

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN	37
I. Introducción	37
II. El neoconstitucionalismo	39
III. Un breve repaso al iusnaturalismo, realismo y positivismo tradicional	45
IV. La interpretación en el modelo positivista basado en re- glas: Kelsen y Hart	56
V. El modelo dworkiano: principalista e interpretativo	65
VI. El derecho como procedimientos: Alexy	73
VII. El modelo garantista: Ferrajoli	85
VIII. Recapitulación	96

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS DE DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

Una vez analizados los conceptos básicos, debemos ver cómo los modelos o las escuelas jurídicas impactan la manera de entender la argumentación. Una escuela jurídica centrada sólo en reglas no desarrollará una teoría argumentativa, cuando mucho tendrá una concepción interpretativa, pues en esa concepción del derecho no son importantes el contexto, los elementos del discurso argumentativo y las orientaciones axiológicas del ordenamiento, tal como ocurre con Kelsen o Hart. Las escuelas realistas, a pesar del carácter central que en ellas tiene el papel del juez, no abordaron ese rol desde la argumentación sino desde la discrecionalidad, el subjetivismo o de plano las emociones. Estos ejemplos muestran cómo la argumentación viene definida en buena medida por la concepción que se tenga sobre el derecho. Por eso es importante hacer un repaso, aunque sea selectivo, por algunas teorías del derecho que definen el alcance de la naturaleza argumentativa.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de derecho del que se parta condiciona la manera de argumentar y de interpretar el derecho. Sin embargo, no sólo el modelo de derecho impacta en los modos de argumentar; también el tipo de sociedad y cultura en donde se implanta el derecho determina en buena medida su concepción. Por eso, la argumentación en sociedades plurales, multiculturales, presenta ciertas características⁴³ y en sociedades homogéneas

⁴³ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1996; *id.*, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995. Igualmente, Bauman, Zygmunt, “Exclusión social y multiculturalismo”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003, pp. 4-13.

otras.⁴⁴ La argumentación también es determinada por el hecho de que existan orientaciones en favor de “minorías”, tal es el caso de Catherine MacKinnon y su teoría feminista del Estado.⁴⁵ Fenómenos de nuestro tiempo como la globalización o el fundamentalismo religioso producen maneras diferentes de vivir el derecho. Los niveles de desarrollo y el momento histórico generan comprensiones particulares del derecho. Lo mismo puede decirse acerca del tipo de régimen político en donde se expande un sistema jurídico particular: no da lo mismo que el derecho viva en condiciones autoritarias que en democráticas;⁴⁶ no da lo mismo un derecho basado en una concepción clásica de la representación política que uno que se desenvuelve en una democracia más participativa y deliberativa.⁴⁷ El tipo de Estado configura la argumentación y el modelo de derecho, tal como lo explican Zagrebelsky o Ferrajoli.⁴⁸ Todo lo anterior prueba, en buena medida, cómo los contextos políticos, sociales, históricos, económicos, filosóficos, etcétera, tienen una alta significación en la argumentación y en la interpretación.

No obstante, el propósito de estas páginas no es recorrer la influencia que todos esos contextos tienen en el derecho. La aspiración es mucho más modesta. El objetivo es ver cómo distintos modelos positivistas sobre el derecho producen comprensiones diferentes. El modelo de derecho basado en las reglas de Kelsen o de Hart da lugar a una forma de entender la argumentación. Los modelos que incorporan principios y directri-

⁴⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

⁴⁵ MacKinnon, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra, 1989. También véase Suárez Llanos, María Leonor, *Teoría feminista, política y derecho*, Madrid, Dykinson, 2002.

⁴⁶ Para una tipología de los regímenes no democráticos véase Linz, Juan, “Totalitarian and Authoritarian Regimes”, en Greenstein, Fred I. y Polsby, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: *Macropolitical Theory*, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975. Sobre el impacto del tipo de régimen político, presidencial o parlamentario y sus consecuencias en la ordenación institucional véase Linz, Juan, “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?”, *La crisis del presidencialismo. 1. Perspectivas comparativas*, Madrid, Alianza Universidad, 1997, pp. 25-143.

⁴⁷ Ovejero, Félix, “Democracia liberal y democracias republicanas”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 111, abril de 2001, pp. 18-30.

⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

ces, como el de Dworkin, promueven una argumentación de otras características. Modelos centrados en un concepto fuerte de derechos humanos, como el de Ferrajoli, dan lugar al garantismo. El modelo de Robert Alexy, que es un modelo en sí mismo basado en la argumentación, tiene notas distintivas consecuencia del propio modelo.

El presente capítulo atenderá a esos diferentes modelos positivistas y no positivistas, pero antes se ocupará de una cuestión previa que es todo un modelo comprensivo de nuestra época: el llamado neoconstitucionalismo, que agrupa a teorías diversas, casi todas de corte positivista. Posteriormente hará una breve alusión a las concepciones iusnaturalistas, realistas y positivistas para entender cómo esas visiones totales del derecho observan la argumentación, la interpretación y, porqué no, la aplicación.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como señala Paolo Comanducci,⁴⁹ el neoconstitucionalismo es —aquí Comanducci sigue la clásica división de Bobbio— tanto una ideología, una metodología y una teoría. Una ideología que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que fue el punto del paleoconstitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, y pone en primer plano el objetivo de garantizar plena y extensivamente los derechos humanos; ciertas vertientes del neoconstitucionalismo basan todo el ordenamiento jurídico en la garantía de los derechos, como es el caso de Ferrajoli o Alexy. Una metodología porque sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son un puente entre el derecho y la moral, sobre todo la visión de Dworkin.⁵⁰ Y es una teoría porque al abandonar el estatismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo adopta un modelo no sólo descriptivo de la norma constitucional sino axiológico.

El neoconstitucionalismo tiene muchas vertientes y énfasis entre los autores. Prieto Sanchís ha tratado de resumir sus principales características:

⁴⁹ Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 83.

⁵⁰ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *cit.*, nota 31; *id.*, *El imperio de la justicia*, *cit.*, nota 31.

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Tercero, eficacia o aplicación directa. Es consecuencia de lo anterior, pues si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere la disposición de ningún otro acto jurídico —singularmente de una ley— para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida en que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Cuarto, garantía judicial. Como sabemos... las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, *a priori* o *a posteriori*, encomendado a órganos especiales o a los jueces ordinarios. Pues bien, con independencia de que resulten viables distintas formas de articulación, creo que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución. Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que requieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos. Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte cuanto más costosa es la alteración del texto, cuanto más inaccesible se muestre frente a las mayorías legislativas...⁵¹

El modelo neoconstitucionalista es algo más que una superación o evolución del constitucionalismo tradicional, es una visión que impacta la vivencia del derecho. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pen-

⁵¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 116 y 117. Véase, también, Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, cit., nota 49, pp. 43-73.

sada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.⁵² El concepto de soberanía no recae sólo en el Estado sino en una sociedad plural y abierta. La Constitución no es sólo un documento normativo en el que se apoyan las autoridades sino el centro en lo que todo debe converger.

Desde el plano de la argumentación, debe decirse que el viejo positivismo es una teoría sin argumentación, por eso los problemas de indeterminación de reglas se resuelven en la discrecionalidad judicial. En cambio, en el neoconstitucionalismo la presencia de normas sustantivas en la Constitución obligan al legislador a asumir una mayor determinación por más que se diga que los principios son vagos o indeterminados. Respecto al juez, la vaguedad de los principios, la ausencia de una moral común y homogénea, y la falta de una jerarquía definitiva entre los principios, le exigen al órgano jurisdiccional un esfuerzo argumentativo justificatorio que no puede desembocar en una simple discrecionalidad como en el positivismo formal basado en reglas.

La aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación neoconstitucionalista abandona desde luego el puro esquema lógico-deductivo y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Argumentar equivale a justificar, el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación. No basta ya acudir a razones exclusivamente formales —competencia del órgano y procedimiento— sino debe también acudirse a contenidos, fines y valores.

El neoconstitucionalismo en sus muy variadas posiciones y a pesar de las críticas, impone una revisión a todo el modelo tradicional del derecho. A la teoría de las fuentes para que ésta sea menos estatalista y lega-

⁵² Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 131-156.

lista, a la clasificación de las normas jurídicas,⁵³ para las que aclare que no todas son reglas, y de manera obvia a la interpretación, que no puede concebirse sin una teoría de la argumentación. El neoconstitucionalismo es más que una corrección del Estado de derecho liberal,⁵⁴ es una concepción que recobra para la Constitución toda su fuerza normativa, y que hasta desde el punto de vista de la democracia, entiende que ésta no es sólo la expresión de la regla de las mayorías, sino también es, y de manera preponderante, la garantía más plena para los derechos fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.

Al neoconstitucionalismo se le ha criticado porque algunas de sus vertientes señalan que la teoría jurídica no sólo es explicativa frente a su objeto sino también normativa,⁵⁵ postura que otros no comparten⁵⁶ porque advierten que el papel de la teoría jurídica es exclusivamente el de explicar y no el de criticar. Es decir, los críticos se oponen a la pretensión de intentar elaborar una teoría interna crítica con el derecho que denuncie la invalidez de los materiales normativos infraconstitucionales, prescribiendo a los órganos competentes la anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales, y el colmar las lagunas.

No comparto el punto de vista de los críticos como Comanducci. La teoría jurídica no puede ser neutral sobre su objeto. La teoría jurídica desde luego que puede no sólo explicar el derecho sino criticarlo, y me parece que en esto residiría su valor. Una teoría neutral conduce a la parálisis del derecho, garantiza el *statu quo*, y es incompatible con un sistema jurídico orientado hacia la preservación y garantía de los derechos humanos. El neoconstitucionalismo dejaría de ser lo que es si se adopta la posición de asepsia del viejo positivismo; perdería su capacidad transformadora del orden social, político y económico.

Sobre el carácter ideológico del neoconstitucionalismo, el mismo Comanducci expone como principal punto débil de este nuevo modelo jurí-

⁵³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

⁵⁴ Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., nota 51, p. 113.

⁵⁵ Es el caso, sobre todo, de la teoría de Ferrajoli, respecto de la cual sus críticos han señalado que confunde ciencia jurídica con teoría jurídica; descripción con normatividad.

⁵⁶ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 49, p. 90.

dico el que el derecho pierde certeza.⁵⁷ Mi réplica a Comanducci implica que el derecho del neoconstitucionalismo aparentemente pierde certeza, sin embargo, como todo neoconstitucionalismo viene unido a una teoría de la argumentación, el derecho en lugar de perder certeza la gana. El juez del positivismo tradicional se conformaba —por lo menos en las versiones más canónicas— con utilizar el silogismo y la subsunción, lo que daba al derecho la apariencia de un uso racional y totalmente cierto y controlable. Nada más falso, tanto en el positivismo viejo como en el de ahora; el juez y la autoridad, en general, tienen que enfrentar variados problemas que generan casos difíciles: problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación,⁵⁸ entre otros. La certeza del paleopositivismo era ilusoria, y sólo cabe recordar cómo las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad. El neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entre principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias y obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y el silogismo— para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad.

Metodológicamente se dice que el neoconstitucionalismo conecta el derecho y la moral.⁵⁹ Desde mi punto de vista sí existe esa conexión, pero ésta es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos. Lo importante no es que existan conexiones, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y pienso que el sistema jurídico abierto del neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico —principios expresos e implícitos— para encontrar las soluciones. Aunque en última instancia toda norma, ya sea principio o regla, tenga un fundamento en la moral o en la naturaleza afectiva del ser humano,⁶⁰ lo realmente trascendente consiste en que el juez y la autoridad al decidir lo hagan con fundamento en el ordenamiento jurídico. No

⁵⁷ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁸ Véase MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35.

⁵⁹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 49, pp. 93 y ss.

⁶⁰ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *cit.*, nota 35.

se trata, como dicen algunos, de convertir en vinculante la moral positiva en el derecho, creo que eso sería un error; en todo caso, si alguna moral debe ser incorporada al derecho es una moral crítica e intersubjetiva.⁶¹

No se puede desconocer el papel de la moral en el derecho. Como dice Santiago Sastre: "...Es innegable que la presencia de principios y derechos en la Constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral".⁶² Autores como Habermas aluden a esta idea, la moral ha emigrado al derecho⁶³ sin agotarse en el derecho positivo. Ha pasado a primer plano la legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento de la ley y del resto del ordenamiento el deber ser que fijan las normas constitucionales.⁶⁴

La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho, y rompe, como ya se ha indicado, con la idea de neutralidad y avaloratividad del derecho,⁶⁵ lo que por otra parte no es posible, pues ninguna ciencia social puede tener la pretensión de un conocimiento sin ningún tipo de intervención y condicionamiento social o político. La teoría y la dogmática jurídica no pueden dedicarse sólo a describir las normas jurídicas como sugirió Kelsen, tanto porque se conduciría a la irrelevancia del derecho, como porque toda teoría y ciencia jurídica deben tener en cuenta que a veces los contenidos más asépticos enmascaran la presencia de variadas formas de ideología. La tesis de la descripción suele ser un enmascaramiento del papel manipulador y de control que a veces desempeña el derecho.

Tampoco se trata de caer en un constitucionalismo iusnaturalista o ético. Lo que debe buscarse es un equilibrio entre el carácter ético del derecho y su práctica institucional y social. Como dice Atienza, advertir que

⁶¹ Véase Malem, Jorge, "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", en Vázquez, Rodolfo, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 59-79.

⁶² Sastre Ariza, Santiago, "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", *Neoconstitucionalismos*, cit., nota 49, p. 244. Véase, también, Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

⁶³ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, cit., nota 29, pp. 868 y ss.

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 48, pp. 851-903.

⁶⁵ Coleman, J. L. y Leiter, B., "Legal Positivism", en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, p. 243.

“...la injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal...”.⁶⁶ Teorías como la de Ferrajoli o Zagrebelsky son reveladoras de esta tensión, y también son expresión de cómo se puede hacer crítica interna y externa al derecho sin asumir ni la neutralidad del positivismo ni la visión eticista fuerte de algunas versiones neoiusnaturalistas.

III. UN BREVE REPASO AL IUSNATURALISMO, REALISMO Y POSITIVISMO TRADICIONAL

Las distintas concepciones tradicionales sobre el derecho,⁶⁷ y aun las críticas,⁶⁸ producen maneras diferentes de entender el derecho, porque parten de presupuestos teóricos, metodológicos e ideológicos muy diversos.

Sería absurdo por pretencioso intentar analizar el derecho en toda su complejidad en cada una de estas concepciones. Procuraré rescatar para la argumentación algunas de sus propuestas, porque el debate jurídico de hoy en día no puede con total nitidez separar qué es un iusnaturalista, un realista y un positivista. El eclecticismo de la teoría jurídica contemporánea creo que así lo manifiesta.

La concepción iusnaturalista, en términos generales, sostiene: “a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de ‘jurídicas’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia”.⁶⁹ La definición de Nino expresa el iusnaturalismo ontológico, no el deontológico.

Las diversas posiciones iusnaturalistas a lo largo de veinticinco siglos de existencia han sufrido críticas demoledoras. Kelsen criticó que con el iusnaturalismo se pudiesen sustentar los juicios de valor más contradictorios, un instrumento para la consecución de intereses determinados,

⁶⁶ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 311.

⁶⁷ Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁶⁸ Lledo Pérez, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁶⁹ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 27 y ss.

una subsunción del derecho por la moral.⁷⁰ Ross, por su parte, rechazó el carácter metafísico del iusnaturalismo, su insuficiente carácter científico, su veleidad ideológica.⁷¹

En nuestros días, por el auge del neoconstitucionalismo, la importancia de los principios jurídicos y el papel de la ponderación como método argumentativo, se ha vuelto a plantear la vinculación entre derecho y moral. Ya vimos páginas atrás que en el neoconstitucionalismo sí hay una conexión entre derecho y moral, aunque sea débil, sin embargo, se puede decir que el derecho no se identifica con la moral como en ciertas visiones iusnaturalistas, no obstante que algunos opinen que teorías como la de Ronald Dworkin pueden ser consideradas más iusnaturalistas que positivistas, porque desde la lectura de su obra toda decisión jurídica refiere o tiene por fundamento una cuestión moral.

El iusnaturalismo que puede ser reivindicado es el que sostiene la aspiración ética del derecho, el cual señala “una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el derecho”.⁷² Una concepción argumentativa del derecho natural desde luego que conduciría a instrumentalizar el derecho y las decisiones jurídicas a las orientaciones específicas de ese derecho natural. El juez y la autoridad no podrían respetar ningún tipo de imparcialidad, a menos que los principios morales que sustentan a ese derecho natural pudiesen obtenerse discursivamente y bajo condiciones de imparcialidad, lo que no ha ocurrido con ningún derecho natural histórico, en donde determinadas proyecciones filosóficas o metafísicas se han intentado generalizar sin justificación alguna.

La teoría de la conexión débil entre derecho y moral, en parte derivada del viejo iusnaturalismo, es otra cosa, pues no se trata de subsumir el derecho en la moral ni viceversa, sino que advierte el carácter en buena medida moral de todo derecho, que ese carácter moral está incorporado al ordenamiento jurídico, pero que el juez al argumentar no se basa en

⁷⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981, pp. 71 y ss.

⁷¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 283 y ss.

⁷² Fernández García, Eusebio, “El iusnaturalismo”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 61.

normas morales sino en normas jurídicas. Es el ciudadano el que puede realizar la crítica externa al sistema jurídico y hasta desobedecer normas jurídicas que no se ajusten a su concepción de moral crítica.⁷³

El modelo iusnaturalista, a efectos de la argumentación jurídica, reconocería *grosso modo* las siguientes tesis:

- a) La identificación fuerte entre derecho y moral.
- b) La superioridad de la concepción moral sobre la jurídica.
- c) La atención preferente del juez a las normas morales sobre las jurídicas.
- d) La subjetividad del juez para poder apreciar en cada caso concreto la norma moral involucrada.
- e) La identificación entre lo que el derecho prescribe y lo que debería prescribir, no a partir de un análisis entre normas constitucionales e infraconstitucionales, sino entre normas jurídicas y morales.
- f) La posibilidad de encontrar una y sólo una solución correcta para los casos difíciles.
- g) La legalización de la moral, que hace suponer que las respuestas jurídicas encarnan siempre las mejores respuestas morales.
- h) La obediencia moral de obedecer el derecho vigente a cargo de los ciudadanos.
- i) El juez como representante de la moral social.
- j) La imposibilidad para distinguir entre el punto de vista interno y externo en el derecho.

Sobre el positivismo, Carlos Nino considera que no son parte de su definición ni el escepticismo ético⁷⁴ ni el positivismo ideológico⁷⁵ ni el

⁷³ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, ITAM-Fontamara, 1997, p. 87.

⁷⁴ Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 69, p. 30. La tesis del escepticismo ético sostiene que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 32. El positivismo ideológico señala que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.

formalismo jurídico.⁷⁶ Él se queda con lo que denomina positivismo conceptual o metodológico. Este positivismo rechaza la identificación entre moral y derecho, pero sí admite que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente.⁷⁷ El positivismo conceptual hace alusión a las propiedades descriptivas y no valorativas del derecho. Nino señala que la posición conceptual del positivismo no implica tomar partido acerca de alguna cuestión filosófica profunda sino acerca de una cuestión verbal. Este positivismo definiría al sistema normativo a partir de rasgos fácticos sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa.

El positivismo, entendido en un sentido conceptual o metodológico, deriva tres consecuencias: *a)* que una norma y el sistema en su conjunto puedan ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; *b)* que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho, y *c)* que la definición del derecho no dice nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe esa obediencia, será un problema de la teoría moral pero no de la teoría jurídica.⁷⁸

La primera tesis del positivismo es la separación entre derecho y moral. El derecho se define no por su moralidad, sino en función de su vinculación a la organización del uso de la fuerza. El derecho es producto de una convención, de un acto de voluntad.⁷⁹ Las tesis que caracterizan al positivismo son: *a)* la vinculación del derecho con la fuerza en cuanto ésta se organiza y regula; *b)* una concepción estatalista del derecho, pues los órganos del Estado tienen el monopolio de la producción jurídica; *c)* la teoría imperativista, la norma respaldada por la sanción; *d)* la idea de derecho como sistema, y *e)* una teoría mecanicista de la interpretación, se-

⁷⁶ *Ibidem*, p. 36. El formalismo jurídico establece que el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por conceptos legislativos, o sea, por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También sostiene esta concepción que el orden jurídico es completo y sin contradicciones. En suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer soluciones a los casos.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 73, p. 12.

⁷⁹ Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Puebla, México, Cajica, 2001, pp. 59 y ss.

gún la cual la aplicación del derecho se ajusta al método de subsunción en donde el juez desempeña una función neutra.

La tesis del intérprete mecánico se debe a la exégesis francesa del siglo XIX. En la actualidad casi ningún autor la sostiene. Como veremos a continuación, Kelsen y Hart, dos de los positivistas más importantes del siglo XX, mantuvieron la tesis de la discrecionalidad o libertad interpretativa. El último positivismo convierte al juez en un órgano de creación jurídica y no sólo en un reproductor automático de decisiones.

Hoy, casi ninguna de las tesis del positivismo se mantiene de manera absoluta. Ni la tesis de la separación tajante entre derecho y moral ni la que pone el énfasis en la organización y regulación de la fuerza ni la que sostiene la estatalidad del derecho ante el evidente pluralismo jurídico de nuestros días ni la que determina que el carácter jurídico lo da la sanción, cuando Hart, el último gran positivista, concibió la juridicidad a partir de la voluntad o aceptación de la sociedad, ni la que piensa que el derecho es un sistema cerrado y seguro, ante la evidencia de la apertura del sistema jurídico a otros ordenamientos.

En síntesis, el positivismo tradicional de carácter conceptual en sus épocas de influencia, a efectos de la argumentación jurídica, sostendría:

- a) La separación del derecho y la moral.
- b) El derecho no expresa nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia al sistema jurídico.
- c) El derecho es producto de los órganos del Estado, sobre todo de los legislativos.
- d) Una norma es jurídica si se apoya en la sanción.
- e) El derecho es un sistema de reglas jurídicas.
- f) Las reglas jurídicas se interpretan acudiendo al silogismo, la subsunción o los métodos tradicionales como el gramatical, el exegetico, el sistemático o el funcional.
- g) No se concibe la existencia de principios.
- h) Existe discrecionalidad en la interpretación de las reglas o de plano impera el subjetivismo.
- i) No se elabora una teoría de la argumentación consistente.
- j) Las teorías interpretativas oscilan entre ver al juez como desentrañador de significados de reglas o atribuidor de los mismos.

- k) No se desarrolla una concepción hermenéutica, contextual o interpretativa sobre el derecho.

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo ha sometido a crítica y revisión todas las tesis tradicionales del positivismo. La Constitución ha rematerializado el ordenamiento, es decir, supone un orden de valores que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. La Constitución es el origen inmediato y directo de los derechos y obligaciones, y no sólo la fuente de fuentes. La tesis de la separación entre derecho y moral no puede señalarse de manera absoluta porque la Constitución ha incorporado los valores de justicia en sus principios jurídicos constitucionales. El legislador ya no es la viva voz del soberano, pues debe acomodar su actuación a la Constitución. El principio de legalidad ha cedido a un principio de juridicidad y de constitucionalidad.⁸⁰ La interpretación y aplicación del derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógico-formal del derecho.⁸¹ Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar en un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que éste tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenick, etcétera.⁸²

Es, sobre todo, por el impacto de los principios constitucionales como cambia la interpretación jurídica al estimular nuevas formas de razonamiento jurídico. El uso de la proporcionalidad y el configurar el caso de forma abierta y no cerrada como en las reglas. El juicio de proporcionalidad obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad mucho más compleja que la subsunción, una racionalidad cercana a la manera de argumentación de la moral. Los principios exigen también el análisis de las reglas a la luz de los propios principios; la argumentación por principios

⁸⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 44, pp. 144-153.

⁸¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 32 y ss.

⁸² *Idem.*

obliga al intérprete a utilizar pautas de interpretación que colocan en su fin a la discrecionalidad del juez, a la manera como lo habían entendido Kelsen o Hart.

En el neoconstitucionalismo la interpretación de y desde la Constitución⁸³ es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que para algunos desplaza al legislador democrático.

Estas notas del neoconstitucionalismo significan una evolución y una alteración del positivismo tradicional. Como dice Prieto:

...el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del derecho; el juez ha salido de la alternativa entre “boca muda” o “juez legislador”; y la moral ya no penetra en el derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación.⁸⁴

El neoconstitucionalismo se caracterizaría *grosso modo*, a efectos de la argumentación, por lo siguiente:

- a) Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.

⁸³ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 81-104.

⁸⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 73, p. 23.

- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución.
- i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart.
- k) No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

El realismo, por su parte, implicó en sus orígenes una manifestación de la revuelta en contra del formalismo y el positivismo jurídicos. Se buscaba de manera precisa y pragmática conocer lo que era el derecho, despojarlo de sus connotaciones trascendentalistas o metafísicas. Llewellyn distinguió el realismo bajo nueve tesis: 1) una concepción dinámica de derecho; 2) una concepción instrumental: el derecho es un medio para el logro de fines sociales; 3) una concepción dinámica de la sociedad; 4) el divorcio entre el deber ser y el ser del derecho; 5) la desconfianza entre reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los tribunales y la gente; 6) la desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista de la decisión judicial; 7) la creencia en que los casos y las situaciones jurídicas deben ser agrupados en categorías más limitadas que las tradiciones; 8) una valoración de todos los sectores del derecho por sus efectos, y 9) una investigación programática de los problemas jurídicos sobre la base de los puntos anteriores.⁸⁵

El realismo jurídico no es, desde luego, una escuela unitaria o de contornos claros. La principal división se dio entre los realistas estadounidenses y los escandinavos con posiciones distintivas. Hoy en día no tiene la importancia que tuvo a principios del siglo XX. El realismo, sobre todo el estadounidense, ha influido en las escuelas constructivistas estadounidenses y hasta en los *Critical Legal Studies* respecto a la crítica de

⁸⁵ Llewellyn, Karl, “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 244-293.

la indeterminación del derecho y en la investigación de su papel ideológico legitimador. El realismo escandinavo ha dejado sus huellas en la construcción de una ciencia empírica entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente, y el entendimiento de un concepto de validez o vigencia que fuese empíricamente descriptivo.⁸⁶

Una de las principales características del realismo es su escepticismo frente a las normas,⁸⁷ por entre otras cosas, la indeterminación del lenguaje. “Por más que el legislador se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo...”⁸⁸ Además, los legisladores no prevén las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. Ciertas visiones del realismo, como las de Llewellyn o Holmes, colocan a las predicciones sobre la actividad de los jueces en el lugar de las normas jurídicas.

Los realistas opinaban que hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia jurídica que pueda describir la realidad con proposiciones jurídicamente verificables. Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho. Así, la ciencia jurídica se construirá con las predicciones sobre el comportamiento de los jueces, y el objeto de estudio de esta ciencia serían las decisiones judiciales.

La teoría realista de Ross fue mucho más elaborada que las teorías realistas estadounidenses. Ross fue un realista que se destaca por la elaboración de criterios para determinar cuáles son las normas que integran un sistema jurídico. Según Ross, para identificar si una norma integra el derecho no debe verificarse su validez o fuerza obligatoria, sino la posibilidad de que sea aplicada por los jueces. Las decisiones judiciales son una especie de regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho en un sistema jurídico específico.⁸⁹

⁸⁶ Hierro, Liborio, “Realismo jurídico”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., *El derecho y la justicia*, cit., nota 72, pp. 84 y 85.

⁸⁷ Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, cit., nota 69, p. 44.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁸⁹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., nota 23; *id.*, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961; *id.*, *Lógica de las normas*, Granada, España, Comares, 2000; *id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991. Para una comparación entre Kelsen y Ross, véase Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980.

García Máynez señala que el punto común a todas las teorías realistas consiste en que interpretan la vigencia o validez del derecho atendiendo a la efectividad de las normas jurídicas. Para determinar esa validez se puede recurrir a dos versiones del realismo: la psicológica y la conductista. La primera descubre la realidad del derecho en fenómenos psíquicos, pues una norma estaría en vigor si es admitida “por la conciencia jurídica popular”. La segunda señala que la realidad del derecho está en la actuación de los tribunales.⁹⁰ Ross asumirá las dos posiciones en su teoría interpretativa.

La teoría realista no se preocupó seriamente por elaborar una teoría de la argumentación. La interpretación jurídica derivada de este modelo opina que toda interpretación es un acto de voluntad.⁹¹ La interpretación del modelo realista condena la visión positivista-mecanicista que le confiere al juez el papel de autómeta. Para Ross, esa visión es equivocada. La interpretación es un hecho empírico que determina significados. Los resultados interpretativos pueden, con frecuencia, no conducir a un resultado cierto por la inevitable vaguedad de las palabras o la dificultad para aprehender el caso. “La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar”.⁹² Sin embargo, el juez no puede dejar de cumplir su tarea, tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. La interpretación es un acto de naturaleza constructiva, no es un acto del puro conocimiento. El juez no es un autómeta, es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. El respeto a la ley no es absoluto. La ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones de la tradición cultural. En todos los casos, estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material. Si la discrepancia entre la conciencia jurídica formal y la material excede cierto límite, el juez puede llegar a pres-

⁹⁰ García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993, pp. 105 y ss.

⁹¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., nota 23, p. 172.

⁹² *Ibidem*, p. 174.

cindir de restricciones obviamente impuestas por las palabras o por la intención del legislador. Su interpretación constructiva, en tal caso, no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa.⁹³

Ross hace la distinción entre teorías subjetivas y objetivas de la interpretación. Según la primera, el propósito de la interpretación es descubrir la voluntad del legislador. Según la segunda, la ley es considerada como una manifestación objetiva del espíritu que, una vez generada, vive una vida propia y debe ser comprendida únicamente sobre la base de lo que de ella surja. La distinción para Ross es totalmente falsa. Lo importante en todo caso consistirá en saber si los tribunales siguen tradicionalmente un estilo de interpretación objetivo o subjetivo.⁹⁴

El realismo, como el positivismo, no elaboró una teoría de la argumentación. Aunque las posiciones de Ross son más moderadas que las de otros realistas, en él es obvio que la interpretación es un acto de voluntad que descansa, para ser formulado, tanto en la ley, con todos sus problemas de vaguedad e indeterminación, como en elementos contextuales que culturalmente inciden en la decisión judicial. Otros realistas, como Jerome Frank, sostuvieron el carácter ampliamente discrecional e irracional de la decisión judicial.⁹⁵

Grosso modo, el realismo jurídico puede entenderse desde las siguientes características:

- a) Un papel destacado del juez.
- b) Una concepción dinámica del derecho que se orienta hacia fines sociales.
- c) La separación entre el ser y el deber ser del derecho.
- d) El acento en la indeterminación del lenguaje normativo.
- e) El escepticismo frente a las normas.
- f) Las decisiones judiciales son los hechos para construir el derecho.
- g) El derecho son las predicciones que podemos hacer sobre lo que harán los jueces.

⁹³ *Ibidem*, pp. 143-194.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 194.

⁹⁵ Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, México, Fontamara, 1991.

- h) El objeto de estudio del derecho son las decisiones judiciales.
- i) Las decisiones judiciales son la regla de reconocimiento para conocer qué normas integran el derecho.
- j) La validez de las normas depende de su efectividad.
- k) No se elabora una teoría de la argumentación.
- l) La interpretación es una valoración del juez, es un acto de construcción, de voluntad, no de conocimiento.
- m) El respeto a la ley no es absoluto. El juez interpreta la norma a la luz de su conciencia jurídico-material.
- n) Los elementos contextuales inciden en la decisión judicial.

IV. LA INTERPRETACIÓN EN EL MODELO POSITIVISTA BASADO EN REGLAS: KELSEN Y HART

Kelsen y Hart, y otros autores de la época, concibieron exclusivamente al sistema jurídico como un agregado de reglas, no incorporaron principios. La norma de Kelsen se definía como una proposición que prescribe una conducta. En sus *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Kelsen explica la evolución en su concepción sobre la norma jurídica:

Es verdad que en mi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que apareció en 1911, defendí la tesis de que las normas jurídicas generales son juicios hipotéticos, y continué sosteniendo ese punto de vista en mi *Allgemeine Staatslehre* (1925) y también en la primera edición de mi *Reine Rechtslehre* (1934). Pero más tarde la rechacé. En mi *General Theory of Law and State* (1945) distinguí entre la norma jurídica dictada por la autoridad y los enunciados acerca de normas jurídicas formuladas por la ciencia del derecho, y sugerí que a estos últimos no se les llamara “normas jurídicas” sino “reglas de derecho en sentido descriptivo”. De este modo traduje el término *Rechts Satz* por la contraposición al término *Rechts-Norm*. En un párrafo titulado “Norma jurídica y regla de derecho en sentido descriptivo” caractericé expresamente a la norma jurídica como un “imperativo” u “orden”, tomando estos términos en sentido figurado, y destaque la distinción entre las normas jurídicas prescriptivas creadas por la autoridad y las reglas de derecho mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto... y en el párrafo siguiente, bajo el título “Reglas de derecho y leyes de la naturaleza”, afirmé: “La regla de derecho, usando el término en

un sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a ciertas condiciones”... Las normas jurídicas no son juicios hipotéticos... las normas jurídicas son, por su sentido, prescripciones y, como tales, órdenes, pero también son permisiones y autorizaciones.⁹⁶

La norma jurídica es coactiva. Su validez es formal, depende de su aprobación por órgano competente y siguiendo el procedimiento previamente establecido. En sus últimos trabajos, Kelsen siguió revalorando su concepto de norma. En éstos señaló que las normas son entidades no lingüísticas de tipo ideal o abstracto, a las que Kelsen denomina “contenidos de sentido” o simplemente “sentido de un acto de voluntad”. Poco importa la forma lingüística en que se expresan, pudiendo ésta ser incluso la de gestos, ademanes o símbolos. Lo importante es el sentido del acto, un deber ser subjetivo, y un sentido objetivo integrado por tres elementos: la acción o conducta es considerada como debida no sólo por el autor del acto intencional dirigido al destinatario, sino también desde el punto de vista de un tercero desinteresado; el deber ser subsiste aun cuando desaparezca la voluntad que lo creó, y el deber ser vale o existe aun cuando aquel a quien se dirige, el destinatario, ignore la existencia del acto creador.⁹⁷

¿Cómo la concepción de la norma kelseniana y su teoría del sistema jurídico escalonado influyen en su visión sobre la interpretación?

Para contestar la pregunta me parece conveniente recordar algunas ideas de Kelsen en esta materia. Nuestro autor diferenció la interpretación vinculada a la aplicación del derecho por autoridad jurídica (interpretación auténtica en la terminología kelseniana) de la interpretación de la ciencia jurídica. La interpretación de autoridad o auténtica es siempre obligatoria jurídicamente; la interpretación científica no es obligatoria, es conocimiento. La interpretación auténtica de autoridad puede ser válida o inválida. Toda interpretación de autoridad consiste en la interpretación de una norma superior que debe ser aplicada por la autoridad jurídica en el establecimiento de una norma inferior. La interpretación de la autoridad jurídica es algo diferente de la interpretación gnoseológica del contenido de una norma que realizan los juristas científicos o de la interpreta-

⁹⁶ Kelsen, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1991, pp. 58 y 59.

⁹⁷ Esquivel Pérez, Javier, *op. cit.*, nota 89, pp. 46 y 47.

ción de un párrafo de la Biblia hecha por un teólogo. La autoridad crea derecho con su interpretación.⁹⁸

La teoría pura destaca la pluralidad de significaciones del material a interpretarse. La teoría reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que implica el derecho. Ninguna de las interpretaciones posibles puede denominarse “correcta”. Tal afirmación sirve sólo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que en verdad no existe.⁹⁹ Para Kelsen, la despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho, no a su objeto, el derecho. Tanto la creación como la aplicación del derecho por órganos de autoridad son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor.¹⁰⁰ El juez en esta visión efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. La interpretación de autoridad es un acto de voluntad y de política jurídica,¹⁰¹ por lo tanto un acto discrecional.

La interpretación auténtica o de autoridad está totalmente vinculada a la estructura normativa y escalonada de la teoría de Kelsen, aunque debe señalarse que la determinación que de la norma inferior realiza la norma superior nunca es completa. Por ello, en todas las gradas del ordenamiento hay tanto un proceso de aplicación como de creación. De esta manera, en el proceso de creación de nuevas leyes habrá siempre aplicación de la Constitución y de las leyes jerárquicamente superiores, así como en la elaboración de las sentencias existe, junto a la aplicación de las normas generales, un proceso de creación de una norma individual y concreta.¹⁰² Las excepciones al dualismo creación/aplicación se encuentran en los extremos de la pirámide: en la cúspide, en el caso de la producción de la Constitución, sólo hay creación, mientras que en las sentencias de la base sólo existiría aplicación.

⁹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 70, pp. 349 y ss.; *id.*, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, 1992, pp. 25 y ss.

⁹⁹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., nota anterior, p. 29.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 70, p. 354.

¹⁰² Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 62.

Es claro que la interpretación auténtica o de autoridad no está conectada principalmente con los problemas semánticos de las normas sino con el proceso de creación del derecho explicado en el párrafo anterior. El objeto de la interpretación kelseniana son normas como portadoras de significados, y no meros textos, y dicha actividad consiste en mostrar esos significados que serán elegidos por un acto de voluntad. De esta manera existe correspondencia entre la concepción de norma de la teoría kelseniana “contenidos de sentido” o “sentido de un acto de voluntad” con su posición de la interpretación y aplicación de la norma al caso concreto. También existe relación entre la interpretación como acto de concreción del sistema jurídico en la idea de un ordenamiento escalonado que se reproduce a sí mismo de la cúspide a la base.

La estructura de la norma kelseniana “Si es A debe ser B”, con sus elementos: antecedente, cópula deber ser y consecuencia, van a ir determinando en el proceso de la creación del derecho una visión interesante sobre la discrecionalidad del derecho. Aunque la teoría kelseniana no admite principios jurídicos como parte de su sistema normativo, y hasta llega a señalar los peligros que provocaría que el Tribunal Constitucional interpretara “valores”, produciendo normas generales, lo evidente es que Kelsen rechaza la posibilidad de una seguridad jurídica plena; es más, la califica de ilusión. La teoría de Kelsen sobre la interpretación jurídica no puede entenderse sin hacer referencia a las tesis que sostiene respecto a la indeterminación del derecho. En el análisis que efectúa de este fenómeno, Kelsen advierte que la indeterminación puede ser intencional cuando el órgano creador de la norma faculta al órgano aplicador para colmar la indeterminación; o no intencional debido a ambigüedades lingüísticas, discrepancias entre la voluntad y la expresión literal de la norma y las contradicciones normativas. La indeterminación en el derecho más la visión de la interpretación como acto de política jurídica nos llevan de la mano al tema de la discrecionalidad judicial. Es verdad que se trata de una discrecionalidad dentro de un marco de posibles significados de sentido de la norma, pero discrecionalidad al fin y al cabo.

Debido a lo anterior, para Kelsen no existe un método correcto de interpretación. Lo dice textualmente:

...No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídica-positivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”; suponiendo, natural-

mente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, en favor de uno u otro, en manera objetivamente válida, el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto.¹⁰³

La teoría kelseniana de la interpretación presenta grados de irracionalidad considerables pero es fiel a su esquema teórico, a su concepto de norma jurídica y a su esquema de construcción escalonada del ordenamiento. También es consistente con la estructura formal que de la norma concibe Kelsen, y con su rechazo a la incorporación de los principios en la interpretación de los tribunales constitucionales.

La concepción del derecho de Hart, como él mismo lo señala en el *Post scriptum al concepto de derecho*, es general y descriptiva. Es general en el sentido de que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas.¹⁰⁴ El sistema jurídico de Hart está conformado exclusivamente por reglas, tanto primarias y secundarias. Su concepción del derecho no incluye a los principios jurídicos. Él establece las diferencias con Dworkin en el *Post scriptum* cuando dice que la tarea central de éste consiste en la identificación de los principios que se adaptan mejor con el derecho establecido y con las prácticas de un orden jurídico, y a la vez proporcionan su mejor justificación moral, mostrando al derecho en su mejor luz. Los principios en Dworkin, como Hart lo menciona, son no sólo parte de una teoría del derecho, sino son, también, parte implícita del derecho mismo.¹⁰⁵

El sistema hartiano de reglas es el último gran sistema jurídico ideado sólo con esa visión de las normas. Es un sistema desarrollado y completo pero que desgraciadamente no contempló los principios. En el capítulo

¹⁰³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., nota 70, p. 352.

¹⁰⁴ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. y estudio preliminar de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 11.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 13.

quinto de *El concepto de derecho*¹⁰⁶ elabora la distinción entre reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias —dirigidas a los ciudadanos— imponen deberes. Las reglas secundarias —orientadas hacia la autoridad— prevén actos que conducen no simplemente a movimientos o cambios físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas o modificadas, así como determinar las violaciones de manera incontrovertible de las reglas primarias. Las reglas secundarias son de tres tipos: de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. La regla de reconocimiento sirve para identificar si las proposiciones normativas son o no parte del sistema jurídico. La regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas; puede consistir en un documento escrito, en algún documento público, un texto de reglas, etcétera. En los sistemas jurídicos complejos la regla de reconocimiento hace referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias; ésta puede ser el que las reglas sean sancionadas por un cuerpo específico, su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. La operación de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas, a las que se atribuye autoridad, constituye el germen de la idea de validez jurídica.¹⁰⁷

El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias entraña la introducción de lo que se llama reglas de cambio. Éstas promueven la creación y derogación de normas jurídicas principalmente por vías legislativas, aunque también podría darse la modificación de las reglas por vía judicial o administrativa.

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia normativa, por la presión social difusa que ésta ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Además de identificar a los individuos que pueden

¹⁰⁶ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 17, pp. 99-123.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 118.

juzgar, tales reglas definen el procedimiento a seguir. Aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la trasgresión de obligaciones. Estas reglas definen un grupo importante de conceptos jurídicos: juez, tribunal, jurisdicción, sentencia, etcétera.¹⁰⁸

Para Hart, “la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política”.¹⁰⁹ Así, la estructura del sistema normativo descrito, tanto como la manera en que el juez, el ciudadano y el estudioso —el punto interno y externo— interactúan con el derecho, ya sea registrando o prediciendo la conducta que se adecua a las reglas, o usando las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás, explican en buena medida muchos aspectos del derecho. Hart, sin embargo, considera que aunque la unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico, no lo es todo, y éste puede explicarse también por elementos de carácter diferente.¹¹⁰

El análisis hartiano sobre el derecho, al igual que el de Kelsen, está hecho desde una perspectiva legislativa o científica y no judicial, de ahí el carácter secundario que en estas teorías tiene la interpretación. El derecho en Hart es ese conjunto de reglas —primarias y secundarias— que tienen por objetivo guiar, hacia el futuro, la conducta de los ciudadanos. Sin embargo, la teoría hartiana hizo algo muy importante, que Kelsen no desarrolló, para la interpretación: explicarla a partir de la indeterminación de las reglas primarias y secundarias.

La indeterminación de las reglas, que es una indeterminación en el lenguaje del legislador, tiene una doble causa: indeterminación semántica debido a que las orientaciones que las reglas generales pueden proporcionar para las situaciones particulares son necesariamente limitadas. Todo lenguaje presenta un halo de vaguedad o de textura abierta. El lenguaje,

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 121.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 123.

y aquí sigue a Waismann, tiene imposibilidad para anticipar circunstancias futuras y para detallar de antemano hechos particulares bajo rútilos clasificatorios generales.¹¹¹ La otra causa de la indeterminación es voluntaria, y es basada intencionalmente por el legislador, es una forma de delegación de la creación normativa en el juez. “Lo que se quiere es dejar un margen de discrecionalidad a los órganos interiores, porque es imposible prever las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión”.¹¹²

Puede haber en la teoría hartiana otros tipos de indeterminación del lenguaje normativo, además de la indeterminación semántica y voluntaria, lo que Hart denomina “ambigüedad”, esto es, la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto, y la indeterminación que puede originarse al tener en cuenta los propósitos perseguidos por la regla.¹¹³ Importante también es señalar que la indeterminación normativa no tiene una connotación negativa. La indeterminación del lenguaje es inevitable, y es útil, como en el caso de la indeterminación voluntaria, pues permite que el legislador guíe, hacia el futuro, la conducta de los ciudadanos, sin engañarse sobre su capacidad de prever todas las circunstancias.

Las indeterminaciones de las reglas inciden en la interpretación y aplicación del derecho. No es, por tanto, adecuado pensar en el juez hartiano como un mero aplicador de reglas. ¿Será entonces totalmente libre para interpretar, llegando a la creación hasta arbitraria de nuevas reglas?

Mucho se ha discutido sobre el nivel o profundidad de discrecionalidad judicial que la teoría hartiana mantiene. En obras posteriores a *El concepto de derecho*, como en *Problems of the Philosophy of Law*,¹¹⁴ Hart insistirá en la posición de que en la resolución de casos difíciles el juez no actúa en el vacío, sino que existe una serie de estándares jurídicos que operan como guías en el proceso de decisión judicial. Los estándares incluyen pautas de justicia, de moralidad, metas sociales, etcétera.

¹¹¹ Waismann, Friederich, “Verificabilidad”, en Parkinson, G. H. R. (ed.), *La teoría de significado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 61 y 62.

¹¹² Lifante Vidal, Isabel, *op. cit.*, nota 102, pp. 216 y 217.

¹¹³ Hart, H. L. A., “Introduction”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 1-18.

¹¹⁴ Hart, H. L. A., “Problems of the Philosophy of Law”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, nota anterior, pp. 88-120.

Estos estándares limitarían una amplia discrecionalidad del juez, y ayudarían a ceñir sus decisiones a criterios más racionales.

Hart participó en la polémica entre las tesis del “noble sueño” y la “pesadilla”. Las primeras ignoran el carácter indeterminado de las reglas y sostienen la decisión judicial como derivada de un razonamiento mecánico, o afirman, como Dworkin, que aun en los casos difíciles sólo existe una y sólo una decisión correcta. Las segundas, tal como el irracionalismo realista estadounidense, opinan que las decisiones judiciales son el producto del libre arbitrio judicial, la voluntad del juez, sus emociones, etcétera, y que, por tanto, el órgano jurisdiccional no está sometido a reglas, sino que ellos son los verdaderos creadores del derecho.¹¹⁵ Ambas tesis son equivocadas para Hart. Ni el juez es un autómatas o sabio capaz de tener la solución correcta para cada caso ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites, debe ceñirse a pautas o estándares que guían su conducta como resolutor judicial.

La interpretación de las reglas ocurre tanto en las primarias como en las secundarias. La indeterminación puede aparecer sobre casos individuales o generales. Los sujetos de la interpretación serían todos aquellos que tengan que ver con las reglas, y el objetivo de la actividad interpretativa consiste en la eliminación *a posteriori* de las indeterminaciones que son originadas por el lenguaje de las reglas generales o la intención del legislador.

En síntesis, el positivismo kelseniano y hartiano respecto a nuestra materia se distingue por:

- a) No elaborar una teoría de la argumentación.
- b) Basar el derecho sólo en reglas y no en otros materiales normativos.
- c) Abandonar la posición mecanicista del juez de la escuela de la exégesis.
- d) La interpretación es un acto de voluntad discrecional.
- e) Separar derecho y moral.
- f) El juez crea derecho.
- g) El derecho es indeterminado.

¹¹⁵ Véase Hart, H. L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., nota 113, pp. 123-144.

- h) Concebir el derecho desde el legislador y no desde el juez.
- i) La indeterminación de las reglas incide en la indeterminación y vaguedad del derecho.
- j) En Hart, los estándares jurídicos son elementos contextuales que ayudan a reducir la amplia discrecionalidad de la interpretación kelseniana.

V. EL MODELO DWORKIANO: PRINCIPALISTA E INTERPRETATIVO

Lo primero que habría que señalar sobre Ronald Dworkin es su manera de abordar el derecho. No lo hace como Kelsen o Hart desde el análisis sólo de las reglas, sino que incorpora los principios y directrices,¹¹⁶ y en sus obras posteriores, como *El imperio de la justicia*¹¹⁷ o *Matter of Principle*,¹¹⁸ entiende el derecho como interpretación. Por lo tanto, en Dworkin, la perspectiva de análisis del derecho no es desde el legislador sino básicamente desde el juez.

Dworkin, como lo señala Alfonso García Figueroa, despliega sus críticas en tres fuentes: en contra del positivismo jurídico, del realismo y del utilitarismo. Sobre y en oposición al positivismo establece la existencia de los principios como elementos normativos impensables en el marco tradicional constituido por reglas. Con relación al realismo cuestiona la discreción judicial a través de dos argumentos: el democrático y el liberal. Según Dworkin, el juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad; el argumento liberal le sirve para establecer que no cabe legislar *ex post facto*: no es admisible la aplicación retroactiva de normas. En cuanto al utilitarismo, Dworkin admite la identificación entre derecho y moral, un concepto fuerte de derechos como “cartas de triunfo”, y un rechazo en las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo, propios del utilitarismo.¹¹⁹

¹¹⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., nota 31, pp. 61 y ss.

¹¹⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., nota 31, pp. 44-71.

¹¹⁸ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, cit., nota 31, pp. 119-177.

¹¹⁹ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pp. 219 y ss.

Se discute hasta dónde es Dworkin un positivista o un iusnaturalista.¹²⁰ Para algunos es un neoiusnaturalista, otros ven en su posición una vía intermedia entre positivismo y iusnaturalismo. Alguien opina que es un “iusnaturalista” *sui generis*.

De las significaciones de positivismo y no positivismo expuestas por Guastini,¹²¹ Dworkin parece ser un no positivista porque defiende la existencia de contenidos morales objetivos que se introducen en el derecho; en otras palabras, acepta la unión entre derecho y moral.

Si la teoría de Dworkin es “no positivista”, cabría preguntar qué tipo de iusnaturalista es. Existen, a grandes rasgos, dos tipos de iusnaturalismo: el ontológico, que recurre al derecho natural como instrumento para fundar el derecho, para probar su validez, y el iusnaturalismo deontológico, que invoca el derecho natural con el fin de justificar el derecho positivo y no para conferirle validez.

En Dworkin, la moral no sirve para justificar el sistema jurídico sino como criterio material para determinar la validez de las normas del sistema jurídico. Sin embargo, tampoco puede ser considerado un iusnaturalista sin más, pues los contenidos morales que fundan su derecho carecen de las notas de universalidad e inmutabilidad; los principios de Dworkin son muchos y cambian con rapidez, sus contenidos provienen de la moral positiva y de la moral crítica, bajo el presupuesto de que el intérprete puede desvelar, a la mejor luz posible, el fin de la comunidad. En otras palabras, como dice García Figueroa:

¹²⁰ Calsamiglia, A., “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., nota 31, pp. 7-29; Ruiz Miguel, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983, pp. 7-31; Prieto Sanchis, Luis, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, *Ronald Dworkin. Estudios en Homenaje. Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 38, 1993, pp. 69-100; Pintore, Anna, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 69 y ss.

¹²¹ Según Guastini existen tres significados de positivismo: en un primer sentido, positivismo alude a que el derecho es un producto de los hombres; en una segunda acepción, positivismo se identificaría con la separación de poderes; y positivismo puede significar también normativismo. Dworkin sería positivista en esta última y en la segunda perspectiva. En cuanto a la primera, aunque Dworkin no suscribe un iusnaturalismo basado en la idea de un orden normativo absoluto, eterno y universal, su posición favorable a los derechos morales fundaría las sospechas de no positivismo. Guastini, Riccardo, “Due note di teoria del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 2, 1980, pp. 540 y 541.

La moralización del derecho (por la moral crítica) que propone Dworkin nos proporciona un cuerpo jurídico que, integrado por una serie de reglas, principios, etcétera, interpretados a la luz de la mejor teoría moral y política, es capaz de suministrarlos, en todo caso, una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Esta circunstancia convierte en innecesaria la discreción judicial, una práctica, por otra parte, inadecuada para el Estado de derecho...¹²²

La concepción del derecho en Dworkin es principalista —apertura a la moral— y es obviamente interpretativista porque entiende el derecho desde el lugar asignado al juez en la resolución de casos. También su posición implica una concepción ideológica del Estado, de ahí su crítica al utilitarismo, y la consideración de que los derechos individuales deben imponerse siempre a los dictados de los cálculos de coste/beneficio del Estado.

En cuanto a los principios, habría que decir que en las obras de Dworkin se observa una devaluación de los mismos.¹²³ En *Los derechos en serio* tienen una consideración fuerte, sin embargo en *El imperio de la justicia* los principios pierden su centralidad y dejan paso a la teoría del derecho como integridad. La visión del derecho en esta última obra es interpretativista. Los principios son una cuestión instrumental en favor de la interpretación basada en la búsqueda de la solución correcta. Dworkin pretende armonizar un objetivismo moral que proporciona la respuesta correcta con un subjetivismo metodológico en la interpretación de la práctica social.

Dworkin tiene por su centro de interés el contexto de justificación de las decisiones, y deja de lado lo relativo al contexto del descubrimiento. De este modo, el teórico del derecho dworkiano no debe ocuparse de todos los factores que influyen en la toma de decisiones por parte de los jueces, sino que debe adoptar frente al material normativo la misma actitud que el derecho exige que el juez adopte. Esta actitud exige, por tanto, la adopción de un punto de vista interno al sistema jurídico, el de un participante en la práctica social del derecho.

Nuestro autor va a criticar lo que denomina las “teorías semánticas”. Éstas son aquellas según las cuales el significado de la palabra derecho

¹²² García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, p. 259.

¹²³ Pintore, Anna, *Norme e principi. Una critica a Dworkin, cit.*, nota 120, p. 5.

viene dado por ciertas reglas de uso (semánticas) aceptadas por la comunidad lingüística, de modo que los juristas seguirán principios lingüísticos para juzgar las proposiciones acerca del derecho.¹²⁴ Bajo el rótulo de teorías semánticas se pueden encontrar teorías muy diversas, que se distinguirán entre sí atendiendo a la determinación de cuáles son los criterios que establecen la verdad o falsedad de las proposiciones sobre el derecho. Las primeras son teorías que se encuadran dentro del positivismo jurídico: los criterios de verificabilidad se fundamentan en ciertos hechos históricos. Existen para Dworkin dos visiones de positivismo: la de Austin y la de Hart. Según la teoría de Austin, una proposición sobre el derecho será verdadera si la misma registra de forma correcta una orden del soberano. En el positivismo de Hart, la verdad de las proposiciones dependerá de las convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a ciertas personas crear derecho válido. Igualmente, Dworkin critica al iusnaturalismo y al realismo como teorías semánticas. En el iusnaturalismo, los juristas siguen criterios morales universales e inmutables para determinar qué proposiciones sobre el derecho son verdaderas. Y en el realismo, las reglas lingüísticas que los abogados utilizan convertirían a las proposiciones sobre el derecho en instrumentales y predictivas respecto a lo que es o no es derecho.

Las teorías semánticas están afectadas, según Dworkin, por el “aguijón semántico”,¹²⁵ pues consideran que la calificación de algo como derecho presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad que determinan el significado de derecho. La exigencia de respetar los acuerdos semánticos impide resolver los desacuerdos teóricos.¹²⁶ Hay dos tipos de desacuerdos. Los empíricos se dan cuando, frente a un determinado caso, se conocen cuáles son los fundamentos de derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición acerca del derecho, pero en cambio existen dudas sobre si de hecho tales condiciones se ven o no satisfechas en la realidad. Los teóricos son aquellos que problematizan sobre qué es lo que configura los fundamentos de derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición sobre el derecho. Dworkin opina que es imposible dar

¹²⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., nota 31, pp. 35-43.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 16-19.

criterios semánticos que determinen si algo debe ser considerado como derecho. La única manera de extraer el “aguijón semántico” y ofrecer una explicación satisfactoria a los desacuerdos teóricos es optar por una teoría que considere al derecho como un concepto interpretativo.

En la posición de Dworkin, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un sentido, y esto es así incluso cuando no existe un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito.¹²⁷ En palabras de Dworkin,

...la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera... La historia o la forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe estar bien fundamentado... La interpretación creativa, desde una perspectiva constructiva, se ocupa de la interacción entre el propósito y el objeto...¹²⁸

El intérprete de una práctica social deberá proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión. ¿Qué ocurre en el caso de que los datos de la práctica admitan más de una interpretación, es decir, sean compatibles con varios valores? En estos casos, la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor valor para la práctica, lo que para Dworkin supone establecer la muestra mejor, tomando todo en cuenta.¹²⁹

Existe o debe existir una actitud interpretativa que los participantes de una práctica social pueden adoptar frente a la misma, y las distintas eta-

¹²⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

¹²⁹ *Idem*; Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 36 y ss. Es evidente para muchos la influencia de Gadamer en la obra de Ronald Dworkin.

pas interpretativas que deben darse en una comunidad para que pueda hablarse de la existencia de dicha actitud.

La actitud interpretativa se compone de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un “sentido”, o lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo factor supone el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta flexibilidad en la aplicación de las reglas que constituyen la práctica. El fenómeno jurídico se analiza a partir de tres etapas interpretativas.¹³⁰

Dworkin señala que debe haber una etapa “preinterpretativa”, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa.¹³¹ La compara con la etapa de la interpretación literaria en donde, por ejemplo, se identifica y distingue el texto de Moby Dick del texto de otras novelas. Según nuestro autor, coloca la palabra “preinterpretativa” entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Es necesario que exista un contenido sobre qué prácticas son jurídicas, de manera que los juristas puedan argumentar sobre la interpretación de elementos que deben ser, en primera instancia, los mismos.¹³²

La segunda etapa es la interpretativa, en la que el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Aquí hay o debe haber un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Es decir, se trata de averiguar el sentido de la práctica social. El sentido viene configurado por los principios que permiten entender la práctica como un todo que sirve a bienes jurídicos o valores (la interpretación como integridad).¹³³ En ocasiones pueden existir distintas teorías que pugnan entre sí porque establecen sentidos diferentes, ya sea por la existencia de lagunas, antinomias, o simplemente porque se tienen concepciones diversas sobre los materiales jurídicos que están en análisis.

En la etapa pos-interpretativa, también llamada reformadora, se ajustan los sentidos en pugna de la etapa anterior sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que se acepta en la

¹³⁰ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., nota 31, pp. 57-59.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 57 y ss.

¹³² *Ibidem*, p. 58.

¹³³ *Ibidem*, pp. 132-163.

etapa interpretativa. Se elige una de entre las distintas posibles teorías interpretativas desarrolladas en la etapa anterior. La solución o la teoría escogida debe ser la mejor, es decir, aquella que se base en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el “mejor ejemplo posible” del género al que pertenece.

Es, sobre todo, en esta última etapa pos-interpretativa en donde las cualidades del juez Hércules se manifiestan. Será capaz de reconstruir el derecho de cara a la solución de los casos. El intérprete Hércules lleva a cabo el proceso interpretativo después de haber concebido al derecho como una práctica social en la que se ha desarrollado la actitud interpretativa.

Dworkin, sin embargo, no genera una teoría consistente de la argumentación jurídica, dado que reconoce las dificultades para analizar la solución correcta y no establece los criterios para fiscalizar la decisión del juez.¹³⁴ Además, para sostener la idea de la única respuesta correcta habría que defender la existencia de una moral objetiva y la posibilidad de conocimiento de esa moral objetiva. Aunque Dworkin acepta la moral objetiva como una realidad, también es evidente que el propio Dworkin admite las dificultades para conocer esa moral objetiva.

Muchas críticas se pueden hacer a las teorías de Dworkin, además de la imposibilidad de la teoría de la única respuesta concreta. La visión dworkiana no produce una teoría de las fuentes, los principios de su concepción se han desvanecido y queda exclusivamente, lo que es muy importante, la concepción del derecho como concepto interpretativo. ¿Qué es el derecho? Dworkin lo contesta:

...El derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada

¹³⁴ Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 193 y 194.

ciudadano responsable de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuestras circunstancias... La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones...¹³⁵

El derecho es, en fin, un sistema normativo orientado por valores, principios y objetivos, que tanto los ciudadanos, pero fundamentalmente los jueces, deben determinar para encontrar el sentido correcto, lo mejor posible, de las normas.

Si pudiésemos hacer una síntesis del modelo dworkiano en materia de argumentación diríamos que:

- a) Distingue materiales jurídicos distintos a las reglas (los principios y las directrices).
- b) Rechaza las teorías semánticas de la interpretación de carácter puramente lingüístico y propone un concepto más que principalista, interpretativo del derecho.
- c) El modelo interpretativo admite que el juez está precondicionado por elementos contextuales y valorativos.
- d) Hay una visión hermenéutica del derecho, por lo que los elementos de sentido y de significado son fundamentales.
- e) Conecta derecho con moral, al grado que parece que quedan identificados.
- f) Existe en los casos difíciles una única solución correcta.
- g) El fenómeno jurídico se encuadra en tres etapas interpretativas: en la primera etapa se identifican las normas aplicables al caso, en la segunda se averiguan los sentidos de las normas, y en la tercera se ajustan los sentidos para adecuar la decisión al significado óptimo.

¹³⁵ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, cit., nota 31, pp. 289 y 290. Para una reflexión sobre los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin véase Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, cit., nota 31.

- h) No se genera una teoría consistente de la argumentación por las dificultades que se tienen par alcanzar la solución correcta.

VI. EL DERECHO COMO PROCEDIMIENTOS: ALEXY

En la obra de Alexy los principios revisten una gran importancia.¹³⁶ Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. Su teoría es tanto de la argumentación como de la validez del derecho, sin olvidar su importante contribución a la teoría de los derechos fundamentales.

Los principios de la obra de Alexy pueden ser analizados desde el lado activo del derecho, es decir desde la argumentación, pero también desde el lado pasivo, esto es, de la pura concepción del derecho como estructuras o conjunto de normas. La visión de Alexy sobre el derecho es no positivista, tal como la ha definido Guastini, o neoconstitucionalista;¹³⁷ su fundamento reside en la pretensión de corrección a partir de la teoría consensual de la verdad de Habermas, que distingue entre un uso cognitivo y un uso interactivo del lenguaje.¹³⁸ La argumentación jurídica usa el lenguaje interactivo y tiene una base procesal que Alexy presenta así:

La elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho es objeto de la teoría de la argumentación jurídica. Dos son las tareas que tiene que cumplir. La primera resulta de la racionalidad de la pertenencia al sistema jurídico tanto de un nivel de reglas como otro de principios. Estos objetivos autoritativos exigen desarrollo de reglas metódicas que aseguren la vinculación a ellos. La segunda tarea resulta del conocimiento ahora casi trivial de la metodología jurídica en el sentido de que es imposible un sistema de reglas metódicas que establezcan exactamente sólo un resultado. En todos los casos dudosos se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de au-

¹³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 36; *id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *id.*, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; *id.*, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre de 2002; *id.*, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

¹³⁷ Guastini, R., “Due note di teoria del diritto”, *op. cit.*, nota 121, pp. 540 y 541.

¹³⁸ Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Cátedra, 1994, p. 354.

toridad. Por lo tanto, la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho depende esencialmente de si y en qué medida son accesibles a un control racional. La respuesta de esta cuestión es la segunda tarea de la argumentación jurídica.¹³⁹

La segunda parte de la teoría de la argumentación jurídica tiene en Alexy una gran importancia. Sostiene que aunque sea posible objetivar en alguna medida las valoraciones, ninguna vía resulta enteramente satisfactoria para resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones. Señala que quien equipara seguridad y racionalidad debe renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional, pues no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas. Además, precisa que como caso especial del discurso práctico general, el discurso jurídico incluye las reglas y las formas del discurso práctico general, y su utilización como criterio para decisiones correctas hace necesaria una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético. Por ello, en la medida en que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general.¹⁴⁰

Las principales ideas de Alexy en materia de argumentación práctica o moral consisten en:

- 1) Iniciar con una teoría de la argumentación práctica o moral que después se lleva al derecho.
- 2) La argumentación jurídica es un “caso especial” del discurso moral.
- 3) La teoría de Alexy es una teoría normativa (analiza los buenos y malos argumentos), analítica (estudia la estructura de los argumentos), descriptiva (empírica), y capaz de enfrentar los problemas metateóricos de la misma.
- 4) Alexy, como Habermas, opina que la verdad en la argumentación práctica no se entiende como correspondencia de enunciados y hechos, sino que la condición de verdad de los enunciados depende del potencial asentimiento de los demás.

¹³⁹ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica“, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 174 y 175.

¹⁴⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 36, pp. 278 y 279.

- 5) Los enunciados normativos más que susceptibles de verdad son correctos o incorrectos.
- 6) Cuatro son las pretensiones de validez en el discurso moral para el consenso o el acuerdo: *a)* la pretensión de elaborar enunciados inteligibles; *b)* la pretensión de comunicar contenidos proposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; *c)* la pretensión del hablante de manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones, y *d)* el hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar sus enunciados de modo que puedan, en principio, coincidir entre sí.
- 7) Las pretensiones pueden ser problematizadas. El hablante tiene que dar razones para fundamentar que sus acciones o normas son correctas.
- 8) La argumentación no es una serie encadenada de proposiciones sino una serie de interacciones humanas.
- 9) En la argumentación, los participantes se someten a sí mismos a la coacción no coactiva del mejor argumento.
- 10) El discurso argumentativo remite a una situación ideal de habla. La corrección de los resultados dependerá de que se alcance un consenso en una situación de total libertad y simetría entre los participantes del discurso.
- 11) El discurso argumentativo debe seguir determinadas reglas para cumplir con la libertad y simetría del discurso. Las reglas no se refieren sólo a las proposiciones sino también al comportamiento del hablante. Son por ello semánticas y pragmáticas.
- 12) Las reglas y formas del discurso se dividen en: fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, sobre la forma de los argumentos, sobre las reglas de fundamentación, y de transición.
- 13) Las reglas fundamentales enuncian principios de no contradicción, de sinceridad, de universalidad y de uso común del lenguaje.¹⁴¹

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 185-187. Las reglas fundamentales son: ningún hablante puede contradecirse; todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes, y distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

- 14) Las reglas de razón definen las condiciones de la racionalidad del discurso. Establecen un ideal al que cabe aproximarse por medio de la práctica.¹⁴²
- 15) Las reglas sobre la carga de la argumentación son reglas técnicas que facilitan la argumentación.¹⁴³
- 16) Las formas de los argumentos indican que hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular: por referencia a una regla o tomando en cuenta las consecuencias.
- 17) Las reglas de fundamentación se refieren a las características de la argumentación práctica y regulan cómo llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores (principio de universalidad, intercambio de roles, del consenso, de publicidad).¹⁴⁴ Existe un se-

¹⁴² *Ibidem*, pp. 187-190. Las reglas de razón son: todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación; quien pueda hablar puede tomar parte del discurso; todos pueden problematizar cualquier aserción; todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso; todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; a ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos, mediante coerción interna o externa al discurso.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 191-196. Las reglas sobre la carga de la argumentación son: quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello; quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos; y quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 197-200. Las reglas de fundamentación son: quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas; las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos; toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general; las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica, una regla moral no pasa semejante prueba si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente haya perdido después su justificación o si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes; las reglas morales que sirvan de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica-individual. Una regla no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables; y, hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

gundo subgrupo de reglas de fundamentación que se dirigen a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual.¹⁴⁵ Finalmente, entre las reglas de fundamentación hay una que garantiza que se pueda cumplir con los fines del discurso práctico.¹⁴⁶

- 18) Las reglas de transición auxilian para el cambio de planos del discurso (pasar, por ejemplo, del discurso sobre hechos a un discurso sobre conceptos, teorías o categorías científicas).¹⁴⁷

Las bases, reglas y procedimientos anteriores de la teoría de Alexy para la argumentación práctica tienen por propósito establecer que un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado del procedimiento que observe las reglas expuestas. Por eso, el procedimiento discursivo moral requiere reglas cuyo cumplimiento garantice que el resultado sea racional aunque no necesariamente correcto.

El procedimiento de argumentación práctica o moral, sin embargo, presenta dos insuficiencias: no resuelve plenamente el problema del conocimiento ni el problema del cumplimiento. Entre los problemas de conocimiento del discurso moral se menciona que: algunas reglas sólo pueden cumplirse de manera aproximada, no todos los pasos de la argumentación están determinados, y todo discurso empieza a partir de las convicciones normativas de los participantes, los que están condicionados cultural y psicológicamente. Respecto al problema del cumplimiento se dice que saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.¹⁴⁸

La argumentación jurídica como caso especial de la argumentación moral resuelve, aunque no totalmente, los dos problemas. El cierre de la laguna de racionalidad de la argumentación moral se pretende atender con el carácter institucionalizado y coactivo del derecho. Su carácter ins-

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 199 y 200.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 200.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 200 y 201. Las reglas de transición son: para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico); para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis de lenguaje, y para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 201-212.

titucionalizado obliga a conocer y su naturaleza coactiva a obedecer el resultado.¹⁴⁹ No obstante, Alexy aclara que aunque el procedimiento discursivo de argumentación jurídica tiende a resolver los problemas de conocimiento y de cumplimiento, debemos sostener que no por ello el resultado será necesaria y plenamente correcto.

La argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general se apoya en las siguientes bases, formas y reglas:

- 1) El procedimiento del discurso jurídico se define, por un lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sistemáticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, y por otro a las reglas y formas del discurso práctico general.
- 2) Se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas: la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico.
- 3) En la justificación interna para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.¹⁵⁰
- 4) En los casos complicados, en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva, hay que acudir a una forma más general de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo, de manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible.¹⁵¹
- 5) En la justificación externa, que se refiere a la justificación de las premisas, se alude a tres tipos de reglas: reglas de derecho positivo, donde la justificación consiste en mostrar su validez de acuerdo con los criterios del sistema; enunciados empíricos, que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba; y un tercer tipo de enunciados que son principalmen-

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 206-213.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 214-222.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 220-222.

te reformulaciones de normas, esto es, la forma y reglas de la justificación externa.

- 6) Se distinguen seis grupos de reglas y formas de la justificación externa, según las mismas se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de los argumentos jurídicos.
- 7) Alexy distingue seis grupos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos, pero sólo elabora formas de los tres primeros.
- 8) En relación con la interpretación semántica ofrece tres formas de argumentos, según que se usen para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible.¹⁵²
- 9) El argumento genético se justifica de acuerdo con la voluntad del legislador, tanto lo querido históricamente por él o lo que el legislador pretende alcanzar con la norma.¹⁵³
- 10) La interpretación teleológica tiene relación con la finalidad objetiva de la norma sin acudir a lo que el legislador pretendió alcanzar con ella.¹⁵⁴
- 11) Alexy propone el requisito de saturación para perfeccionar las formas de interpretación que se presentan de manera incompleta por el carácter implícito de los enunciados.¹⁵⁵
- 12) La teoría argumentativa de este autor concede prevalencia a los argumentos semánticos (gramaticales) y genéticos (voluntad del legislador) sobre los demás.¹⁵⁶
- 13) Los argumentos dogmáticos en la teoría de Alexy son muy importantes, ya que tienen por propósito otorgar coherencia interpretativa y que la discusión sobre normas se dé dentro de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente. Las reglas de argumentación dogmática se refieren a la necesidad de fundamentar los enuncia-

¹⁵² *Ibidem*, pp. 226 y 227.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 227-230.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 231-234.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 236.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

dos dogmáticos en enunciados prácticos de tipo general, a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados, tanto en sentido estricto como amplio, y a la necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, puesto que su uso no sólo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto del discurso jurídico.¹⁵⁷

- 14) El uso de precedentes se justifica porque el campo de lo discursivamente posible no podría hacerse con decisiones cambiantes e incompatibles. Es una extensión del principio de universalidad, aunque la obligación de seguir el precedente no es absoluta. La carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente.¹⁵⁸
- 15) Se destacan tres formas de argumentos jurídicos especiales: argumentos *a contrario*, la analogía y la reducción del absurdo. Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.
- 16) Las reglas del discurso jurídico no garantizan que se pueda llegar a una única respuesta correcta. Ello se debe a que los participantes en el discurso acuden a él con convicciones previas y muchas de las reglas del discurso jurídico no necesariamente pueden ser satisfechas.
- 17) La pretensión de corrección es una pretensión limitada, pues se efectúa bajo las exigencias de la ley, la dogmática y los precedentes; los participantes están condicionados histórica y culturalmente; y en muchas ocasiones, las reglas y el procedimiento no se realizan en la práctica.
- 18) Alexy piensa que no puede haber una teoría fuerte de los principios. Sólo una teoría débil es admisible. Esta teoría débil de principios favorece entender la colisión entre ellos a través de la ponderación.
- 19) La teoría de la argumentación de Alexy debe ser capaz de unir dos modelos de sistema jurídico: el sistema jurídico como sistema de procedimientos y reglas del discurso, y el sistema jurídico como agregado de normas. El primero representa el lado activo del dere-

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 240-261.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 261-266.

cho y el segundo el lado pasivo (este último se integra por reglas y principios).¹⁵⁹

- 20) 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 mandatos de optimización porque pueden ser cumplidos en diversos grados. La forma característica de aplicación de los principios es la ponderación.¹⁶⁰
- 21) El modelo del derecho en tres niveles (reglas, principios y procedimientos) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que conduce a un mayor grado de racionalidad.
- 22) La pretensión de corrección en un sentido fáctico es relativa, pero en un sentido normativo tiene una finalidad regulativa, es decir, los participantes están obligados a elevar su pretensión como si ésta presupusiera que es la única respuesta correcta.
- 23) La teoría de Alexy basada en procedimientos¹⁶¹ y en normas ha sido cuestionada. Atienza ha señalado algunas insuficiencias generales, relativas: *a)* al objeto, en la medida en que se descuidan aspectos del razonamiento jurídico como la argumentación en materia de hechos, en la producción legislativa, en los procesos de mediación y negociación; *b)* al método, pues la teoría no permite analizar adecuadamente los procesos de argumentación y evaluar sus resultados, y *c)* a la función, pues ofrece un interés limitado para el teórico y práctico del derecho, y además no es crítica con el derecho positivo. Otros autores también han indicado su lejanía con la operatividad en el plano real del derecho.¹⁶²

Muchos estudiosos han apuntado el fracaso de la fundamentación de las reglas del discurso práctico general, y destacan que la noción de co-

¹⁵⁹ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *cit.*, nota 136, pp. 59-73.

¹⁶⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 136, pp. 81-172. También véase Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, nota 136, pp. 13-64.

¹⁶¹ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, *cit.*, nota 136, pp. 59-73.

¹⁶² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *cit.*, nota 81, pp. 206-233.

rrección manejada por Alexy conduce a un concepto artificial de racionalidad.¹⁶³ Velasco Arroyo sostiene que las reglas del discurso no poseen la neutralidad de las que las reviste Alexy.¹⁶⁴ García Figueroa opina que la versión de Alexy retrasa el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo —por ejemplo el de Hart—: la discreción judicial comienza donde se agotan los materiales normativos y la discreción en el modelo de Alexy se desarrollaría cuando los materiales normativos y morales no fuesen suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas.¹⁶⁵ Algunos más objetan el etnocentrismo o el relativismo de la teoría, pues ésta sólo valdría para las sociedades occidentales y no para otras culturas.¹⁶⁶ Habermas niega que la argumentación jurídica sea un caso especial de la argumentación práctica, pues el derecho no contiene únicamente razones morales sino también razones éticas y pragmáticas.¹⁶⁷ Existe también el que cuestiona la rigidez de la racionalidad de Alexy que se concreta en el cumplimiento o no de las reglas, dado que respecto a la racionalidad no pueden haber grados.¹⁶⁸

Las posturas anteriores tienden a diluir la pretensión de corrección de las decisiones. Esto es, desde luego, cierto, sin embargo la teoría de Alexy representa uno de los mejores intentos por encontrar una vía, un método, una forma para conferirle al derecho un cierto nivel de certeza. No comparto el pesimismo de José Antonio Seoane cuando señala:

...las condiciones mínimas de racionalidad, representadas por las reglas y formas de argumentos propuestas por Alexy, conforman el marco de la racionalidad, una suerte de lindes infranqueables en la adopción de la decisión. Su código de la razón práctica puede ser, a lo sumo, el umbral de la razón prudencial, una razón práctica de otra naturaleza, sin la cual resulta

¹⁶³ Herget, J. E., *Contemporary German Legal Philosophy*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 55.

¹⁶⁴ Velasco Arroyo, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de las normas jurídicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XV, 1998, pp. 257-275.

¹⁶⁵ García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, pp. 343-345.

¹⁶⁶ Herget, J. E., *op. cit.*, nota 163, pp. 53 y 56.

¹⁶⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, *cit.*, nota 29, p. 303.

¹⁶⁸ Seoane, José Antonio, “Un código ideal y procedimental de la razón y práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, p. 112.

imposible responder satisfactoriamente al problema que origina su teoría de la argumentación: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas.¹⁶⁹

Un tema final que debe ser mencionado es la postura de Alexy sobre las relaciones entre moral y derecho. Los principios son el vínculo entre derecho y moral. El argumento de principios asegura que existe una serie de principios immanentes al derecho y que vinculan al juez en los casos difíciles. Este argumento es de naturaleza conceptual y depende del argumento de la corrección y de una metaética descriptivista.¹⁷⁰ Se estructura en tres tesis: la de la incorporación, la moral y la tesis de la corrección.

La tesis de la incorporación afirma que existen principios en el derecho. Todos los sistemas jurídicos los tienen y la prueba de su existencia es el uso frecuente de la ponderación en las decisiones judiciales. Los principios se utilizan durante la aplicación porque durante ésta se requiere de un momento de discrecionalidad en el que intervienen factores morales e ideológicos. La cuestión sobre esta tesis es si estos principios tienen naturaleza jurídica o si tan sólo son expresión de la discrecionalidad judicial. Para Alexy, la aplicación requiere de un discurso fundamentador, una justificación, y ello vincula esta operación a la racionalidad práctica o moral a través de la tesis de la pretensión de corrección.

La segunda tesis, la moral, afirma que el derecho es estructuralmente moral. Los principios que aplica el juez tendrían la doble condición de ser jurídicos y morales. Alexy dice en *El concepto y la validez del derecho* que se puede señalar que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas.¹⁷¹

La tesis de la corrección sostiene que existe una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral correcta. La moral correcta es la moral fundamentable, esto es, una moral que se desenvuelve en el ámbito de un sistema normativo cuya corrección dependería de su coherencia.

Se puede decir que la teoría discursiva de Alexy, basada en reglas, principios y procedimientos, produce una teoría del derecho que genera

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 129.

¹⁷⁰ García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, p. 389.

¹⁷¹ Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 80.

un jurista que debe estar atento al derecho injusto y que debe, al mismo tiempo, denunciarlo para que pueda imponerse el verdadero derecho. Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto que no provocaría una concepción positivista del derecho. No obstante, hay quien opina que se trata de una teoría conservadora porque la pretensión de corrección en el derecho infravalora logros históricos, como la lucha por el Estado de derecho, y no facilita cambios en el sistema normativo, esto es, concluye en una teoría legitimadora del *statu quo*.¹⁷²

En resumen, la teoría de Alexy se caracteriza por:

- a) Es una teoría procedimentalista de la argumentación.
- b) Las reglas del discurso jurídico óptimo se basan en las reglas del procedimiento moral.
- c) Las principales reglas del procedimiento discursivo descansan en la imparcialidad, libertad y simetría de los participantes.
- d) Un enunciado normativo es correcto, si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría y libertad.
- e) La argumentación es un procedimiento discursivo correcto.
- f) Los principales problemas de toda teoría de la argumentación son el problema del conocimiento y el problema del cumplimiento.
- g) En toda argumentación jurídica debe distinguirse entre justificación interna y externa. La interna trabaja con reglas; la externa con principios y otros materiales normativos y sirve para resolver casos difíciles.
- h) Todos los métodos argumentativos pueden usarse (regla de saturación).
- i) No se garantiza una única respuesta correcta.
- j) No se admite una teoría fuerte de principios.
- k) El principio de proporcionalidad es la base para la solución de conflictos de principios.
- l) El sistema jurídico se integra por procedimientos argumentativos y normas.

¹⁷² García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, nota 119, pp. 408 y 409.

VII. EL MODELO GARANTISTA: FERRAJOLI

Ferrajoli construye un modelo jurídico que él denomina *garantismo*. El garantismo está basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propende maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales.¹⁷³ Nuestro autor señala que una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

El garantismo es también una teoría jurídica de la validez del derecho. Para Ferrajoli, las normas para que sean validas exigen no sólo el respeto a la competencia del órgano que las emite y al procedimiento que se sigue para elaborarlas. La validez implica además el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional. Esta doctrina de la validez opera como teoría de la deslegitimación interna del derecho, que reclama de los jueces y de los ciudadanos una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, las cuales siempre deben ser vistas a la luz de su validez. La autoridad y el juez no pueden ser pasivos y neutrales frente a las normas vigentes. Son los encargados de cuestionar internamente el derecho secundario a fin de que éste se aproxime en la mayor medida posible a las normas constitucionales, cuyo cumplimiento ensanchará el ámbito de la libertad individual.

El garantismo es igualmente una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. Presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo, entre ser y deber ser del derecho. Equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del Estado. La justificación

¹⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 48, pp. 851-903. El garantismo es posteriormente desarrollado de manera más precisa en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999. También del mismo autor véanse *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, y *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas.¹⁷⁴

Para Ferrajoli, no puede entenderse el Estado de derecho como aquel que tiene exclusivamente una forma legal. Sólo los Estados constitucionales, que en los niveles normativos superiores incorporan límites formales y sustanciales, pueden ser Estados de derecho. La definición de validez en Ferrajoli exige, por un lado, una validez formal en donde las formas de ejercicio del poder y los sujetos titulares están sometidos a la ley, pero, por otro, la validez material establece obligaciones y prohibiciones, criterios de decisión a las autoridades y a las mismas normas. El Estado de derecho tiene así dos características: una legalidad formal, que significa que todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se encuentra sometida al control de los jueces; y una legalidad sustancial, en donde todos los poderes del Estado deben estar al servicio de la garantía de los derechos fundamentales mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales.¹⁷⁵ Si el principio de legalidad formal se limita a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad, el principio de legalidad sustancial exige que la propia ley esté sujeta a contenidos materiales —derechos humanos— para que pueda ser considerada legítima y válida.

La democracia en Ferrajoli comprende dos tipos de reglas. Las primeras son reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, esto es, las clásicas reglas del sistema democrático liberal que se apoya en un sistema electoral que permite la competencia en una igualdad aproximada entre distintas fuerzas políticas. Las segundas son las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir, reglas que definen el carácter del derecho o del sistema jurídico en función de la garantía de los derechos fundamentales. Estas últimas reglas sobre la democracia no se entienden como presupuestos de la democracia sino como elementos centrales del concepto de la misma. Por ello Ferrajoli ha sido cuestionado por algunos autores

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 48, pp. 880-903.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 855-857.

como Bovero, quien considera que algunos derechos fundamentales como la libertad de expresión, de reunión o manifestación no son componentes de la democracia sino presupuestos de la misma.¹⁷⁶

En la teoría garantista se hace un repaso sobre los derechos de libertad y sobre los derechos sociales. Ferrajoli considera que ambos —los de libertad y los de igualdad— poseen las características definitorias de todo derecho fundamental, esto es, su carácter inviolable, inderogable, indisponible, inalienable y universal. En su trabajo denominado *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ferrajoli desarrolla cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La primera señala la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales: la propiedad como derecho patrimonial es disponible, nace de actos o de hechos jurídicos y no tiene las notas definitorias de un derecho fundamental. La segunda indica que los derechos fundamentales son el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica. La tercera se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales que pueden ser invocados ante instancias internacionales de protección. La cuarta tesis insiste en la separación entre derechos y garantías, pues los derechos no dependen de las garantías para que existan.¹⁷⁷

Los derechos sociales cambian la base de legitimación del Estado; mientras que el Estado de derecho liberal estaba basado en los derechos de libertad y se conformaba con no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado social debe mejorarlas a través de los derechos fundamentales correspondientes. El problema con los derechos sociales es que no se han visto acompañados por garantías jurídicas adecuadas, por técnicas de defensa de protección jurisdiccional semejantes a las previstas para los derechos de libertad. Lo que se ha hecho en materia de derechos sociales por los llamados Estados del bienestar no ha sido lo correcto, en tanto que han proliferado las burocracias, la discrecionalidad administrativa, el juego no reglado de los grupos de presión, el clientelismo, las sedes extra legales de solución de conflictos, la no transparencia del poder público; es decir, un Estado paternalista, burocrático, incapaz

¹⁷⁶ Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 215-242.

¹⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 25-29.

de ofrecer satisfacción a los derechos sociales. Ferrajoli propone revertir esta situación mediante el establecimiento de técnicas jurídicas de garantía a los derechos sociales. Existe en esta teoría un replanteamiento de la democracia: ésta refleja o debe reflejar no sólo la voluntad de la mayoría sino los intereses y las necesidades vitales de todos. La democracia de esta manera sería sustancial o social, un Estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y un Estado político representativo basado en el principio de las mayorías.¹⁷⁸

Un asunto importante es ver cómo Ferrajoli aborda el problema de la interpretación. Aunque la argumentación tiene un carácter secundario en la obra de Ferrajoli, es claro que su teoría va a propender a una interpretación garantista. Ferrajoli señala que cuanto más se expanden en un ordenamiento los derechos y las garantías con la incorporación de deberes públicos, tanto mayor puede ser la divergencia entre validez y vigencia, entre deber ser y ser del derecho. Existe una latente y estructural ilegitimidad jurídica del Estado de derecho debido a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Por esto, frente al problema de la ineffectividad e ilegitimidad en el Estado de derecho puede haber dos soluciones interpretativas: una de carácter restrictivo que consiste en limitar los contenidos de las normas de nivel superior para hacerlas compatibles con las de nivel inferior, o peor, promover reformas a la constitución formal para adecuarla a la constitución material; la otra es una interpretación progresiva que ve crecer las incoherencias en el ordenamiento secundario pero que tiende a maximizar los valores constitucionales mediante reformulaciones normativas a partir de interpretaciones desde la Constitución en términos más ricos y vinculantes.¹⁷⁹

En cuanto a la ciencia y teoría jurídicas, Ferrajoli elabora una crítica fuerte a lo que él llama el positivismo dogmático, que confundió el derecho vigente con el derecho válido, que ignoró que el concepto de vigencia es una categoría independiente de la validez y efectividad. Según Ferrajoli, el modelo dogmático empobreció al derecho porque careció de una visión crítica frente al derecho positivo, se conformó y resignó frente a los modos de funcionamiento real del derecho. El garantismo es una vi-

¹⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., nota 48, pp. 864-868.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 867.

sión crítica del derecho que pone en cuestión la fidelidad del juez a la ley y entiende que la función de la ciencia no es meramente descriptiva y avalorativa en relación con el derecho vigente. El garantismo cuestiona de raíz los dos dogmas del positivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia del derecho. Sobre el primer asunto, Ferrajoli señala que cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe obligación jurídica de aplicarlas; la obligación es relativa, y para superarla basta la valoración crítica del juez, que en vez de aplicarla, objeta su invalidez. En cuanto al segundo, Ferrajoli rechaza a Kelsen y a Bobbio, pues la ciencia jurídica debe ser crítica tanto interna como externamente; la crítica debe hacerse con parámetros tanto formales como sustanciales, dado que la crítica es parte de la revisión de las normas inferiores del ordenamiento en relación con las superiores.¹⁸⁰ Es más, Ferrajoli hace de la crítica al derecho vigente la principal tarea del jurista, en tanto que de ella proviene la permanente posibilidad de autorreforma del ordenamiento a partir de sus propios principios.

La teoría del garantismo, como ya se dijo, también implica una filosofía política. Para nuestro autor existen dos tipos de doctrinas políticas: las primeras fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos, y las segundas fundan los sistemas políticos sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos. Esta distinción se debe a Luhmann, quien distinguió entre teorías autopoyéticas y heteropoyéticas. El garantismo sería una teoría heteropoyética en donde el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si él mismo los viola. Las teorías heteropoyéticas conciben a la sociedad y a los individuos como fines en sí mismos con respecto a los cuales el Estado y el derecho son medios instituidos para su tutela.¹⁸¹

Según Ferrajoli, las teorías utilitaristas y el iusnaturalismo laico, así como el racionalista, son posiciones heteropoyéticas. Doctrinas en las que el derecho es concebido como un artificio creado por el hombre y para el hombre. El garantismo consiste, como teoría heteropoyética, en la

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 872-874.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 880-886.

negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo; en el garantismo tiene prioridad el punto de vista ético-político que conforma los derechos fundamentales. El garantismo se apoya en un presupuesto pesimista acerca del poder, éste es malo, pues se halla expuesto a falta de límites y garantías y puede degenerar en el despotismo. Ferrajoli rechaza la concepción autopoyética porque los derechos de los ciudadanos resultan instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos. En la concepción heteropoyética, por el contrario, los poderes públicos y privados están instrumentalizados para la tutela de los derechos fundamentales. Nuestro autor pone como ejemplo de norma heteropoyética el contenido de la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia cuando señalaba: "...El gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...".¹⁸² El Estado de derecho garantista sólo puede estar justificado o fundamentado por fines completamente externos al propio ordenamiento.

El punto de vista externo de la teoría de Ferrajoli es el valor persona, y la pluralidad de puntos de vista externos expresados por ellas. A partir del valor persona, Ferrajoli elabora como fundamento de su teoría garantista el principio de igualdad jurídica. La igualdad consiste en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás. Las diferencias sociales y económicas se transforman en privilegios o discriminaciones que deforman la identidad y determinan la desigualdad, aunque se reconoce que no todas las desigualdades jurídicas son intolerables, lo son aquellas que obstaculizan la vida o las libertades. Ferrajoli expone dos tipos de igualdad: la formal y la sustancial. Por la igualdad formal los seres humanos son considerados iguales prescindiendo del sexo, la raza, la lengua, la religión o las opiniones políticas. Por la igualdad sustancial los seres humanos deben ser hechos tan iguales como sea posible. La igualdad tanto formal como sustancial puede ser definida como igualdad en los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son las técnicas mediante las que la igualdad resulta asegurada o perseguida. Según Ferrajoli, podemos redefinir los derechos fundamentales, en contraposición a todas las demás situaciones

¹⁸² *Ibidem*, p. 885.

jurídicas, como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. A diferencia de los derechos patrimoniales, los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a todos.¹⁸³

Ferrajoli distingue técnicamente entre situaciones jurídicas, capacidades y derechos fundamentales. Las situaciones jurídicas corresponden a poderes o deberes adquiridos conforme a “causas” o “títulos” específicos y ejercitables mediante actos potestativos dotados a su vez de efectos en la esfera jurídica propia o en la de otros, tal como la propiedad o los derechos de crédito. Las capacidades definen el *status* de las personas designando su igual idoneidad para realizar actos o llegar a ser titulares de situaciones desiguales, verbigracia, las capacidades jurídicas de goce y de obrar, penales o las capacidades político-electorales. Los derechos, en cambio, son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de títulos y no interfieren jurídicamente en la esfera de otros sujetos; sus características son: la universalidad y su carácter personalísimo, indivisible, inviolable, indisponible e inalienable.

Los derechos fundamentales, según Ferrajoli, no están comprendidos dentro del concepto de derechos subjetivos propio del positivismo jurídico decimonónico. La razón que da para desincorporarlos del concepto tradicional de derechos subjetivos proviene de la distinción ya mencionada entre tesis autopoyéticas y heteropoyéticas. Concebir a los derechos humanos como derechos subjetivos implica subordinarlos al interés general o a la creación del Estado para que existan, es una negación a la tesis heteropoyética. La comprensión de los derechos públicos subjetivos evidencia su matriz estatalista y autoritaria.¹⁸⁴

Un tema de gran importancia en la teoría de Ferrajoli reside en su punto de vista sobre la obligación moral o política de obedecer el derecho. Según nuestro autor, no existe una obligación total o incondicionada de obedecer el derecho porque ello conduciría al positivismo ideológico ya delineado por Bobbio. Cuando mucho existe una obligación moral condicionada al respeto de normas morales de valor superior. Rechaza la posición de algunos autores italianos que sostienen que hay una obligación de adhesión moral a los ordenamientos liberales y democráti-

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 907-912.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 912-915.

cos. De acuerdo con Ferrajoli los ciudadanos no tienen una obligación moral de obedecer el derecho, y si existe, es tan sólo condicionada o *prima facie*, no hay una obligación *a priori*. En cambio, las autoridades, que protestaron cumplir la Constitución, tienen una obligación moral de aceptarla, desde luego dentro del marco de cuestionamiento crítico del que ya hablamos anteriormente. Nuestro autor justifica la desobediencia civil y el derecho de resistencia. Señala que constituye un deber moral desobedecer las leyes cuando entran en conflicto radical con los valores universales y fundamentales sancionados en la Constitución.¹⁸⁵

La función garantista del derecho consiste en la minimización del poder tanto privado como público. La técnica de minimización de los poderes públicos y privados es la maximización de los derechos fundamentales y la limitación e instrumentalización de las situaciones jurídicas. A diferencia de Bobbio, Ferrajoli sostiene que no toda ley limita la libertad. Limitan las libertades las leyes que comprimen derechos fundamentales, por ejemplo normas penales sobre delitos de opinión, de asociación o de reunión. Puede haber leyes dictadas para la defensa de los derechos que limitan a los poderes, tales como las leyes de trabajo que restringen los poderes de los patronos y amplían los derechos de los trabajadores, o leyes que disciplinan el crédito y la propiedad. Para nuestro autor existen ámbitos en donde la función garantista no se cumple: hacia abajo, en los ámbitos domésticos o puramente privados, y hacia arriba, en las relaciones internacionales entre Estados. En esas sedes *infra* y *supra* jurídicas es en donde permanecen y se desarrollan micro y macro poderes salvajes, que son las formas de poder más incontroladas e ilimitadas. Frente a estos poderes extra legales o ilegales no debe plantearse ningún problema de obediencia ni política ni jurídica, pues son poderes de hecho. Los poderes jurídicos como los extra jurídicos constituyen la base de las desigualdades entre las personas. Los primeros producen desigualdades formales y los segundos sustanciales. El poder tiene el efecto específico de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina y relaciones de sujeción. En cambio, los derechos fundamentales promueven la igualdad, la dignidad de las personas, la libre comunicación basada en el recíproco respeto y el reconocimiento como iguales.¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 920-931.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 931-936.

A Ferrajoli le preocupa de manera singular lo que denomina la criminalidad estatal interna y externa como manifestaciones del poder legal y extralegal. Denomina criminalidad estatal interna a los delitos realizados por el Estado contra sus ciudadanos, cuando los delitos no pueden ser llevados ante tribunales o a instancias formales. Un sistema democrático da señales de vida si alcanza a evitar la impunidad o ineffectividad del derecho procesal. La solución a los problemas de criminalidad interna de los Estados reside en la afirmación de los derechos fundamentales como normas de *ius cogens* obligatorias a los Estados por encima de sus ordenamientos. La criminalidad estatal externa o internacional deriva de la proliferación de guerras, incursiones, invasiones, experimentación con armas peligrosas, amenazas nucleares, etcétera. Para Ferrajoli, la solución a la criminalidad externa de los Estados radica en la primacía de los pueblos sobre las organizaciones políticas estatales. Ésta es una tesis jurídica que se funda en el principio de soberanía popular y en los derechos fundamentales; el problema es que aún la comunidad internacional no es una comunidad de pueblos sino de Estados. Se requiere un contrato que limite la libertad de los Estados, sus soberanías, para evitar exterminios, catástrofes ecológicas y lograr interdependencia económica, tecnológica y cultural en planos de igualdad. Esto es, la visión garantista del Estado nacional debe elevarse al plano internacional.¹⁸⁷

La teoría garantista concluye con una dosis de realismo que establece que más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica un sistema de garantías. No es una cuestión jurídica, es una cuestión de hecho que tiene que ver con la lealtad de los poderes públicos a las instituciones, con la madurez democrática de las fuerzas políticas y sociales, con su disposición de luchar por los derechos; en una palabra, con el apoyo práctico ofrecido al sistema normativo de garantías. Ferrajoli rechaza la falacia politicista pero también la falacia garantista. La falacia politicista señala que basta la fuerza de un poder bueno para satisfacer las funciones de tutela asignadas al derecho. La falacia garantista, por su parte, se apoya en el argumento de que son suficientes las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados de garantías constitucionales, para contener el poder. Frente a estas falacias se debe luchar por la realización del derecho, de sus garantías, remover los obstáculos

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 936-940.

del poder, fomentar la lealtad de las fuerzas políticas y sociales a las instituciones democráticas y a los derechos fundamentales, y ampliar la vigilancia de la sociedad.¹⁸⁸

La teoría de Ferrajoli es una teoría para la protección de los débiles que blande el arma de los derechos fundamentales para conseguirlo. Es una posición impregnada de compromiso cívico, y como concepción del mundo puede ser cuestionada por su falta de claridad, pues es al mismo tiempo una teoría descriptiva y prescriptiva que mezcla continuamente el punto de vista interno y externo del derecho, conjuga igualmente el positivismo y el iusracionalismo, presenta una visión de la democracia y del constitucionalismo como elementos en tensión y desconfía de todo tipo de poder, incluyendo los mayoritarios.¹⁸⁹

La obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales* expone las principales ideas de los críticos del garantismo. Guastini rechaza la visión de Ferrajoli sobre los derechos subjetivos, y el tratamiento que de la universalidad e indisponibilidad se hace como elementos de los derechos fundamentales.¹⁹⁰ Ermanno Vitale pone el acento en si puede haber una definición formal-neutra de derechos fundamentales, en si puede existir un iuspositivismo del deber ser, si la moral y la política se vuelven residuales de la democracia sustancial, si la idea del contrato social constituye una metáfora de la democracia, y si la desigualdad en los derechos y el racismo son coesenciales.¹⁹¹ Danilo Zolo señala dudas sobre la definición formal de los derechos fundamentales, y si la propiedad constituye o no un derecho fundamental.¹⁹² Mario Jori entra de lleno en la polémica sobre si las garantías son consubstanciales a los derechos.¹⁹³ Luca Bacce-

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 940-948.

¹⁸⁹ Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, "Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 176, pp. 16 y 17.

¹⁹⁰ Guastini, Riccardo, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 176, pp. 57-62.

¹⁹¹ Vitale, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 176, pp. 63-73.

¹⁹² Zolo, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 176, pp. 75-104.

¹⁹³ Jori, Mario, "Ferrajoli sobre los derechos", *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., nota 176, pp. 105-137.

lli bucea en los fundamentos de los derechos.¹⁹⁴ Bovero cuestiona el concepto de democracia sustancial de Ferrajoli.¹⁹⁵ Anna Pintore elimina a los derechos del concepto de democracia de Ferrajoli, los concibe como presupuestos pero estima que no pueden incluirse en el contenido, y ahonda en las difíciles relaciones entre democracia y derechos fundamentales.¹⁹⁶ Vitale trata de ubicar la teoría de Ferrajoli entre el positivismo y el iusnaturalismo.¹⁹⁷

Las críticas anteriores y las réplicas de Ferrajoli a sus críticos nos muestran el valor teórico de sus planteamientos y el carácter no complaciente de su teoría. Por mi parte, echo de menos que la teoría garantista no desarrollara una teoría de la argumentación y/o de la interpretación.

En resumen, de Ferrajoli podemos decir, respecto al impacto de sus ideas en la argumentación, que:

- a) El garantismo maximiza los derechos humanos y reduce el papel punitivo del Estado.
- b) Su teoría de la validez implica el respeto y garantía de los derechos humanos.
- c) Las normas son inválidas cuando se apartan de los derechos humanos. Su teoría busca deslegitimar el derecho vigente secundario cuando no se ajusta a las normas constitucionales.
- d) Los jueces y autoridades son los guardianes de los derechos humanos y los primeros obligados a deslegitimar el derecho vigente opuesto al derecho válido de carácter constitucional.
- e) Condena la neutralidad y avaloratividad en el derecho.
- f) El garantismo es también una filosofía política que presupone la separación del derecho y la moral.
- g) La democracia implica a los derechos humanos. La democracia no es sólo reglas electorales.

¹⁹⁴ Baccelli, Luca, “Derechos sin fundamento”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, nota 176, pp. 197-213.

¹⁹⁵ Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 176, pp. 215-242.

¹⁹⁶ Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, nota 177, pp. 243-265.

¹⁹⁷ Vitale, Ermanno, “Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, nota 176, pp. 267-285.

- h) El derecho es injusto si se aparta de los derechos humanos. La justificación del derecho vigente siempre es parcial, *a posteriori* y condicionada al respeto de los derechos humanos.
- i) La interpretación es un asunto secundario.
- j) Se propone una guía interpretativa que propende siempre a maximizar en los casos concretos los derechos humanos.
- k) La ciencia jurídica debe ser crítica con el derecho vigente en aras de que éste se oriente a la maximización de los derechos fundamentales.

VIII. RECAPITULACIÓN

La argumentación es determinada por las características de las escuelas jurídicas. No hay neutralidad posible, el modelo de derecho explica la forma de entenderlo, de justificarlo y de argumentarlo. ¿Cómo se da esa determinación o condicionamiento? Creo que los factores a tomar en cuenta en el análisis de cada escuela o modelo de derecho son los siguientes:

- 1) La extensión del material jurídico. Es decir, si además de reglas, el derecho se conforma por principios, valores, directrices, definiciones, etcétera.
- 2) El papel que tiene el intérprete. Si se le concibe como aplicador mecánico o si tiene capacidades para reformular normas. Si entiende su función como conocimiento de significados normativos o como atribuidor de significados.
- 3) Si el derecho es algo más que normas emitidas por el legislador y otros órganos del Estado. Si el derecho es una práctica social que debe ser entendida desde el contexto. Si existe una precomprensión por el intérprete del texto jurídico.
- 4) Qué rol desempeña el caso y el ordenamiento en cada interpretación concreta.
- 5) Si la interpretación es más que conocimiento jurídico, qué papel juegan las perspectivas del intérprete.
- 6) El papel de los derechos humanos y el compromiso que se tenga con ellos.

- 7) La función de las técnicas argumentativas más allá del silogismo formal y los métodos interpretativos tradicionales. Es decir, el papel de la retórica y los procedimientos argumentativos.
- 8) La significación de la Constitución y del resto de las fuentes dentro del sistema.
- 9) El tipo de cultura jurídica de los operadores jurídicos.
- 10) El desarrollo institucional desde una perspectiva del Estado de derecho y la democracia.

Éstos y otros factores explican la manera de entender la argumentación. Algunos de estos factores forman parte de los distintos modelos de derecho y en cada escuela o modelo jurídico tienen distinta respuesta. Por ello, el modelo de derecho en el que se ubica el intérprete condiciona su interpretación. Desde luego que no sólo el modelo de derecho impacta al intérprete, también lo hace la sociedad y la cultura en donde se ubica ese intérprete. La argumentación en sociedades democráticas, pluralistas y heterogéneas tiene una connotación muy distinta a la de sociedades autoritarias, no pluralistas y homogéneas. La argumentación también es determinada por las orientaciones en favor de las minorías y la presencia de fenómenos como la globalización. Sin duda, los niveles de desarrollo y el momento histórico generan comprensiones propias sobre el derecho y la argumentación.

Los neoconstitucionalismos son las formas contemporáneas de entender el derecho. Estas posiciones suelen poner en primer plano la garantía plena a los derechos fundamentales; hacen una distinción entre los materiales normativos, preponderantemente entre reglas y principios; y, en general, son teorías que abandonan el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo. Los neoconstitucionalismos adoptan un modelo argumentativo del derecho, conciben al derecho como argumentación.

Para un neoconstitucionalista, la Constitución no es un documento formal, se entiende como la norma jurídica más importante del sistema cuya fuerza normativa obliga a todos y, por eso, todas las autoridades deben aplicarla. En el neoconstitucionalismo, la Constitución no requiere la disposición de ningún acto jurídico para desplegar su fuerza vinculante. El juez, en cada caso, debe tener en cuenta la Constitución, el ordenamiento y, por supuesto, las exigencias de las circunstancias concretas. La Constitución y el derecho no se interpretan bajo el vetusto esquema de

los métodos tradicionales sino mediante la ponderación, que implica la concordancia práctica entre principios. El neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley.

La aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación abandona el esquema lógico-deductivo y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Argumentar equivale a justificar. El neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación.

En las teorías de la argumentación del neoconstitucionalismo se sabe que la certeza jurídica del positivismo tradicional es ilusoria. Estas teorías no nos engañan, en general se colocan en posiciones intermedias. Salvo Dworkin, casi ninguna asume que en los casos difíciles sólo cabe una respuesta correcta. Tampoco se destacan por una fuerte discrecionalidad judicial. Ésta es controlada no con herramientas falsas e inadecuadas —la subsunción y el silogismo—, sino con el balance entre razones.

El neoconstitucionalismo también ve la relación, aunque sea débil, entre derecho y moral. Sabe que es inevitable, pues los sistemas normativos están interrelacionados. Lo que se considera trascendente, en todo caso, es que el juez y la autoridad decidan con fundamento en el derecho y no con base en la moral. Es obvio que la indeterminación de los principios abre el ordenamiento a la moral, a la política y al mundo social. Una de las visiones más antiguas del positivismo fue la exégesis, que estuvo caracterizada por ser una escuela formalista, mecanicista y estatalista. Nunca desarrolló una visión argumentativa del derecho. Entendió la interpretación desde la aplicación del silogismo, la subsunción y los métodos tradicionales del derecho.

Los iusnaturalismos, sobre todo los ontológicos, subsumen el derecho en la moral. Son sospechosos porque los principios morales que pueden dar o fundamentar al sistema normativo dependen de visiones ideológicas previas que casi siempre obedecen a visiones parciales, *a priori* e incompletas de la moral. El iusnaturalismo que puede ser reivindicado es el deontológico, que sostiene la aspiración ética del derecho y le señala una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre derecho y moral.

El realismo extremo estadounidense conduce al irracionalismo. Algunas escuelas de ese realismo no hacen ningún esfuerzo por buscar la jus-

tificación y el control racional de las decisiones. Es superior el realismo escandinavo de Ross que rechaza conferirle al juez el papel de autómatas o de sujetos irracionales. Según Ross, la interpretación es un hecho empírico que determina significados. Los resultados interpretativos pueden con frecuencia no conducir a un resultado cierto, por la inevitable vaguedad de las palabras o la dificultad para aprehender el caso. La tradición escandinava señala que el juez es un ser humano que presta atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural.

Este capítulo ha abordado teorías positivistas tradicionales que conciben el derecho a partir de reglas y que asignan al juez una dosis más o menos fuerte de discrecionalidad. Kelsen y Hart son ejemplo de ello. Ambos abandonaron las posiciones mecanicistas. En Hart, es muy claro: el juez tiene que interpretar el derecho a partir de estándares generales inteligibles.¹⁹⁸ Los dos asumen la interpretación preponderantemente desde la perspectiva del legislador. Kelsen la concibe como un acto de voluntad.

Dworkin elabora un paradigma interpretativo y principalista del derecho. Sobre el positivismo tradicional, incorpora a su modelo de derecho, además de las reglas, los principios y directrices. En cuanto al realismo, cuestiona la discreción judicial fuerte porque, opina, viola la división de poderes y promueve decisiones que infringen el principio de no retroactividad de la ley. Respecto al utilitarismo, lo condena, porque usa argumentos consecuencialistas basados en el cálculo.

La interpretación de Dworkin es constructivista, pues trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera pertenece. La actitud interpretativa se compone de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un “sentido”, esto es, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo factor supone el reconocimiento de la primacía de los valores frente a las reglas.

Según Dworkin, el fenómeno jurídico consiste de tres etapas. En la primera, la preinterpretativa, se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa. La segunda es la in-

¹⁹⁸ Úrsua, José Francisco, “Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos”, *Isonomía*, México, núm. 20, abril de 2004, p. 266.

terpretativa, aquí el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica, es decir, se trata de averiguar el sentido de la práctica social; el sentido viene configurado por los principios. La última etapa es la pos-interpretativa, en donde se elige la teoría interpretativa que sea la mejor, aquella que se base en los valores que puedan demostrar a la práctica en cuestión como “el mejor ejemplo posible” del género al que pertenece.

La obra de Alexy tiene por fundamento la pretensión de corrección a partir de la teoría consensual de la verdad de Habermas. La argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación moral. Se basa en un procedimiento interactivo apoyado en reglas que pretenden conferir simetría y libertad al discurso argumentativo. La intención es que prevalezca la coacción no coactiva del mejor argumento. La argumentación jurídica es superior a la argumentación moral porque intenta cerrar la laguna de racionalidad. Es decir, atiende de mejor manera los problemas de conocimiento y de cumplimiento.

Alexy desarrolla la teoría discursiva a partir de reglas, principios y procedimientos. Produce un jurista que entiende el derecho como argumentación y que, por ello, debe estar atento al derecho injusto para denunciarlo e imponer el verdadero derecho. Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto.

El modelo garantista de Ferrajoli asume una concepción de los derechos fundamentales fuerte. Todo el ordenamiento está orientado por los derechos fundamentales. Se deslegitima si se aparta de ellos.

El garantismo, entre otras categorías, es una teoría de la validez del derecho. En Ferrajoli, las normas para que sean válidas exigen no sólo el respeto a la competencia del órgano que las emite y al procedimiento para elaborarlas, sino el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema. Ferrajoli se opone a la neutralidad y avaloratividad del derecho. Promueve una visión crítica y activa del derecho y del jurista.

Además de la crítica interna al derecho, Ferrajoli concibe una filosofía política que cuestione el derecho positivo. Dicha crítica externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, sino contingentes, parciales, *a posteriori* y condicionadas.

En materia de interpretación, Ferrajoli propone una interpretación garantista. Ésta consistirá en ensanchar y maximizar el contenido y sentido

de los derechos fundamentales. Sin embargo, Ferrajoli no desarrolla una teoría acabada de la argumentación.

Los modelos de derecho expuestos conciben a la argumentación y a la interpretación desde la trinchera de las visiones previas, tanto ontológicas, epistemológicas o axiológicas. Si queremos entender qué tipo de argumentación hacemos debemos acudir al modelo jurídico que tenemos.