, cabe preguntarse cuál es la relación entre derrotabilidad y lagunas axiológicas. El punto de partida tiene que ver con los efectos que produce la derrotabilidad. Guastini explica muy bien esta relación entre derrotabilidad y lagunas axiológicas. Dice el autor italiano:

Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma). A veces dichos supuestos resultan reglados por otra norma del sistema, pero otras veces resultan no reglados por ninguna norma perteneciente al

sistema. En este último caso el sistema está con lagunas. Entonces, la derrota produce una laguna<sup>934</sup>.

Es decir, la derrota de una norma jurídica lleva al desplazamiento de ciertas soluciones jurídicas concretas que esa norma establece para ciertos casos puntuales (por ejemplo, para el caso puntual del nieto –o pariente- homicida del causante, se desplaza la solución consistente en declararlo como sujeto con derecho a la herencia de la víctima). El motivo por el cual se desplaza esta solución es porque ella se considera injusta o inadecuada; y la razón por la cual se califica así (es decir, como injusta o inadecuada) a esa solución, es porque se cree que en ella no se ha hecho una distinción que debió haberse hecho, o porque se distinguió donde no se debía hacerlo: en el primer caso, se ha tratado como iguales casos que son “sustancialmente” distintos; en el segundo caso, se ha tratado como distintos casos que son “sustancialmente” iguales (en el ejemplo del familiar homicida se han tratado como iguales casos que deben merecer tratamiento diferentes; en efecto, se ha tratado el caso de un familiar que mata al causante de la misma forma como se trata a cualquier otro familiar inocente con potencial derecho a heredar). En suma, la razón por la cual se da el desplazamiento de la solución es de índole valorativa o axiológica. Ahora bien, resulta que al desplazarse la solución para el caso específico, ese caso específico queda sin solución “actual”, al menos desde el punto de vista de la normativa positiva; es decir, la derrota de la norma, al desplazar la solución, genera un “vacío” actual de solución. Ese “vacío” puede eventualmente ser “llenado” recurriendo a alguna otra norma del sistema (es decir, se puede recurrir a alguna otra norma del sistema para darle solución al caso específico que, *prima facie*, era reglado por la norma derrotada y que ahora, debido a su derrota, ya no regula). Pero, también podría ocurrir que el “vacío” no pueda

---

<sup>934</sup> GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin”, op cit., pp. 284-285.

ser “llenado” (i.e., regulado) recurriendo a ninguna otra norma del sistema. En este último caso, afirma Guastini, se crearía una laguna.

No obstante, por lo expuesto es claro que en ambos casos hay una norma que regula el caso específico (en nuestro ejemplo, la norma sucesoria por la cual se reconoce derecho a heredar al pariente homicida); es decir, existe una respuesta normativa al caso específico. Por lo tanto, no se puede decir que exista una laguna normativa. Si se dice que no hay una norma a aplicar, es en el sentido de que no hay una *norma adecuada*, o mejor dicho, no hay una solución normativa adecuada al caso, pero no es que no haya solución normativa. Entonces, ya sea que el “vacío” pueda “llenarse” recurriendo a otra norma del sistema, o ya sea que no se encuentre norma positiva del sistema que pueda ser usada en reemplazo, en ambas situaciones estamos ante lagunas axiológicas. Ahora bien, y esto es lo importante, esas lagunas axiológicas tienen su origen en el desplazamiento o inaplicación de una solución normativa a un caso específico; en otras palabras, tienen su origen en la derrota de la norma jurídica. En conclusión, las lagunas axiológicas son producidas a partir de la derrota de las normas, o lo que es lo mismo, la derrotabilidad es la generadora de las lagunas axiológicas. Por eso, el mismo Guastini afirma que “[d]errotando normas, los juristas crean lagunas axiológicas”<sup>935</sup>. Aunque, sería más preciso decir que a partir de la derrota de las normas jurídicas es posible generar lagunas axiológicas. Esta precisión es pertinente porque, como se verá más adelante, no es que los juristas *creen* lagunas axiológicas a partir de la derrotabilidad, ya que ni la derrotabilidad ni las lagunas axiológicas se generan a partir de las meras valoraciones de los juristas; sino que tienen una naturaleza objetiva y, en todo caso, lo que pueden buscar los juristas con sus

---

<sup>935</sup> Ibid., p. 292.

interpretaciones es ser, o intentar ser, coherentes con el sistema (o más exactamente, con el contenido axiológico del sistema).

Ahora bien, en tanto que en el Estado constitucional hay una mayor presencia de casos de derrotabilidad, y en la medida que la derrotabilidad incide en la generación de lagunas axiológicas, entonces, como consecuencia lógica, ocurre que en el Estado constitucional se manifiestan más casos de lagunas axiológicas. Así pues, las lagunas axiológicas vendrían a ser un resultado ulterior de la naturaleza del Estado constitucional. En efecto, ya se ha dicho que en el Estado constitucional se da una centralidad a los valores, algo que se expresa de manera clara en la relevancia práctica a nivel jurídico que adquiere la constitución y, específicamente, los principios, normas las cuales –como también se ha mencionado- tienen un alto contenido axiológico. Esta relevancia del aspecto valorativo, que ahora adquiere fuerza jurídica efectiva, se convierte en una causa (adicional) de derrotabilidad, en la medida que ahora las propias normas jurídicas podrá ser inaplicadas, es decir, derrotadas, por cuestiones valorativa. Al surgir esta causa de derrotabilidad (por cuestiones valorativas), en el Estado constitucional se incrementan en gran medida las ocasiones (y por lo tanto, lo casos) de derrotabilidad. Ahora bien, ya se ha señalado que la derrotabilidad consiste en que no se concreten ciertas respuestas previstas por la norma, lo cual, en cualquier caso, no es otra cosa que generar una laguna axiológica (específicamente de este tipo, y no laguna normativa, puesto que sí existe una norma *prima facie* aplicable); con lo cual, se sigue que la derrotabilidad produce el surgimiento de lagunas axiológicas. Ahora bien, si el Estado constitucional favorece la manifestación de la derrotabilidad, y esta produce la aparición de lagunas axiológicas, entonces se concluye que la existencia del Estado constitucional y de los sistemas jurídicos

constitucionalizados es una condición que promueve la aparición de lagunas axiológicas. En suma, la aparición común de lagunas axiológicas en los sistemas normativos es una consecuencia propia, en última instancia, de la constitucionalización de los Estados contemporáneos, o si se quiere decir también, de la constitucionalización de los sistemas jurídicos actuales; constitucionalización que, a su vez, supone una generalización y preponderancia del aspecto valorativo en los sistemas jurídicos.

Ahora bien, Guastini establece una interesante relación entre derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación restrictiva. Según este autor, “[l]os conceptos de derrotabilidad y de laguna axiológica (...) son, a menudo, el resultado de una forma de interpretación bien conocida: la interpretación restrictiva”<sup>936</sup>. La idea, según Guastini, es que el primer acercamiento a la norma es a través de una interpretación restrictiva, o aun literal, de ella. No obstante, en un segundo momento, a partir de un juicio axiológico que haría el intérprete, que lo llevaría a considerar a la norma como inadecuada o injusta en su solución para un caso concreto, es que el intérprete terminaría rechazando esa interpretación restrictiva o literal, prefiriendo una interpretación que se base en la “intención del legislador” o en la “*ratio* de la norma”. El rechazo a la letra de la norma, o más precisamente, a su interpretación literal, se da en un proceso que supone dos cosas: primero, una discrepancia entre la letra de la norma y la *ratio* de la misma; y segundo, que lo segundo debe prevalecer sobre lo primero: “(...) quien rechaza la interpretación literal supone: primero, que existe una discrepancia entre lo que la

---

<sup>936</sup> Ibid., p. 286.



autoridad normativa ha dicho y lo que quería decir (o hacer); segundo, que la intención tiene que prevalecer sobre el texto”<sup>937</sup>.

En otras palabras, se puede decir, más precisamente, que la derrotabilidad y, consecuentemente, las lagunas axiológicas que de ella pueden generarse, son producto de la interpretación restrictiva y de la interpretación valorativa de las normas; o más exactamente, de la contraposición entre estos dos tipos de interpretaciones. Se darían así dos pasos (para llegar a la derrota de las normas, o para, ulteriormente, la creación de una laguna axiológica): en un primer momento se interpreta la norma de forma restrictiva, y luego, en un segundo momento, se compara esa interpretación restrictiva o literal con la interpretación valorativa de la norma, viéndose las diferencias entre una y otra, para, finalmente, desplazar la primera y hacer prevalecer la segunda. Ahora bien, aquí cabe la pregunta de por qué es que prevalece (o se prefiere hacer prevalecer) la interpretación basada en la intención de la norma a la interpretación literal. La respuesta ya se ha dado antes en esta misma tesis: en el contexto del Estado constitucional de derecho hay una centralidad de los valores, algo que se manifiesta en la omnipresencia de la constitución y, específicamente, de los principios. Por esta razón es que hay una prevalencia de las interpretaciones valorativas, es decir, aquellas que buscan una realización de los valores, frente a las interpretaciones literales. Así pues, por ello, es que, ante la mencionada discrepancia entre una interpretación restrictiva o literal de una norma, y una que se basa en la intención o la *ratio* de la norma, siempre prevalecerá esta última.

No obstante, a todo esto, hay aquí una precisión que es necesario hacer. Aunque la dinámica que explica la relación entre derrotabilidad y lagunas axiológicas que expone Guastini nos

---

<sup>937</sup> Ibid., p. 287.

parece correcta, no estamos de acuerdo; sin embargo, con la postura subjetivista de la interpretación que defiende el autor italiano. Así, Guastini llega a afirmar que “[l]a derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes”<sup>938</sup>. Esta opinión no nos parece correcta, ya que ni la derrotabilidad ni las lagunas axiológicas creemos que dependan solo de las valoraciones de los intérpretes. Es más, nuestra posición es que la derrotabilidad es una propiedad objetiva de las normas jurídicas (y de otros tipos de normas); y en el mismo sentido, la existencia de lagunas axiológicas es un fenómeno objetivo de los sistemas jurídicos, y no simplemente creaciones a partir de las subjetivas interpretaciones de los juristas. Para Guastini, en cambio, las lagunas axiológicas no tienen una existencia objetiva en los sistemas jurídicos, sino que, más bien, son “creadas” por los magistrados, a partir de sus consideraciones valorativas. Así pues, afirma este autor que

(...) las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del Derecho; estas son creadas por los intérpretes con el objeto de modificar el derecho existente por medio de un juicio de valor subjetivo, oculto en la estimación concerniente a la igualdad o a las diferencias “substanciales” entre las clases de casos<sup>939</sup>.

No obstante, como afirmamos, esto es necesariamente cierto. Y es que un jurista que identifica una laguna axiológica bien “podría estar tratando genuinamente de reconstruir aquellas propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa y no proponiendo sus propios juicios de valor de modo encubierto”<sup>940</sup>. Por ejemplo, en su sentencia sobre el caso del Vocal Diodoro Antonio Gonzales Ríos (Exp. N° 2409-2002-AA/TC), el Tribunal Constitucional peruano declaró inaplicable un acuerdo de no ratificación expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura

---

<sup>938</sup> Ibid., p. 288.

<sup>939</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. Op cit., p. 67.

<sup>940</sup> RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, op cit., p. 356.

(CNM), a pesar de que la Constitución establece que las resoluciones del CNM no son revisables en sede judicial. El Tribunal Constitucional, basándose en una lectura sistemática de la Constitución, alegó que tal prohibición constitucional de revisión judicial no alcanzaba a las resoluciones del CNM que violaban abiertamente derechos fundamentales de las personas (como habría sido en este caso). Pues bien, parece razonable pensar que, en este caso, los miembros del Tribunal Constitucional no resolvieron simplemente en base a “sus propios juicios de valor encubiertos”, sino tratando de ser coherentes con el sistema axiológico presupuesto en la Constitución, que, bajo el paradigma constitucional vigente de primacía de los derechos y libertades de las personas, se hace que prevalezcan los derechos individuales fundamentales frente a las formalidades y a los intereses institucionales. Obviamente, lo dicho no niega que, eventualmente, los juicios de valor o las preferencias de los jueces puedan coincidir con lo que el sistema axiológico propone (algo que, por lo demás, no debería ser negativo, sino todo lo contrario, porque supondría que los criterios axiológicos del juez coinciden con aquello que el sistema ha propuesto como adecuado).

En conclusión, uno de los aspectos en los cuales también tiene incidencia la derrotabilidad normativa es en la generación de lagunas axiológicas. Como ya se ha expuesto, es a partir de la derrota de una norma jurídica que se pueden generar lagunas axiológicas; o, en otras palabras, una de las consecuencias de la derrotabilidad es la generación de lagunas axiológicas, en la medida que la derrota de una norma desplaza o deja inaplicada una solución ofrecida por la norma (que es derrotada) para un caso específico, con lo cual se crea un “vacío” actual en cuanto a la regulación del caso. Por último, en este contexto la dinámica interpretativa que se exige es bastante especial, ya que, aunque se parte de la interpretación

literal, esta se ve luego desplazada en favor de una interpretación basada en la finalidad o *ratio* de la norma, es decir, una interpretación valorativa, interpretación esta última que es la que hace ver las limitaciones, inadecuación o injusticia de la solución dada por la regla al caso (si es interpretada literalmente). Esta preponderancia de la interpretación valorativa (por sobre la mera interpretación literal) no es más que una consecuencia coherente con la centralidad que los valores adquieren en el Estado constitucional de derecho.



## CONCLUSIONES

1. El modelo jurídico-político del Estado de derecho ha sufrido una transformación, pues ha pasado del tipo de Estado legislativo de derecho al tipo de Estado constitucional de derecho. La diferencia fundamental entre estos dos es que en Estado constitucional de derecho, las constituciones políticas son plenas y efectivas normas jurídicas (y no simples “programas políticos”), que no solo enuncian principios o directrices con carácter declarativo, sino que poseen una efectiva relevancia jurídica o fuerza normativa. En el Estado constitucional de derecho, además, la constitución viene a convertirse en la primera y superior norma del ordenamiento jurídico, siendo también la fuente primaria de producción de normas, la fuente suprema del ordenamiento jurídico del Estado. Consecuentemente con esto, es que la constitución se convierte en la guía general para la interpretación de las demás normas, en el sentido de todas las demás normas del sistema van a tener que ser interpretadas en función de la constitución, o lo que es lo mismo, todas las demás normas del sistema van a interpretarse en el sentido de que sean coherentes y no contradigan lo que dice la constitución o el espíritu de la misma. Por otro lado, en el Estado constitucional de derecho, la constitución adquiere una fuerza jurídica universal en relación con la totalidad del ordenamiento, esto quiere decir, que en los Estados constitucionales no hay ámbito jurídico que escape a la constitución, lo que implica que todos los ámbitos del ordenamiento van a estar sometidos al control constitucional. En otras palabras, en los Estados constitucionales los alcances y efectos jurídicos de la constitución van abarcar no solo el ámbito que es propiamente constitucional, sino que van a hacerse presente en la totalidad del ordenamiento (efecto de irradiación). Esto es importante, porque la constitución posee una alta carga axiológica, en tanto que tiene

disposiciones como las normas-principios, las cuales se caracterizan por tener un contenido valorativo, a la vez que transmiten valores; siendo esto así, y en tanto que la constitución va a tener como ámbito de aplicación todo el ordenamiento jurídico, entonces, esto va a llevar a que todo el ordenamiento jurídico se vea constitucionalizado, lo que va a significar que todo el ordenamiento jurídico va a estar “axiológizado”, o en otras palabras, que el aspecto valorativo o axiológico, presente en la constitución, se va a hacer presente en todo el ordenamiento jurídico, lo que supone que la moral o los valores van a tener, por un lado, un lugar central en el derecho, pero, también, que la moral va a adquirir –en última instancia, a través de la constitución, y específicamente de los principios constitucionales- relevancia jurídica efectiva. Por eso se va a empezar a hablar de una moralización del derecho, a la vez de una juridificación de la moral (García Figueroa).

2. El surgimiento y desarrollo del Estado constitucional de derecho va a ir aparejado al desarrollo del llamado neoconstitucionalismo. Este término es polisémico, ya que se puede entender hasta en tres sentido. Así pues, hay un neoconstitucionalismo teórico, un neoconstitucionalismo ideológico y un neoconstitucionalismo metodológico. Por neoconstitucionalismo teórico se entiende aquella teoría del Derecho apta para explicar las características del modelo institucional de aquella forma de organización política conocida como Estado constitucional de derecho; busca describir los logros del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos democráticos actuales. Pretende dar cuenta de las transformaciones tanto teóricas (como la positivización de contenidos morales) como metodológicas (relativas a la interpretación y aplicación del derecho) que ha sufrido el derecho con la aparición del constitucionalismo. Intenta “describir el funcionamiento del

sistema jurídico luego de las transformaciones provocadas por la Constitucionalización del Derecho” (Núñez Leiva). Estas transformaciones suponen la aparición de un nuevo tipo de modelo de sistema jurídico, el cual se caracteriza por la existencia de una constitución “invasora”, la positivización de los derechos fundamentales, la omnipresencia de principios y reglas en la constitución, así como una serie de nuevas particularidades relativas a la interpretación y aplicación de la ley (Comanducci). El neoconstitucionalismo teórico es, pues, la teoría del Estado constitucional de derecho, y como tal, no es que el neoconstitucionalismo teórico haya dado lugar al Estado constitucional, sino que, al revés, la aparición del Estado constitucional ha dado lugar al surgimiento del neoconstitucionalismo teórico, como teoría acerca del Estado constitucional o disciplina que lo estudia. No se trata, consecuentemente, de una teoría general de los Estados, sino solo de los Estados que son de derecho y constitucionales. El neoconstitucionalismo teórico es una aproximación descriptiva a los logros del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

El neoconstitucionalismo ideológico, en cambio, es una postura ideológica (no teórica), la cual valora positivamente el proceso de constitucionalización, lo defiende y propugna su expansión a otros ordenamientos que aún no se hayan “constitucionalizado” (como al interior de los sistemas jurídicos ya constitucionalizados, para que abarque la mayor cantidad de ámbitos de la realidad jurídica). Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de defensa de los derechos fundamentales; y resalta la exigencia de que las actuaciones del Legislativo y el Judicial estén dirigidas a la materialización y tutela de los derechos fundamentales. Su aproximación no es descriptiva (a-valorativa), no es neutral; sino normativa, prescriptiva y valorativa (positiva de los ordenamientos constitucionalizados), puesto que indica un deber

ser, manda como supone deben ser las cosas, la realidad jurídica (que es que debe estar “constitucionalizada”). Más que a una teoría, se trata de una filosofía política y jurídica que considera más adecuados los criterios de justicia de los sistemas constitucionales que los de los sistemas que no lo son.

El neoconstitucionalismo metodológico, por último, es la metodología de análisis jurídico que parte de la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral (por lo menos en los contextos de Estados constitucionales, donde los derechos fundamentales y los principios constitucionales actuarían como puente entre el derecho y la moral). Como metodología jurídica, el neoconstitucionalismo metodológico intenta responder a la pregunta sobre qué es el derecho); no se preocupa, por tanto, de defender algún valor específico relacionado con el neoconstitucionalismo.

**3.** El neoconstitucionalismo como teoría afirma que los Estados constitucionales tienen una serie de rasgos característicos, entre los cuales se pueden destacar cinco principales: a) *Omnipresencia de la constitución*: lo que implica el reconocimiento de la constitución como verdadera norma jurídica y con fuerza normativa (y no como mero documento programático o político); la supremacía constitucional, tanto como fuente como a nivel de aplicación e interpretación; la presencia de la constitución en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que supone la constitucionalización de todo el ordenamiento, de manera que no hay prácticamente ningún problema de relevancia jurídica que no tenga involucrado un aspecto constitucional, incluso en los casos entre particulares, y la necesidad de que todas las soluciones jurídicas, así como las normas jurídicas, sean acordes con la constitución (efecto irradiación de las normas constitucionales); b) *Omnipresencia judicial*: Como la constitución



–en los sistemas constitucionalizados- alcanza a todos los ámbitos del sistema jurídico, y como es a los jueces a quienes se les encarga la garantía del cumplimiento de las disposiciones constitucionales, entonces, los jueces ven su ámbito de acción ampliado a todas las esferas del sistema jurídico, pudiendo, por tanto, pronunciarse –desde una perspectiva constitucional- sobre potencialmente todos los temas jurídicos que tengan alguna relevancia, sea cual sea el ámbito del derecho al que pertenezcan esos temas (es decir, ya sea derecho civil, penal, laboral, tributario, administrativo, etc.; no limitándose, por tanto, solo al ámbito estrictamente constitucional). Ahora bien, si la judicatura adquiere tal potestad y tal capacidad de acción, tanto en lo relativo a los temas en los que se puede pronunciar, como a los campos del derecho en los que puede actuar; entonces, es claro que esto conlleva una disminución en el poder de decisión, resolución y autonomía del Legislativo; c) *Coexistencia de una constelación plural de valores*: El neoconstitucionalismo supone un pacto que se alcanza a través de la reunión de postulados diversos y, a veces, hasta contradictorios; las disposiciones constitucionales (sobre todo de principios y derechos) de manera general, se corresponden con valores que son diferentes. Esta pluralidad de valores y principios lleva a que no haya norma constitucional sustantiva que no tenga una norma opuesta que sirva para sustentar una solución opuesta; d) *Más principios que reglas*: Esto significa, no tanto que existes numéricamente más principios que reglas; sino que los principios adquieren un papel más relevante y decisivo en la interpretación y resolución de casos de contenido constitucional que las meras reglas; e) *Más ponderación que subsunción*: El hecho de que en los contextos neoconstitucionales se dé una predominancia de los principios sobre las reglas, lleva a que se recurra a una nueva forma de interpretación-aplicación, más acorde con la naturaleza de los principios. Este nuevo método, adecuado a los principios constitucionales, es la ponderación, la cual viene a ser una técnica

sustancialmente distinta a la técnica de la subsunción, que es la que de manera general se usa con las reglas.

4. Una de las distinciones más importantes en la teoría y filosofía del derecho contemporáneas es la que se hace entre principios y reglas. La diferencia es particularmente importante en el marco de los Estados constitucionales y del neoconstitucionalismo, en donde se ha dicho, se destaca el lugar central que adquieren los principios (específicamente, constitucionales). Ahora bien, entre aquellos que afirman una distinción entre normas de principios y reglas se dan dos posturas: una que afirma la tesis de la distinción “fuerte” y otra que afirma la tesis de la distinción “débil”. Para estos últimos, la distinción entre principios y reglas no es cualitativa, sino de grado, en la medida de que entre principios y reglas solo habría una diferencia relativa a una mayor generalidad de los primeros frente a los segundos, teniendo todas las demás características como comunes. La tesis de la distinción “fuerte”, en cambio, afirma que entre los principios y las reglas hay una diferencia esencial, por lo tanto son lógicas y ontológicamente diferentes, de manera que existen características propias de los principios que no se dan en las reglas. Se adhieren a la tesis de la distinción “fuerte”, entre otros, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero.

5. Los principios son normas esenciales y ontológicamente distintas a las reglas. Los principios se caracterizan, principalmente por: a) *Generalidad*: son más genéricas, ya que pueden ser realizados o violados en muchos modos distintos; esta generalidad afecta tanto al supuesto de hecho (los casos en que se aplica el principio) como a la consecuencia (el efecto jurídico). En contraposición, las reglas son normas con fórmulas específicas y consecuencias precisas; b) *indeterminación*: los principios tienen un contenido más vago y abierto, no solo en sus

términos, sino también en sus supuestos de aplicación; c) los principios tienen una mayor carga valorativa y axiológica que las reglas; d) *conflictualidad*: los principios, por su carácter abierto, están destinados a colisionar entre ellos, sin que uno tenga que necesariamente anular al otro (en cambio, si dos reglas colisionan, una de ellas debe ser expulsada del ordenamiento); e) los principios se sopesan o ponderan; no pueden ser resueltas las colisiones entre principios mediante los clásicos métodos de jerarquización, cronológico o de especialidad; f) *fuerza expansiva*: un principio debe ser aplicado en la mayor medida posible (en tanto son “mandatos de optimización”, en palabras de Alexy); por lo tanto, exige una interpretación extensiva; g) *dimensión nomogenética*: los principios fundamentan a las reglas (a cualquier otra norma), en base a una razón axiológica y no necesariamente de jerarquía (las reglas, en cambio, no fundamentan principios, aun cuando eventualmente pueda haber una regla contenida en una norma de mayor jerarquía que la que contiene el principio); h) los principios hacen coherente al sistema jurídico por tres razones: justifican al conjunto de las demás normas; vuelven derrotables las normas que contrastan con el principio; y, las normas del sistema tienen que ser interpretadas en función a los principios; i) la aplicación de las reglas se da “todo o nada”; mientras que los principios se aplican en la mayor medida posible en función de las condiciones fácticas y jurídicas existentes; por ello se dice que los principios son (o funcionan como) “mandatos de optimización” (Alexy); j) los principios pueden ser derrotados, es decir, pueden ser inaplicados en razón de excepciones implícitas. Específicamente con respecto a esta última característica, consideramos, no obstante, que la característica de la derrotabilidad está presente de manera general en todas las normas jurídicas, incluyendo los principios, ya que, como se ha examinado en esta tesis, todas las normas jurídicas pueden, eventualmente, ser desplazadas (i.e., inaplicadas, derrotadas) en función de excepciones implícitas, las cuales,

principalmente, tienen carácter moral. Además, está claro que las reglas pueden ser inaplicadas en casos en los cuales *prima facie* deberían aplicarse; esto en razón de un principio; en otras palabras, los principios pueden derrotar a las reglas, lo cual muestra que las reglas también son derrotables.

6. Los principios tienen una técnica de aplicación-interpretación especial, la cual es la ponderación o balance. Esta se opone al método tradicional por el cual se aplican las reglas, el cual es la subsunción, que es el procedimiento por el cual una norma se aplica deductivamente a un caso de manera directa. En la ponderación, al no haber un criterio jurídico predeterminado que dé prioridad a una de las normas en conflicto, el juzgador tiene que decidir cuál de las normas es más relevante al caso, y por ello, predominante frente a las otras, buscando en la medida de lo posible un equilibrio entre las normas en confrontación. La idea central de la ponderación, en la versión clásica de Robert Alexy, está expresada en la “ley de ponderación”, según la cual: *“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”* (Alexy). La ponderación, a su vez, en la teoría de Alexy, se encuadra en el núcleo del “principio de proporcionalidad”, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

7. El paso del tradicional Estado legislativo al actual Estado constitucional, implica el paso de un “derecho de reglas” a un “derecho de principios”. Lo que viene a plantear la existencia de un “derecho de principios” es la superación del formalismo que se asocia al “derecho de reglas”; lo cual daría paso a una forma nueva y más flexible de interpretar y aplicar el derecho, más sensible a las exigencias de la justicia. El “derecho de principios” supone la

prevalencia de estos sobre las reglas, en la medida que se entiende que, a través de los principios, se puede llegar a soluciones más justas y equitativas, en la medida que –mediante ellos- se introducen en el sistema jurídico consideraciones de valor (los principios expresan valores, como se ha dicho antes en este trabajo), que, por ello, posibilita arribar a soluciones más flexibles (en aras de alcanzar, precisamente, esa equidad y justicia de la cual antes se habló). En oposición, las reglas (y el derecho basado solo en ellas, o en el cual ellas prevalecen) poseerían una rigidez que (aunque propicia para la seguridad jurídica) sería “ciega” a los casos particulares, imprevistos o extraordinarios, que merecerían un “tratamiento especial” (a riesgo de cometer una injusticia, en el caso de que se diese una aplicación tajante y categórica de la norma. Además, mediante los principios se puede lograr que se llenen los vacíos que se dan en el derecho positivo, logrando así un ordenamiento jurídico completo y coherente: si un aspecto de la realidad jurídica no está legislado, o la solución legislativa que se ha dado parece axiológicamente inadecuada, la apelación a los principios va a servir para colmar esos vacíos o dar una respuesta axiológicamente adecuada a lo que ha sido legislado “deficientemente” (en este caso, los principios servirán para que se obtenga la interpretación valorativamente más adecuada de la legislación).

**8.** La concretización de los valores a través de la aplicación de los principios, implica la introducción de la moral en el derecho. Es decir, ahora la dimensión valorativa o moral forma parte de la realidad jurídica, lo cual posibilita que se elaboren interpretaciones variadas y flexibles del derecho, siempre dirigidas por el ideal de alcanzar la solución más justa posible. En eso, precisamente, consistiría la esencia de la ponderación como método de aplicación de los principios: en, tras sopesar o hacer un balance de las posibles soluciones (derivadas de

cada uno de los principios en juego), escoger aquella solución que resulta que optimiza más la realización de los derechos fundamentales, es decir, que realiza de la mejor manera el ideal de justicia y equidad. Ahora bien, nuestra tesis es que estas interpretaciones son posibles gracias a una característica estructural y lógica de las normas, la cual es la derrotabilidad, que, en pocas palabras, es la que posibilita que se den interpretaciones flexibles. La derrotabilidad se entenderá como la característica de las normas de poder verse superadas o vencidas (i.e. “derrotadas”) por otras normas, en la medida que estas últimas representen razones de más peso que las primeras, en el caso de que colisionen en un caso específico. Cuando una norma es derrotada por otra norma, la norma que se impone excepciona la norma derrotada, al menos en ese caso específico. Como no es posible enumerar todos los casos de colisión en los cuales puede verse involucrada una norma, es decir, como no es posible enumerar la totalidad de las normas que pueden o podrán entrar en colisión con esa norma; entonces, tampoco es posible enumerar todos los casos en que la norma podrá verse excepcionada. Pero, como se supone que los casos de colisión (y de excepción) existen realmente, aunque de manera potencial, entonces se dice que la norma está sujeta a “excepciones implícitas”. De ahí que también se entienda la derrotabilidad de las normas jurídicas como la condición de encontrarse (las normas) sujetas a *excepciones implícitas*.

**9.** Ahora bien, las razones por las cuales una norma derrota a otra son, en general (al menos en los contextos del constitucionalismo) de índole moral. Así, un principio derrotará a otro porque el primero ofrece razones morales más sólidas que el segundo; pero, también un principio se podrá imponer (derrotar) a una regla porque este lleva a una solución moralmente más aceptable (porque es más justa o equitativa) que la que ofrece la regla. Ahora bien, es en

la etapa interpretativa que se elaboran y se decide por esas respuestas “moralmente correctas”; pero esto solo es posible porque (debido a la derrotabilidad) existe la opción de que esas respuestas axiológicamente adecuadas puedan imponerse a las interpretaciones meramente formales o literales (las cuales, en otras circunstancias, serían las preferidas, o aún más, imperativas). En suma, parece claro que, en última instancia, la derrotabilidad tiene una incidencia sobre la labor interpretativa del derecho.

**10.** El Estado constitucional, que es un Estado donde predomina el “derecho por principios”, es decir, donde los principios prevalecen sobre las reglas, hace que se instituya a la ponderación como la forma de aplicación paradigmática y principal en la práctica jurídica, pues es ella la que se presenta como el método de aplicación propio de los principios. Ahora bien, estos principios se caracterizan por ser derrotables; de manera que su posible aplicación en un caso, puede verse desplazada por otro principio cuya fuerza es mayor, en la medida que expresa razones morales más relevantes que las que expresa el primer principio (todo principio, se ha dicho, expresa valores morales). Igualmente, puede un principio –en la misma lógica- desplazar a una regla. Pues bien, la decisión de desplazar un principio e imponer otro, se da al momento de evaluar-interpretar esos principios, asignando la interpretación que es axiológicamente más adecuada de las posibles (en el caso de cada principio). Es en el momento de la interpretación que se asigna el sentido a las normas, en este caso a los principios (y, eventualmente, a las reglas), y por eso, es en este momento en el cual se puede ver cuál de los sentidos es el más adecuado desde una perspectiva axiológica. Y esa “interpretación axiológicamente mejor” será la que se deberá aplicar; y se podrá aplicar porque la estructura de las normas (derrotables), y la lógica del derecho (que incorpora la

derrotabilidad) permite esta flexibilidad, y, por lo tanto, esta dinámica según la cual, normas *prima facie* aplicables a un caso, pueden ser válida y legítimamente desplazadas, sin incumplir con lo exigido por el Derecho.

**11.** De manera general, que algo sea *derrotable* significa que aquello, si bien puede ser considerado válido bajo las circunstancias actuales (o en circunstancias *normales*), bajo otras circunstancias, (o en circunstancias *excepcionales*) puede terminar no siendo válido; es decir, puede terminar siendo “vencido” o “derrotado” (en su verdad o validez), al entrar en “conflicto” o al “enfrentarse” a otro juicio, proposición, afirmación, norma, etc., en otro momento o circunstancia específica. Así pues, el concepto de derrotabilidad supone que, algo que es estable o válido en un momento, es factible de ser desplazado o vencido (i.e., derrotado) por otra entidad similar en un momento posterior. La derrotabilidad se puede manifestar tanto en los juicios como en los razonamientos cotidianos. Una característica de la derrotabilidad es que el hecho de la “derrota”, es decir, del desplazamiento del juicio o razonamiento original, se da al darse un aumento de la información. Además, como se entiende que las condiciones que efectivizan la derrota existen objetivamente y son preexistentes o al menos coexistentes a la situación que es derrotada, entonces se dice que existen “excepciones implícitas” que, al manifestarse, invalidan el juicio o razonamiento.

**12.** Los razonamientos derrotables son razonamientos no monotónicos. Los razonamientos monotónicos son los razonamientos de la lógica clásica, que se caracterizan porque la introducción de una premisa nueva no modifica la conclusión; es decir, el aumento de información, no contradictoria, no varía la conclusión a la cual se ha llegado inicialmente. En los razonamientos no monotónicos, en cambio, la introducción de nueva información, es decir,



de nuevas premisas al razonamiento pueden eventualmente modificar la conclusión inicial. En los razonamientos no monotónicos, y específicamente en los derrotables, no se funcionan las leyes deductivas del *modus ponens* ni del refuerzo del antecedente. Se pueden reconocer estos tipos de razonamientos tanto en la vida cotidiana, como en el ámbito práctico, tanto moral como jurídico.

**13.** La derrotabilidad en el ámbito práctico, tiene relación con la noción de obligación o deber *prima facie*. Las obligaciones *prima facie* son aquellas obligaciones (morales, jurídicas, etc.) que en principio deben ser cumplidas; sin embargo, por distintas circunstancias, pueden resultar siendo desplazadas por otras obligaciones o deberes. Se supone que ese desplazamiento se da, principalmente, cuando se da una colisión o conflicto de deberes, que es lo que lleva a que se tenga que escoger entre deberes, siendo, al final, desplazado uno de ellos. Pero, hasta antes de que se dé el conflicto, se supone que el deber *prima facie* es obligatorio, y debe de ser cumplido. La noción de deber *prima facie* se opone a la concepción kantiana de los deberes, según la cual estos son categóricos, además de que niega la existencia de verdaderos conflictos entre deberes. El aspecto de las obligaciones *prima facie* es un factor que solo se manifiesta en los razonamientos prácticos (morales y jurídicos), influye en la derrotabilidad de estos; no se da, en cambio, en los razonamientos fácticos, y por lo tanto, en ellos no es un factor de derrotabilidad.

**14.** La derrotabilidad es una característica propia de las normas jurídicas y del razonamiento jurídico. En la medida que se pueda entender las normas como condicionales, es posible que se considere a estas como condicionales derrotables. De igual manera, los razonamientos jurídicos pueden verse como razonamientos en los cuales se hace presente la derrotabilidad.

De manera general, la derrotabilidad en el ámbito jurídico es producto de la colisión entre normas. De singular importancia, no obstante, son los casos en los cuales se ve involucrado un principio en disputa, básicamente por dos razones: primero, porque el fundamento principal por el cual usualmente un principio predomina es por razones valorativas o axiológicas; segundo, porque, en los casos en los cuales colisiona una regla y un principio, y el principio prevalece, entonces este derrota a la regla, con lo cual queda demostrado que las reglas también son normas derrotables. Siendo, entonces, reglas y principios derrotables, consideramos que la derrotabilidad es una propiedad presente en todas las normas jurídicas (al menos, en aquellas que tengan una estructura condicional).

**15.** La derrotabilidad es un fenómeno que tiene como presupuesto adoptar una perspectiva dinámica de la realidad. Solo cuando se considera la posibilidad de un cambio en el contexto, de un desarrollo en la realidad, y se introduce el factor temporal, es que es lícito evaluar si algo (v. gr., una proposición) es derrotable o no. Y es que solo en el tiempo y cuando se da el cambio de contexto o se da un desarrollo en la realidad, es que se puede introducir el nuevo factor que *derrota* la consecuencia inicial de la proposición y hace que se reemplace por una conclusión distinta. Lo dicho se aplica igualmente en el ámbito jurídico. Las normas pueden contener deberes, los cuales, considerados desde una perspectiva estática y descontextualizada, no pueden más que considerarse como obligatorios. Sin embargo, si se toma en cuenta que los deberes se dan en un contexto y se aplican en el espacio y en el tiempo, se puede considerar que estos pueden ser solo *prima facie* (y por lo tanto, derrotables), en la medida que, ante un nuevo contexto (temporal y espacial) se pueden introducir factores que

cambien sustancialmente la realidad y hagan que el deber inicial sea inexigible, siendo desplazado por una nueva obligación que, en esta nueva realidad, posee mayor peso.

**16.** Existe una diferencia importante entre las proposiciones de hecho y las normas, y es que, mientras las primeras tratan sobre el *ser*, las segundas se refieren al *deber ser* (o a deberes). Entonces, para el caso de las normas hay un factor adicional de cambio de contexto, que no existe en el caso de las proposiciones, el cual es el factor moral: las consideraciones morales o valorativas que se presentan con posterioridad o que se introducen en un segundo momento (tras una reconsideración, por ejemplo), pueden ser suficientes para llevar a la inaplicación de una norma. Esto porque ese nuevo “dato” valorativo o moral hace que se modifique la realidad o el contexto práctico-jurídico sobre el cual se va a resolver mediante una norma. Los razonamientos derrotables son pasibles de que sus conclusiones cambien ante la introducción de nueva información. En el caso del derecho esa nueva información incluye la “información axiológica”. Además, los principios, de manera general, contienen y transmiten valores. Con lo cual se tiene que, en el derecho, una parte determinante de la nueva información fundamental es dada por los principios. Por lo tanto, resulta claro que, en los razonamientos jurídicos, un elemento esencial de introducción de nueva información relevante, que puede llevar a variar las condiciones de la realidad, lo constituyen los principios (en la medida que se constituyen en vehículos de elementos valorativos).

**17.** La interpretación jurídica es la labor encaminada a encontrar lo que quiere decir la norma. No se trata, por tanto, de una asignación o invención de significado. La interpretación es una actividad necesaria en la medida que el sentido de una norma no sea claro. Esta falta de claridad se debe, principalmente, a la llamada “textura abierta del lenguaje”. Esta expresión,

surgida en el ámbito científico, sirve para referirse a la universal posibilidad de vaguedad que poseen los enunciados empíricos. Al pasar al contexto jurídico, se refiere a la posibilidad de vaguedad que se da en los enunciados normativos, y que genera que estos puedan ser entendidos en más de un sentido.

**18.** Se pueden reconocer hasta tres posturas con respecto a la interpretación jurídica. La primera, conocida como postura cognoscitivista, considera que todas las normas tienen un sentido propio, y la labor del intérprete, en todos los casos es la de encontrar esos sentidos. Para la postura escéptica las normas no tienen ningún significado inherente, sino que más bien el intérprete otorga o “inventa” significados a las normas jurídicas. La postura “intermedia” sobre la interpretación jurídica, en cambio, reconoce que existen, de un lado, casos claros, en la medida que los textos (jurídicos) que deberán ser interpretados para luego aplicarse en la resolución del caso, tienen un significado determinado o definido, y por lo tanto, no acarrear mayor problema de interpretación; a lo sumo, entonces, la “interpretación” consistirá en “exponer”, “manifestar” o hacer patente ese significado ya determinado o definido. Ahora bien, la razón por la cual el enunciado o texto jurídico posee ya un significado determinado es, de manera general, porque existe un consenso general previo (a nivel de la comunidad jurídica) o una definición oficial que señala cuál es el significado de ese texto o enunciado; en otras palabras, indica como este debe ser interpretado. De otro lado, también afirma la existencia de casos difíciles, en la medida que también existen enunciados o textos jurídicos cuyo significado no está determinado, por ser debatible, ambiguo o confuso. No hay, en estas circunstancias consenso en el significado, no determinación de carácter oficial del mismo. Así pues, existen textos o enunciados con significado determinado; de lo que se sigue que existen

límites a la interpretación que se pueda dar de los textos o enunciados. Así, hay interpretaciones aceptables y no aceptables; interpretaciones que van “más allá”, y por ello pueden ser válidamente calificadas como incorrectas.

**19.** En la medida que se acepta que existen significados determinados (que son los que el intérprete debe reconocer, y por lo tanto, no resultaría correcto “inventarle” o “asignarle” uno distinto; lo que sería un ejercicio fuera de los límites de la interpretación), los enunciados o textos en los cuales están presentes estos significados determinados no tienen que ser interpretados, o en todo caso, lo que se aplica aquí es una interpretación literal. En suma, la interpretación no es una actividad que se deba dar siempre, sino solo en los casos de falta de claridad. En este trabajo se asume la postura intermedia de la interpretación y sus consecuencias.

**20.** La interpretación es una actividad distinta a la argumentación. La interpretación, como se ha mencionado, consiste en encontrar el significado a un enunciado jurídico. La argumentación, en cambio, consiste en la actividad de fundamentar una decisión jurídica, dando para ello razones o argumentos. En buena cuenta, pueden considerarse como actividades complementarias, en la medida de que, para argumentar, es necesario antes interpretar lo que quieren decir los enunciados jurídicos; a la vez, la labor interpretativa, para sustentarse, debe recurrir a la argumentación. La argumentación, en general, implica: un lenguaje; un problema o cuestión debatible; ir más allá de las meras descripciones o prescripciones; y, la racionalidad. Adicionalmente, en la argumentación jurídica: se discute en relación a normas, es decir, se discute en relación a un deber ser (entonces, la argumentación jurídica consiste en justificar enunciados normativos y de decir por qué se debe o no se debe

hacer tal o cual cosa); las normas de las que se trata son jurídicas (por lo tanto, las razones que se deben dar son de carácter jurídico); y, se trata de una argumentación altamente institucionalizada.

**21.** En la labor argumentativa hay que hacer una serie de distinciones. Una primera es la que diferencia entre explicar y justificar. Justificar o motivar es dar razones que, precisamente, justifiquen una acción; en cambio, una explicación es señalar los antecedentes que han producido una acción. Esto último es una labor descriptiva, cosa que la justificación no es. La argumentación trata principalmente de justificaciones, y no de meras explicaciones, aunque estas últimas sean pertinentes, importantes o aún necesarias en ciertas circunstancias argumentativas. Otra distinción es entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. En el campo del derecho, en el contexto de descubrimiento se ubicarán las motivaciones psicológicas o sociológicas que llevaron a que se dé una determinada resolución jurisdiccional; mientras que en el contexto de justificación se prescinde del proceso que ha llevado a la decisión y lo que importa es el conjunto de razones que se aportan para sustentar una determinada decisión. La argumentación jurídica, entonces, se ubicaría en el contexto de justificación. Finalmente, una última distinción es la que se da entre justificación interna y justificación externa. La justificación interna es de carácter lógico-deductivo, y consiste en el paso de las premisas a la conclusión”; mientras que la justificación externa consiste en “la justificación de las premisas”, lo cual exige algo más que el recurso a la sola lógica deductiva. La justificación interna, de manera general, es suficiente para resolver los casos fáciles o cotidianos, y se podría emparentar con el método de la subsunción. En cambio, la justificación

externa es pertinente a los casos difíciles, en donde la apelación a la mera lógica es insuficiente.

**22.** La naturaleza política y axiológica de la Constitución hace que la labor interpretativa de esta sea peculiar, y que tenga características diferentes a la forma de interpretar cualquier otra norma. La interpretación de la Constitución no solamente implica “asignar un significado” al texto constitucional; sino que esa labor necesariamente supone que se debe asignar un significado que lleve a que se cumplan o se dé plenitud al contenido del acuerdo político presente en la Constitución. La interpretación constitucional se encuentra guiada o dirigida en función de ese objetivo político y axiológico. Por lo mismo, aquellas interpretaciones de la constitución –por muy “razonables” que pudieran parecer a primera vista o por muy fieles a la “letra” de la Constitución que aparezcan- no pueden ser aceptadas si contrarían el logro del objetivo político y axiológico de la Constitución. Por otro lado, la Constitución viene a estar caracterizada por la gran cantidad de principios que contiene; siendo así la naturaleza de la constitución, parece que se impone recurrir a una forma de interpretación que no se quede en el mero formalismo (más propio de la interpretación de las reglas); en buena parte también para que, a través de esta interpretación menos formal, más flexible y más guiada por la *ratio*, que por la letra, se logre cristalizar el contenido valorativo presente en los principios, cosa que a veces el mero formalismo no permite alcanzar. En la interpretación se impone como necesario o imprescindible tomar en cuenta las cuestiones valorativas y situarnos en una instancia axiológica, por la simple razón de que los mismos principios contienen y representan valores; así que no sería posible interpretarlos adecuada y válidamente sin considerar la dimensión de los valores, la dimensión axiológica. Al ser el factor axiológico un elemento

fundamental a tomar en cuenta en la interpretación, entonces, este factor podrá incluso llevar a que se puedan encontrar interpretaciones que, aunque a primera vista no siguen la letra de la norma, sí son válidas porque cumplen su “espíritu”, su *ratio*, en otras palabras, realizan el contenido axiológico del principio. En otras palabras, lleva a que se privilegien y proliferen las interpretaciones menos literales pero más “valorativas” o “axiológicas”, o acordes con el “espíritu” de la constitución (que no viene a ser otra cosa sino el “espíritu” o los fundamentos del Estado democrático constitucional); en detrimento de las interpretaciones formalistas, cuya preocupación principal es reflejar lo más precisamente posible lo que literalmente dice la norma.

**23.** La derrotabilidad es un factor que incide en la interpretación constitucional en el marco de los Estados constitucionales. Un primer hecho que manifiesta esta incidencia de la derrotabilidad en la interpretación es la preponderancia de la interpretación valorativa de las normas. Al respecto, es claro que la asignación de relevancia práctica a nivel jurídico a la moral solo se da (o en todo caso, se da de manera más importante) en los sistemas jurídicos de tipo constitucionalista, que en aquellos que son de corte positivista o normativista. Es por esta razón que en los Estados constitucionales la derrotabilidad adquiere una presencia más marcada. Es decir, el importante lugar que la derrotabilidad adquiere en el contexto de los Estados constitucionales (más que en cualquier otro) no es porque no esté presente la derrotabilidad como propiedad de las normas y enunciados jurídicos en otros contextos; sino porque en los contextos de los Estados constitucionales se amplía (de manera significativa) los supuestos y los posibles escenarios de derrota, al incluirse ahora también las consideraciones de tipo axiológico o moral (y ya no solo las de carácter estrictamente jurídicas), aumentando



así su presencia, relevancia y manifestación. En pocas palabras, es el nuevo contexto neoconstitucionalista el que aumenta la presencia de la derrotabilidad (pero no la crea), al generar nuevos escenarios o supuestos de derrota para las normas o enunciados jurídicos. En buena cuenta, si las normas o enunciados jurídicos pueden ser derrotados por razones morales, entonces, ahí donde lo moral tenga mayor y efectiva relevancia práctica, se incrementarán e intensificarán los escenarios en los cuales se manifieste la derrotabilidad. Y esto (la asignación de una efectiva relevancia práctica a la moral) se da eminentemente en los Estados constitucionales. Por otro lado, lo que genera la derrota es, de manera general, la introducción de nueva información. Pues bien, esa nueva información en el ámbito jurídico, es introducida generalmente a través de otras normas (que son las que contienen, precisamente, esa carga moral o directamente los enunciados morales que se van a introducir como “nueva información”; el caso paradigmático de este tipo de normas lo constituyen las normas constitucionales, y especialmente las normas de principios). De ahí que se afirme que lo que usualmente produce la derrota de una norma jurídica es su colisión con otra norma jurídica. No obstante, se debe precisar que el factor moral que genere la derrota de las normas o enunciados jurídicos, también puede ser introducido a través de normas no positivizadas o aún, a través de las mismas normas morales. Esto último sería un aspecto distintivo de los ordenamientos neoconstitucionalistas.

**24.** La derrotabilidad como propiedad de las normas se ve potenciada en los contextos de los Estados constitucionales, en la medida que en estos hay una mayor influencia del factor axiológico o valorativo, en tanto que tiene una real relevancia práctica. En otras palabras, en los Estados constitucionales el elemento axiológico o valorativo adquiere una real relevancia

práctica, y en esa medida, se convierte en un constante factor productor de situaciones de derrotabilidad de normas jurídicas. Como consecuencia de esto (de que el factor axiológico o valorativo efectivamente causa constantemente situaciones de derrotabilidad) en el Estado constitucional, entonces, aumentan los supuestos de derrotabilidad normativa, en la medida que ahora se tienen no solo excepcionales casos de derrotabilidad a partir de consideraciones valorativas, sino que estos casos pasan a ser parte de *canon*, siendo, por lo tanto, mucho más frecuentes. Esto es lo que quiere decir que en los Estados constitucionales la derrotabilidad se potencia como propiedad de las normas jurídicas. En última instancia, como consecuencia de todo esto, a nivel de la interpretación se va a dar mayor importancia a las interpretaciones valorativas (básicamente, aquellas que buscan encontrar la *ratio* de la norma) en detrimento de las interpretaciones literalistas, las cuales van a entrar en crisis en los contextos neoconstitucionales.

**25.** Una segunda situación en la que se manifiesta la relación entre Estado constitucional, interpretación y derrotabilidad, es en la aparición de lagunas axiológicas. Las lagunas axiológicas son situaciones distintas a las lagunas que podemos llamar normativas. En estas últimas, no hay ley o norma alguna que regule una situación deónticamente relevante. En las lagunas axiológicas, en cambio, que sí hay una norma que regula una determinada situación, pero resulta que la solución que la norma ha dado a esa situación aparece como inadecuada, injusta, inadmisible o axiológicamente inconveniente. Lo que hace que una situación sea una laguna es el hecho de que, aunque el caso está normado jurídicamente, esta regulación es inadecuada o inadmisible desde un punto de vista valorativo o axiológico. En una laguna axiológica, a pesar de que, objetivamente, sí existe una norma aplicable, en la medida de que

no hay una norma que regule adecuadamente ese caso genérico, es que se dice que estamos ante una laguna. En otras palabras, lo que falta no es una norma, sino una norma *justa*.

**26.** La existencia de lagunas axiológicas supone que el Legislador no ha tomado en cuenta alguna propiedad que debería haber sido tomada en cuenta; es decir, no ha considerado como relevante una propiedad que debió haber sido considerada relevante. El conjunto de todas las propiedades relevantes *de hecho presentes* en los casos en un sistema normativo, se denomina *tesis de relevancia*; en cambio, se llama *hipótesis de relevancia* al conjunto de todas las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes. Las lagunas axiológicas, como fenómeno jurídico distinto a las lagunas normativas, surgen cuando no coinciden la tesis de relevancia de un sistema y la hipótesis de relevancia, lo cual implica una inadecuación axiológica en el sistema, en la medida que las propiedades que han sido establecidas de hecho como relevantes no son todas las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes. Ya que el sistema no ha considerado como relevantes propiedades que deberían ser consideradas como tales, a la hora de establecer ciertos casos, estos carecerán de estas propiedades relevantes en su configuración, de manera que no se harán distinciones importantes o, en general, se dará una solución inadecuada al caso. En la medida que se puede decir que al caso se le ha dado una solución axiológicamente inadecuada, por no tomar en cuenta un factor importante (i.e., propiedad relevante), se podrá decir que se está frente a una laguna axiológica.

**27.** La derrota de una norma jurídica se lleva a cabo, siempre que se comparan las propiedades que en esta se han considerado como relevantes, con las propiedades que *deben ser* consideradas como relevantes. La constatación de que en la norma N *no se ha* considerado

como relevante una propiedad “p” que *debería* haber sido considerada como relevante, es lo que, en última instancia, lleva a que esa norma N no sea aplicada en un caso específico, es decir, sea derrotada. O sea, es porque se reconoce que existe una propiedad prescriptivamente relevante que no ha sido tomada en cuenta por el legislador, que la norma es derrotada.

**28.** La derrota de una norma jurídica lleva al desplazamiento de ciertas soluciones jurídicas concretas que esa norma establece para ciertos casos puntuales. El motivo por el cual se desplaza esta solución es porque ella se considera injusta o inadecuada; y la razón por la cual se califica así (es decir, como injusta o inadecuada) a esa solución, es porque se cree que en ella no se ha hecho una distinción que debió haberse hecho, o porque se distinguió donde no se debía hacerlo.

**29.** Al desplazarse la solución para el caso específico, ese caso específico queda sin solución “actual”, al menos desde el punto de vista de la normativa positiva; es decir, la derrota de la norma, al desplazar la solución, genera un “vacío” actual de solución. Como hay una norma que regula el caso específico, no se puede decir que exista una laguna normativa. Si se dice que no hay una norma a aplicar, es en el sentido de que no hay una *norma adecuada*; entonces, estamos ante lagunas axiológicas. Ahora bien, esas lagunas axiológicas tienen su origen en el desplazamiento o inaplicación de una solución normativa a un caso específico; en otras palabras, tienen su origen en la derrota de la norma jurídica. En conclusión, las lagunas axiológicas son producidas a partir de la derrota de las normas, o lo que es lo mismo, la derrotabilidad es la generadora de las lagunas axiológicas.

**30.** En tanto que en el Estado constitucional hay una mayor presencia de casos de derrotabilidad, y en la medida que la derrotabilidad incide en la generación de lagunas axiológicas, entonces, como consecuencia lógica, ocurre que en el Estado constitucional se manifiestan más casos de lagunas axiológicas. Así pues, las lagunas axiológicas vendrían a ser un resultado ulterior de la naturaleza del Estado constitucional.

**31.** Se puede establecer una relación entre derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación restrictiva. La idea es que el primer acercamiento a la norma es a través de una interpretación restrictiva, o aun literal, de ella. No obstante, en un segundo momento, a partir de un juicio axiológico que haría el intérprete, juicio que lo llevaría a considerar a la norma como inadecuada o injusta en su solución para un caso concreto, es que ese intérprete terminaría rechazando esa interpretación restrictiva o literal, prefiriendo una interpretación que se base en la “intención del legislador” o en la “*ratio* de la norma”. El rechazo a la letra de la norma, o más precisamente, a su interpretación literal, se da en un proceso que supone dos cosas: primero, una discrepancia entre la letra de la norma y la *ratio* de la misma; y segundo, que lo segundo debe prevalecer sobre lo primero: En otras palabras, se puede decir, más precisamente, que la derrotabilidad y las lagunas axiológicas que de ella pueden generarse, son producto de la interpretación restrictiva y de la interpretación valorativa de las normas; o más exactamente, de la contraposición entre estos dos tipos de interpretaciones.

**32.** En fin, una de las consecuencias de la derrotabilidad es la generación de lagunas axiológicas, en la medida que la derrota de una norma desplaza o deja inaplicada una solución ofrecida por la norma (que es derrotada) para un caso específico, con lo cual se crea un “vacío” actual en cuanto a la regulación del caso. En este contexto, aunque se parte de la

interpretación literal, esta se ve luego desplazada en favor de una interpretación basada en la finalidad o *ratio* de la norma, es decir, una interpretación valorativa, interpretación esta última que es la que hace ver las limitaciones, inadecuación o injusticia de la solución dada por la regla al caso (si es interpretada literalmente). Esta preponderancia de la interpretación valorativa (por sobre la mera interpretación literal) no es más que una consecuencia coherente con la centralidad que los valores adquieren en el Estado constitucional de derecho.



## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Universidade da Coruña, La Coruña, número 4, 2000.

ACUÑA SILVA, Elia Carmen, et al. *Lógica formal y lógica no-formal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudios Generales Letras, 2002.

ADRIÁN CORIPUNA, Javier Antonio. *Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Escuela de Graduados, 2014.

ALCHOURRÓN, Carlos. “Sobre derecho y lógica”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), número 13, octubre de 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos E. (ed.). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, *Lógica*. Madrid: Trotta, 1995.

ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1974.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. New York: Springer Verlag, 1971.

ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2da edición, 2004.

ALEXY, Robert. “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 22, Número 66, Septiembre – Diciembre 2002.

ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

ALEXY, Robert. “Los principales elementos de mi filosofía del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 32, 2009.

ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios y razón práctica”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 5, 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.



ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALTERIO, Ana Micaela. *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III – Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2015. Disponible en:

<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21151/alterio-am-tesis.pdf?sequence=1>

ANZURES GURRÍA, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 22, enero-junio de 2010. Disponible en:

<<http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>>

ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín. *El Derecho civil constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducción de Julio Pallí Bonet. Madrid: Editorial Gredos, 2014.

ARISTÓTELES. *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos, 1988.

ARISTÓTELES. *Tratados de lógica (Órganon) I. Categorías – Tópicos – Sobre las refutaciones sofísticas*. Madrid: Gredos, 1982.

ATIENZA, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 44, 2010.

ATIENZA, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 21-II, 1998.

ATIENZA, Manuel. “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”. En: AÑÓN, María José y MIRAVET, Pablo (Eds.). *Derechos, justicia y Estado constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*. Valencia: Tirant Lo Blanc., 2005.

ATIENZA, Manuel. “Constitucionalismo, globalización y derecho”. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA Editores, 2009.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Editorial Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001

ATIENZA, Manuel. “Estado de derecho, argumentación e interpretación”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Boletín Oficial del Estado - Ministerio de Justicia e Interior de España, Época 2, tomo XIV, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1993.

ATIENZA, Manuel. *Tres lecciones de teoría del derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2000.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Sobre principios y reglas”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 10, 1991.

AUSÍN, Txetxu. “Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos: un análisis crítico”. En: *Revista de Filosofía*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Filosofía, volumen 23, 2000.

BANDIERI, Luis María. “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”. En: PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, métodos y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”. En: *Revista Jurídica de Derecho Público*. Guayaquil: Facultad de

Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, Tomo 1, julio de 2009. Disponible en:

<http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>

BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, ALÁEZ CORRAL, Benito (y) FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos. 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000.

BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BAYÓN. Juan Carlos. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”. En: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 24, 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL PULIDO, CARLOS. “Estructura y límites de la ponderación”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 26, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 77, mayo-agosto de 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos (editor). *La doble dimensión del Derecho. Autoridad u razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra Editores, 2011.

BEUCHOT, Mauricio. *Ensayos marginales sobre Aristóteles*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1997.

BOHMAN, James. “La democracia deliberativa y sus críticos”. En: *Metapolítica*. México D.F., Centro de Estudios de Política Comparada, volumen 4, n° 14, abril-junio 2000.

BONORIO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

BOTERO BERNAL, Andrés (coordinador académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012.

BLANCO, Víctor. «Los límites de la Justicia». En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del derecho*. México D.F. Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), año 1, n° 2, abril 1995.

BULYGIN, Eugenio. “Sistema deductivo y sistema interpretativo”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 13, octubre de 2000.

BULYGIN, Eugenio. «Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho». En: ALCHOURRON, Carlos E. (y) Eugenio BULYGIN. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CABRA APALATEGUI, José Manuel. “La unidad del razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, número 33, 2010.

CADENA ROA, María del Carmen. “Modelación de las obligaciones morales prima facie con la lógica no monotónica”. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Filosofía, El saber filosófico, Morelia, UMSNH, 14-18 de noviembre de 2005. Disponible en: [www.filosoficas.unam.mx/~morado/Cursos/05FallMono/Roa.doc](http://www.filosoficas.unam.mx/~morado/Cursos/05FallMono/Roa.doc)

CARACCIOLO, Ricardo. “Normas derrotables: La concepción de Carlos Alchourrón”. En: *Análisis Filosófico*. Buenos Aires, volumen 26, número 1, mayo de 2006.

CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para una definición”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, tomo 88, junio de 2008.

CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

CARBONELL, Miguel “Nuevos tiempos para el Constitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, segunda edición, 2005.

CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003.

CARBOBELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. “¿Qué es la constitucionalización del Derecho?”. En: *Quid Iuris*. Chihuahua: Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, número 15, 2011. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando. *La argumentación como derecho*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

CARNOTA, Raúl. “Lógica e inteligencia artificial”. En: ALCHOURRÓN, Carlos E. (ed.). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, *Lógica*. Madrid: Trotta, 1995.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1990.

CASTAÑEDA, Felipe, DURÁN, Vicente y HOYOS, Luis Eduardo (eds.). *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

CATENACCI, Imerio Jorge. *Introducción al Derecho: teoría general; argumentación; razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

CIANCIARDO, Juan. “Modernidad jurídica y ‘falacia naturalista’”. En: *Dikaion – Lo Justo*. Bogotá: Universidad de La Sabana, año 18, número 13, noviembre de 2004.



CLÉRICO, Laura. “Los ‘casos’ en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo ‘especificionista’ de Moreso”. En: BERNAL PULIDO, Carlos (editor). *La doble dimensión del Derecho. Autoridad u razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra Editores, 2011.

CLÉRICO, Laura. “Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

COHEN, Joshua. “Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa”. En: *Metapolítica*. México D.F., Centro de Estudios de Política Comparada, volumen 4, n° 14, abril-junio 2000.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Isonomía : revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 16, abril de 2002.

COMANDUCCI, Paolo. “Neoconstitucionalismo ideológico y Estado constitucional de derecho”. En: ORTEGA, Santiago (editor). *¿Existe el neoconstitucionalismo?: razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 21, volumen II, 1998.

COPI, Irving. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1972.

DEAÑO, Alfredo. *Introducción a la lógica formal*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

DIAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1982.

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. “La tópica”. En: *Revista Alegatos. Órgano de difusión del Departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades*. México D.F. Universidad Autónoma Metropolitana, número 32, 1996. Disponible en: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/29/32-14>

DURÁN CASAS, Vicente. “La actualidad del pensamiento moral de Kant”. En: CASTAÑEDA, Felipe, DURÁN, Vicente y HOYOS, Luis Eduardo (eds.). *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”. En: DWORKIN, Ronald (ed.) *La filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989.

DWORKIN, Ronald (ed.) *La filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Editorial Lumen, 1992.

ESCOBAR GARCÍA, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

ESTRADA, Alexei Julio. “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Troyya, 2007.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. “Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo”. En: BOTERO BERNAL, Andrés (coordinador académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo*. Madrid: Hispania Libros, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. ”Sobre los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. (4 tomos). Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964.

FIESER, James y DOWDEN, Bradley (eds.) *Internet Encyclopedia of Philosophy*. Martin: University of Tennessee at Martin, 2003. Disponible en: <<http://www.iep.utm.edu/>>

FUNDACIÓN TOMAS MORO. «Estado». En: ESPASA CALPE. Diccionario Jurídico Espasa. [Disco Compacto]. Madrid: Fundación Tomás Moro – Espasa Calpe S.A., 2001.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”. En: FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Pensamientos de Derecho Constitucional. Blog*. Lima, 25 de agosto de 2015. Disponible en:

<<https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf>>

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (editora). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Ponderación y subsunción: métodos intercambiables. La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsuntivo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”. En: *Garciamado.es*, 11 de junio de 2014. Disponible en:

<<http://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>>

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1981.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”. En: *Diritto & Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. Università degli Studi di Palermo, número 3, 2003.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”: En: CARBONELL, Miguel (editor). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1977.

GARCÍA ZÁRATE, Óscar Augusto. *Introducción a la Lógica*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional de San Marcos, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2003.

GIANFORMAGGIO, Letizia. “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, número 4, 1987.

GOBLE, Lou (editor). *The Blackwell guide to philosophical logic*. Malden: Blackwell, 2001.

GONZALEZ VICEN, Felipe. «La filosofía del Estado en Kant». En: KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

GOWANS, Christopher. “Introduction: The Debate on *Moral Dilemmas*”. En: GOWANS, Christopher (ed.). *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987.

GOWANS, Christopher (ed.). *Moral Dilemmas*. New York: Oxford University Press, 1987.

GRANFIELD, David. *La experiencia interna del Derecho. Una jurisprudencia de la subjetividad*. México D.F: Universidad Iberoamericana, 1996.

GROTE, Rainer. “Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, año VIII, número 8, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F: Editorial Porrúa S.A., 2000.

GUASTINI, Riccardo. “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, segunda edición, 2005.

GUASTINI, Riccardo. “La interpretación de la Constitución”. En: ORTEGA, Santiago (editor). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen I. Lima: Hermeneia Editores, 2008.

GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Lima: Tribunal Constitucional, año 2, número 8, agosto de 2007.

GUASTINI, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: CARBOBELL, Miguel (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

GUASTINI, Riccardo. “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008.

GUASTINI, Riccardo. “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”. En: *Análisis Filosófico*. Buenos Aires: Sociedad Argentina de Análisis Filosófico – SADAF, año XXVI, volumen XXVI, número 2, noviembre 2006.

HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HART, Herbert L. A. “American Jurisprudence through English eyes: The nightmare and the noble dream”. En: *Georgia Law Review*. Volumen 11, número 5, septiembre de 1977.

Disponible en:

[http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley)

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968.

HART, Herbert L. A. “Post Scriptum (El Concepto de Derecho)”. En: *Estudios Públicos*. Santiago de Chile, número 65, 1997.

HART, Herbert L. A. “The ascription of responsibility and rights”. En: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*. Londres, volumen 49, 1948-1949.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. “Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008.

HERNANDO NIETO, Eduardo. “¿Ha muerto la teoría legal?”. En : *Ius et Veritas*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad del Perú, año 16, n° 32, 2006.



HERNANDO NIETO, Eduardo. “Las teorías democráticas hoy: ¿cuál de ellas garantiza la libertad, la igualdad y la virtud?”. En: *Deconstruyendo la legalidad: Ensayos de teoría legal y teoría política*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Fundación Academia Diplomática del Perú, 2001.

HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?”. En: *Ius et Veritas*, Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 18, número 36, 2008.

HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

HERRERA, Daniel Alejandro. “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”. En: PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, métodos y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

HESSE, Konrad. “Etapas de desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana”. En: *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Escuela de Graduados. Maestría en Derecho Constitucional, año 5, número 5, 1998.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997.

INSTITUTE OF TELECOMMUNICATION SCIENCES. “Artificial Intelligence (AI). Definition”. Institute of Telecommunication Sciences: Boulder, 1996. Disponible en:

< [http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir-003/\\_0371.htm](http://www.its.bldrdoc.gov/fs-1037/dir-003/_0371.htm)>

ITURRALDE, Victoria. “Sobre el silogismo judicial”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, año VIII, 1991.

JACQUETTE, Dale (editor). *A companion to philosophical logic*. Malden: Blackwell, 2002.

KOONS, Robert. “Defeasible Reasoning”. En: ZALTA, Edward N. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University. The Metaphysic Research Lab Center for the Study of Language and Information, 2009 (en lineal). <<http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>>

KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

KANT, Immanuel. *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba Editorial, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. 4ta edición. Madrid: Editorial TECNOS, 2008.

KANT, Immanuel. “Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía”. En: KANT, Immanuel. *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba Editorial, 1999.

KANT, Immanuel. “Sobre un supuesto derecho a mentir por amor a la humanidad (1797)”. En: ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA DE URUGUAY. *Uruguay Educa. Portal Educativo de Uruguay*. Montevideo: Administración Nacional de Educación Pública, 2009. Disponible en:

<[http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/KANT\\_sobreunsupuestoderechoamentir2.pdf](http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/KANT_sobreunsupuestoderechoamentir2.pdf)>

KANT, Immanuel. *Teoría y Praxis*. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 1984.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. [Traducción de Eduardo García Maynez]. México D.F: Imprenta Universitaria-Universidad Nacional Autónoma de México, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho (segunda edición)*. [Traducción de Roberto Vernengo]. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial SUR S.A., 1966.

KORSCH, Karl. *Karl Marx*. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

LARIGUET, Guillermo. “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 24, abril de 2006.

LARIGUET, Guillermo. “Conflictos trágicos genuinos y respuesta correcta. En torno a algunas ideas de Ronald Dworkin”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 246, 2006.

LARIGUET, Guillermo. “Dilemas morales *qua* límites de la racionalidad práctica”. En: *Dianoia. Revista de Filosofía*. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – Fondo de Cultura Económica, volumen LV, número 64, mayo de 2010.

LEGRIS, Javier. “Razonamiento revocable y lógicas no monótonas: un análisis conceptual”: En: SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA DE LA UBA. *Cuaderno de CIMBAGE*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, número 5, 2002. Disponible en:

<<http://www.econ.uba.ar/www/institutos/matematica/cimbage/cuaderno05/5%20Razonamiento%20Revocable.pdf>>

LEÓN PASTOR, Ricardo. *Sobre el razonamiento jurídico en sede judicial*. Lima: Academia de la Magistratura, 2002.

LEÓN UNTIVEROS, Miguel Ángel. “El concepto de derrotabilidad en H.L.A Hart. Un punto de vista lógico”. En: *Derecho, Filosofía & Estrategia. Blog de Miguel Ángel León Untiveros*. Publicado el 28 de mayo de 2014. Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/miguel-leon/2014/05/28/el-concepto-de-derrotabilidad-en-h-l-a-hart-un-punto-de-vista-l-gico-miguel-le-n-revisi-n-131213/>>

LIFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

LOVATÓN PALACIOS, David. “Conflicto entre el TC y el JNE: víctimas de su propio éxito”. En: *Justicia Viva Mail*. Lima: Instituto de Defensa Legal, N° 271, 18 de octubre de 2006. Disponible en:

<<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0271.htm>>

LUQUE SÁNCHEZ, Pau. “I. Berlin y W. D. Ross: ¿dos pluralismos? En: *Diritto e Questioni Pubbliche. Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica*. Palermo. Università degli Studi di Palermo-Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società, número 10, 2010.

MacCORMICK, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”. En: *Isegoría: revista de filosofía moral y política*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, número 21, 1999.

MANIACI, Giorgio. “Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 20, abril de 2004.

MARCIANI BURGOS, Betzabé. “¿Deben los abogados ser filósofos?”. En: *Ius 360°*. Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 20 de setiembre de 2014. Disponible en:

<http://www.ius360.com/columnas/betzabe-marciani-burgos/deben-los-abogados-ser-filosofos/>

MARTINEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

McCARTHY, John. “What is artificial intelligence? Basic Questions”. Stanford: Stanford University, 2007. Disponible en:

< <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/> >

MIRO QUESADA, Francisco. *Ensayos de filosofía del derecho*. Lima: Universidad de Lima, 1988.

MOGROVEJO JARAMILLO, Diego. *La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.

MONTAÑA PINTO, Juan. “La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso”. En: ESCOBAR GARCÍA, Claudia (ed.). *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Hyspamérica Ediciones Argentina S.A. – Ediciones Orbis S.A., 1984.

MORADO, Raymundo. “Problemas filosóficos de la lógica no monotónica”. En: MORETTI, Alberto y Raúl ORAYEN (eds). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 27. Filosofía de la lógica*. Madrid: Trotta, 2004.

MORESO, José Juan. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 19, octubre 2003.

MORESO, José Juan. “Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas”. En: ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen I. Lima: Hermeneia Editores, 2008.

MORESO, José Juan. “Dos concepciones de la interpretación jurídica”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 29, octubre de 2008.

MORESO, José Juan. “El encaje de las piezas del derecho”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 15, octubre de 2001.

MORESO, José Juan. “Razones y significados en contexto”. En: *Revista de Libros*. Madrid: Fundación Caja Madrid, número 112, abril de 2006.

MORESO, José Juan y REDONDO, Cristina (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MORETTI, Alberto y Raúl ORAYEN (eds). *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 27. Filosofía de la lógica*. Madrid: Trotta, 2004.

NAVARRO, Pablo. “Prólogo. Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea”. En: MORESO, José Juan y REDONDO, Cristina (eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

NAVARRO, Pablo. “Sistemas normativos, derrotabilidad y conocimiento del derecho”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000.

NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”. En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México DF, Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 13, octubre de 2000.

NETTEL, Ana Laura. “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 5, octubre de 1996.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2da edición, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.



NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. “Constitución, Neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”. En: *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, número 2, 2012.

ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *¿Existe el neoconstitucionalismo?: razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores, 2013.

ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y razonamiento jurídico*. Lima: ARA Editores, 2009.

ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen I. Lima: Hermeneia Editores, 2008.

ORTEGA GOMERO, Santiago (editor). *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Volumen II. Lima: Hermeneia Editores, 2008.

ORTIZ-MILLÁN, Gustavo. “Guillermo Lariguet, *Dilemas y Conflictos Trágicos*. Una investigación conceptual”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México D.F: Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM, número 34, abril de 2011.

PECZENIK, Aleksander. “Dimensiones morales del Derecho”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, , número 8, 1990.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PINO, Giorgio. *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores, 2013.

PINTO FONTANILLO, José Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Tesis para la obtención de grado de doctor. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, 2003.

PLATÓN. *Las Leyes*. Introducción, traducción y notas de Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1980.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores, 2011.

POZZOLO, Susanna. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”. Madrid: Editorial DYKINSON - Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1998.

PRIETO SANCHIS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002.

PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo. *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, métodos y aplicación*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Libros, 23ª edición, volumen 2, 2014.

REDONDO, María Cristina. “Razones y Normas”. En: *Discusiones*, número 5, 2005.

REITER, Ray. “A Logic for Default Reasoning”. En: *Artificial Intelligence*. Volumen 13, número 1-2, 1980.

RICO PUERTA, Luis Alonso. “Neoconstitucionalismo o constitucionalización del orden jurídico. ¿Desarrollo legislativo o concreción judicial?”. En: BOTERO BERNAL, Andrés (coordinador académico). *Filosofía del derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2012.

RIVERA CASTRO, Faviola. “El imperativo categórico en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. En: *Revista Digital Universitaria*. México D.F., UNAM, volumen 5, número 11, 10 de diciembre de 2004. Disponible en: [http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic\\_art81.pdf](http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art81/dic_art81.pdf)

RÓDENAS, Ángeles. “Qué queda del positivismo jurídico”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 26, 2003.

RODRÍGUEZ, Jorge. “La derrotabilidad de las normas jurídicas”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, número 6, abril de 1997.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis. “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidad de Alicante, número 22, 1999.

RODRÍGUEZ, Jorge y Germán SUCAR. “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”. En: *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1998.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2015.

ROSENTAL-IUDIN. *Diccionario filosófico*. Buenos Aires, Ediciones Universo, 1973.

ROSS, David W. *Lo correcto y lo bueno*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

RUÍZ RUÍZ, Ramón. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. En: *Urbe et Ius: Newsletter*. Buenos Aires, número 20, abril de 2007. Disponible en:

< [http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20\\_ruizruiz.pdf](http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf) >

SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación jurídica y teoría del Derecho: la crítica actual del positivismo jurídico*. Arequipa: El Alva, 1999.

SANTIAGO, Alfonso. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo”. En: *Dikaion. Revista de la Universidad de la Sabana*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Año 22, número 17, diciembre de 2008.

SARTOR, Giovanni. *Defeasibility in Legal Reasoning*. Florence: European University Institute – Department of Law. EUI Working Papers 2, 2009.

SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. En: CARBONELL, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SCHIAVELLO, Aldo. “¿Neoconstitucionalismo o neoconstitucionalismos?” En: ORTEGA, Santiago (editor). *¿Existe el neoconstitucionalismo?: razones, debates y argumentos*. Lima: Jurista Editores, 2013.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

SOBREVILLA, David. “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”. En: *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 4, abril 1996.

SUCAR, Germán. “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”. En: *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México D.F: ITAM, número 30 abril de 2009.

THESING, Josef (compilador). *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 1999.

TRELLES MONTERO, Óscar. “Derecho y lógica: problemas”. En: ACUÑA SILVA, Elia Carmen, et al. *Lógica formal y lógica no-formal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - Estudios Generales Letras, 2002.

VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (editores). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

VELASCO CRUZ, Israel. “No-monotonicidad: ¿Un nuevo paradigma inferencial?”. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Filosofía, El saber filosófico, Morelia, 15 de noviembre de 2005.

Disponible en:

[http://www.filosoficas.unam.mx/~Modus/AML/Eventos/Simposio\\_Filosofia\\_Logica\\_Velasco.pdf](http://www.filosoficas.unam.mx/~Modus/AML/Eventos/Simposio_Filosofia_Logica_Velasco.pdf)

VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*. Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, 1995.

VILLAVICENCIO, Felipe. *Código Penal*. Lima: Editorial Grijley, 1997.

WAISMANN, Friedrich. “Verifiability”. En: *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, Blackwell Publishing - Aristotelian Society, volumen 19, 1945.

WESTON, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2008.

WOLFGANG BOCKENFORDE, Erns. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, octava edición, 2008.

ZALTA, Edward N. (ed.). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University. The Mataphysic Research Lab Center for the Study of Language and Information, 2009 (en lineal). <<http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>>