

CONCLUSIONES

1. El derecho como argumentación se apoya en un modelo de derecho dinámico, vivo; no centrado exclusivamente en reglas o principios jurídicos.
2. Existen conceptos y categorías vinculadas a la argumentación que son relevantes para entender este nuevo modelo o concepción del derecho. Esas categorías son tanto tradicionales como innovadoras. Sobre las tradicionales se procura hacer una relectura de los conceptos de interpretación y aplicación. Respecto a los innovadores, se desarrollan los elementos de indeterminación del derecho, su carácter abierto, contextual, vinculado a los principios y valores fundamentales de la Constitución.
3. La interpretación no se concibe como en el pasado: una simple actividad cognoscitiva centrada en desentrañar significados normativos. La interpretación contemporánea se caracteriza por su antipositividad; el papel de la precomprensión y del contexto para la atribución de significados del texto; el rol del caso y del ordenamiento, y, principalmente, la consideración de que el sujeto de la interpretación está situado en una perspectiva previa.
4. El círculo hermenéutico se establece entre el intérprete, las formulaciones normativas y los hechos, permite superar el formalismo lógico y/o teórico. No se puede interpretar el derecho sin haber asumido lo que es el derecho, esto es, para interpretar se requiere tomar conciencia de la articulación de las normas con su ordenamiento y con las circunstancias del caso.
5. Se puede entender a la interpretación a partir de tres significados diversos, cada uno de ellos con una carga ontológica, epistemológica y axiológica propia. La interpretación puede ser: una adscripción o detección de un significado en donde se entiende que la actividad interpretativa es cognoscitiva; como la decisión o propuesta

de un significado entre los diversos posibles —aquí cabría distinguir entre una fase cognoscitiva y otra volitiva— y como la creación de significados generando nuevas normas.

6. La interpretación literal está en decadencia, tanto por los problemas de traducción, equipolencia e indeterminación del lenguaje, como por los derivados de las concepciones interpretativas del derecho. Leer un texto implica estar situado en un contexto, como bien lo ha señalado Gadamer.
7. Interpretación y aplicación no son expresiones sinónimas a menos que entendamos la resolución de los casos como una operación mecánica. Técnicamente, la aplicación es la tarea que las autoridades realizan cuando individualizan una norma para el caso concreto. Toda aplicación del derecho exige una interpretación.
8. La aplicación está necesitada de razones y por tanto de justificación. Toda aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes. La argumentación es un instrumento también de la aplicación, tanto para determinar las razones que justifican la decisión como para lograr el convencimiento de los auditorios, ya sean los integrados por las partes o el conformado por la sociedad.
9. Toda aplicación tiene relación con cuestiones como el deber de resolver los casos y el deber de aplicar el derecho. Ambos temas nos confrontan con el dogma decimonónico de la integridad del derecho.
10. Una norma para que sea aplicada requiere de un análisis de aplicabilidad que consiste en determinar si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento para la aplicación de la norma particular. Estas condiciones tienen que ver, por ejemplo, con la existencia de otras normas que regulen las competencias del órgano aplicador, con el procedimiento para su aplicación, y con las condiciones que resultan de los ámbitos espacial, temporal, personal y material de validez de las normas.
11. Se pueden tener al menos tres concepciones sobre la argumentación: la lógica-formal, la material y la pragmática o dialéctica. La formal define al argumento y a la argumentación como inferencia o encadenamiento de proposiciones; la corrección de las conclu-

siones no depende del contenido de verdad de las premisas, sino del cumplimiento de las reglas formales del silogismo. La argumentación retórica se encarga de descubrir y examinar las premisas desde su contenido; se trata de justificar las premisas mediante razones. La argumentación dialéctica entiende a la argumentación como interacción lingüística cuyo objeto es el logro de un consenso sobre condiciones de imparcialidad, libertad y simetría entre los participantes del diálogo argumentativo.

12. La argumentación es una superación de las teorías tradicionales de la interpretación. En las teorías de la argumentación importa cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos.
13. En las teorías contemporáneas de la argumentación se hace hincapié en la parte justificativa de la decisión. Se considera que es importante dar razones para sostener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las razones más convincentes.
14. Si en la interpretación se debe sopesar alternativas de solución y decidirse por una; la argumentación es el elemento presente en la deliberación, en el juicio interpretativo y en la aplicación. El razonamiento jurídico no es un proceso mecánico. El discurso jurídico implica la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente vinculando el juicio particular al sentido de justicia del ordenamiento jurídico.
15. Las teorías de la argumentación entienden que el juez y la autoridad están vinculados al orden jurídico, pero éste es más complejo hoy en día, ya que no se integra sólo por reglas, sino por principios y procedimientos discursivos. La labor de los jueces es menos simple, pero no por ello se destruye la seguridad jurídica; la de ahora es una seguridad jurídica más exigente que obliga a un conocimiento más profundo de la realidad, del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.
16. El movimiento hacia la interpretación-argumentación y hermenéutica, se inició con sus actuales tintes con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y con el auge de los tribunales constituciona-

les. Éstos se vieron obligados a razonar sobre principios y valores constitucionales.

17. Existen muchas teorías de la argumentación. Las más actuales son las de Aarnio, Peczenick, Alexy, MacCormick y Manuel Atienza. Las tareas de estas teorías son: establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica; determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir entre justificación interna y externa en la decisión; responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida; señalar los elementos de objetividad o intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales; profundizar en el tema de la legitimidad democrática y el carácter contramayoritario de la función judicial, y abundar sobre las razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico.
18. En nuestro tiempo no puede concebirse la noción de Estado de derecho sin la argumentación. Ya no es posible decir que Estado de derecho equivale a imperio de la ley y división de poderes. Es entender que sobre la ley está el derecho y que éste, como producto social y cultural, no sólo es un conjunto de reglas a las que se les añade una sanción, sino un compuesto cuya estructura implica desde luego reglas, pero también principios, valores, directrices, etcétera; y que además esos elementos entran en función mediante procedimientos discursivos y argumentativos. Esto es, derecho no es el conjunto de normas. El derecho es la puesta en escena y el entendimiento de esas normas en un contexto social y a través de la precomprensión y comprensión de los intérpretes. En suma, el derecho es sobre todo argumentación.
19. Se ha sostenido en este libro que el modelo de derecho del que se parta condiciona la manera de argumentar y de interpretar el derecho. También impactan los tipos de sociedad y cultura en donde ese derecho se desenvuelve, al igual que el tipo de régimen político en el que un ordenamiento jurídico se implante.
20. El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica contemporánea que deja atrás el positivismo tradicional. Pone el acento en los derechos fundamentales; admite la existencia de principios jurídicos en el derecho, los que constituyen las normas de mayor densidad del sistema; acepta una relación débil entre derecho y moral; se

- decanta por un juez contrario a la aplicación mecánica de las normas, y entiende que la seguridad jurídica basada exclusivamente en la subsunción y el silogismo ha llegado a su fin. Podría decirse que el neoconstitucionalismo abandona el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.
21. El viejo positivismo era una teoría jurídica sin argumentación, y por ello los problemas de indeterminación de reglas se resolvían en la discrecionalidad judicial. En el neoconstitucionalismo, 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 interpretativa como en el positivismo basado en reglas.
 22. En el neoconstitucionalismo, la discrecionalidad judicial es controlada no con una herramienta falsa e inadecuada —la subsunción y el silogismo— sino con argumentos que significan un esfuerzo justificatorio mayor, como es el caso del principio de proporcionalidad.
 23. La ciencia jurídica del neoconstitucionalismo toma en cuenta la posición del participante para explicar el funcionamiento del derecho. La teoría y la dogmática jurídicas no pueden dedicarse sólo a describir las normas jurídicas, la tesis de la descripción suele ser un enmascaramiento del papel manipulador del derecho.
 24. El iusnaturalismo que hoy en día puede ser de alguna forma reivindicado es el deontológico. Éste sostiene que todo derecho tiene una aspiración ética y que existen principios morales, no sólo producto de la convención social sino derivados de una moral crítica, que deben desempeñar una función de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el derecho.
 25. Con las herramientas del iusnaturalismo deontológico, el ciudadano puede realizar crítica externa al sistema jurídico y hasta desobedecer normas jurídicas que no se ajusten a su concepción moral crítica.
 26. El positivismo conceptual o metodológico rechaza la identificación entre derecho y moral, pero sí admite que hay principios mo-

- rales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. El positivismo conceptual hace alusión a las propiedades descriptivas y no valorativas del derecho.
27. Del positivismo metodológico se pueden extraer tres consecuencias: que una norma y el sistema en su conjunto puedan ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del derecho, y que la definición del derecho no dice nada acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe ese deber de obediencia será un problema de la teoría moral pero no de la teoría jurídica.
 28. El positivismo metodológico, tal como fue diseñado por Kelsen o Hart, es una superación del viejo positivismo de la escuela de la exégesis. Ésta mantuvo en el terreno de la interpretación la sujeción mecánica del juez a las normas. El carácter del juez como reproductor automático de decisiones. Casi ninguna de las tesis del positivismo decimonónico hoy se considera de manera tajante. Ni la tesis de la separación absoluta 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 coerción ni la que piensa que el derecho es un sistema cerrado y seguro.
 29. Se ha trastocado la interpretación en el actual positivismo o neoconstitucionalismo por la inclusión de los principios constitucionales, el peso de la argumentación retórica y de la argumentación dialógica comunicativa. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas y, por tanto, no se prestan a la subsunción. No obstante, el neoconstitucionalismo no desemboca en un puro decisionismo arbitrario del juez, lo obliga a una justificación más racional de sus decisiones. Teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio y Peczenick ponen el énfasis en la justificación de las decisiones y brindan orientaciones para lograrla.
 30. En el neoconstitucionalismo la interpretación de y desde la Constitución 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.
31. El realismo jurídico es sus orígenes implicó una manifestación de revuelta en contra del formalismo jurídico. Ésta no es una escuela de contenidos claros. 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 en los *Critical Legal Studies* respecto a la crítica sobre 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 basado en hechos demostrables.
 32. Los realistas son escépticos frente a las normas debido a la indeterminación lingüística de éstas. En materia de interpretación, algunas de sus posiciones conducen al irracionalismo, como en el caso de Frank.
 33. La teoría realista no se preocupó seriamente por elaborar una teoría de la argumentación. La interpretación jurídica es entendida preponderantemente como un acto de voluntad del juez. La interpretación del modelo realista condena la visión positivista-mecanicista que le confiere al juez el papel de autómatas. Según Ross, el juez es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social y toma 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.
 34. Tanto Kelsen como Hart concibieron exclusivamente el sistema jurídico como un agregado de reglas, no incorporaron principios. Para Kelsen el juez crea derecho con su interpretación. 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 la norma inferior realiza de la norma superior nunca es completa.

35. En Kelsen, la indeterminación en el derecho más la visión de la interpretación como acto de política jurídica nos lleva de la mano al tema de la discrecionalidad judicial. Debido a lo anterior, para Kelsen no existe un método correcto de interpretación. 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.
36. El sistema jurídico hartiano está constituido exclusivamente por reglas, tanto primarias como secundarias. Al igual que la teoría kelseniana, la hartiana concibe al derecho desde la óptica del legislador y no del juez. Hart desarrolló el tema de la indeterminación de las reglas. Esta 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, y una indeterminación basada en la intencionalidad del legislador que entraña una forma de delegación de la creación normativa al juez.
37. 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. El juez tiene en esta teoría un margen de discrecionalidad pero no actúa en el vacío, dado 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. Los estándares limitarán una amplia discrecionalidad del juez y ayudarán a ceñir sus decisiones a criterios más racionales.
38. 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 que la decisión judicial es 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, de la voluntad del juez, de sus emociones, etcétera, y que

- por tanto, el órgano jurisdiccional no está sometido a reglas, sino que ellos son los verdaderos creadores del derecho. Ambas tesis son equivocadas para Hart. Ni el juez es un autómatas ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites.
39. Dworkin nos propone un sistema jurídico integrado por reglas, principios y directrices. Su concepción del derecho es interpretativa porque entiende el derecho —a diferencia de Kelsen y Hart— desde el lugar asignado al juez en la resolución de los casos.
 40. La concepción dworkiana critica las “teorías semánticas”. Éstas son aquellas según las cuales el significado de la palabra derecho viene dado por ciertas reglas de uso (semántica) aceptadas por la comunidad lingüística, de modo que los juristas seguirán principios lingüísticos para juzgar las proposiciones acerca del derecho. 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, pero también Dworkin considera teorías semánticas al iusnaturalismo y al realismo.
 41. Las teorías semánticas están afectadas por el “aguijón semántico”, es decir, se estima 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. 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.
 42. 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 exista un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito. 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 las que la práctica pueda ser expresión. Cuando la práctica admita más de una interpretación, 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.

43. El fenómeno jurídico se analiza a partir de tres etapas interpretativas. La primera etapa es la preinterpretativa, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa. La segunda es la etapa interpretativa, en la que el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa; se trata de averiguar el sentido de la práctica social, el que viene configurado por los principios que permitan entender la práctica como un todo que sirve a bienes jurídicos o valores. En la tercera etapa, la pos-interpretativa, 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 etapa interpretativa; se elige una de entre las distintas teorías interpretativas, la solución escogida debe ser la mejor, esto es, aquella que se base en los valores que puedan mostrar a la práctica en cuestión como el “mejor ejemplo posible” del género al que pertenece.
44. En la etapa pos-interpretativa es donde las cualidades del juez Hércules se despliegan en aras de solucionar el caso con la única respuesta correcta.
45. Dworkin no genera una teoría consistente de la argumentación jurídica, pues reconoce las dificultades para alcanzar la solución correcta. Acepta la existencia de una moral objetiva como base para la solución de los casos difíciles, sin embargo admite las dificultades para conocer esa moral objetiva.
46. Alexy impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico. Las principales reglas del procedimiento discursivo de Alexy descansan en las condiciones de imparcialidad, libertad y simetría de los participantes. Estas reglas se apoyan en cuatro pretensiones de validez en el discurso moral para el consenso o el acuerdo: la pretensión de elaborar enunciados inteligibles; la pretensión de comunicar contenidos proposicionales verdaderos para que el oyente pueda compartir el saber del hablan-

te; la pretensión del hablante de manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones, y que el hablante elija una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión de modo que puedan en principio coincidir entre sí.

47. Las bases, reglas y procedimientos 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 de un procedimiento que observe las reglas de imparcialidad, simetría y libertad. Por eso el procedimiento moral requiere reglas cuyo cumplimiento garantice que el resultado sea racional, aunque no necesariamente correcto.
48. El procedimiento de argumentación práctica o moral 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 del problema del cumplimiento se dice que saber lo correcto no significaba necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.
49. 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 institucionalizado obliga a conocer y su naturaleza coactiva a obedecer el resultado.
50. En materia de argumentación jurídica se distinguen dos aspectos en la justificación de las decisiones: la justificación interna y la justificación externa, de manera que para Alexy existen dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico. La justificación interna equivale al uso del silogismo en los casos fáciles. La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas y se distinguen seis tipos de reglas y formas según se refieran: a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argu-

mentación empírica o a las formas especiales de los argumentos jurídicos.

51. Alexy distingue seis tipos de argumentos interpretativos: semánticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparados y sistemáticos. Según este autor, tienen prevalencia los argumentos semánticos y genéticos sobre los demás.
52. 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 funciona institucionalmente.
53. Alexy señala que 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 no necesariamente pueden ser satisfechas.
54. La teoría discursiva de Alexy no admite una teoría fuerte de los principios. Sólo una teoría débil es admisible. Esta teoría débil de los principios favorece entender la colisión entre ellos a través de la ponderación.
55. En la teoría de la argumentación de Alexy se unen 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 derecho y el segundo el lado pasivo. Este modelo compuesto no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que conduce a un mayor grado de racionalidad.
56. El modelo garantista de Ferrajoli se basa en una concepción del derecho y del Estado que reduce el papel punitivo y coactivo del sistema jurídico y maximiza los alcances de los derechos humanos. El garantismo es también una teoría jurídica de la validez del derecho. Las normas para que sean válidas exigen ante todo el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional. La 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 que 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.
57. 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 la finalidad de ambos. Presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, 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 externa no admite fundamentaciones absolutas o totales, *a priori* e incondicionadas, sino parciales, *a posteriori* y condicionadas al respeto de los derechos humanos.
 58. 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 electoral que permiten la competencia en una igualdad aproximada entre las 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.
 59. El problema de la interpretación en Ferrajoli es un asunto secundario. 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 deber ser y ser del derecho. Existe una latente y estructural ilegitimidad jurídica del Estado y del derecho debido a la ambición de las promesas formuladas en sus niveles normativos superiores y no mantenidas en sus niveles inferiores. Por eso, 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 del nivel superior para hacerlas compatibles con las del 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 la Constitución en términos más ricos y vinculantes.

60. Ferrajoli rechaza una ciencia jurídica neutra y avalorativa. El garantismo cuestiona estos dos dogmas del positivismo jurídico tradicional. Se señala, por ejemplo, que cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez no existe obligación de aplicarlas. La ciencia jurídica es crítica con el derecho vigente en aras de que éste se orienta a la maximización de los derechos fundamentales.
61. Dworkin, que revisó la posición de Hart, precisó que el derecho no puede verse como un conjunto de reglas sino también de principios. Los principios se dividen en directrices que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y principios que son exigencias de tipo moral que establecen derechos. Los principios, a diferencia de las reglas, no se aplican todo o nada, tienen una dimensión de peso o ponderación. Además los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no por razón de su origen.
62. Las normas jurídicas no son de la misma naturaleza: no todas son prescriptivas, no todas son deónticas ni todas son reglas, no todas expresan normas, no todas tienen que ver con la acción y algunas tienen un contenido evidentemente valorativo. Esto sin descontar la discusión sobre si la norma que funda todo el sistema jurídico es o no una auténtica norma, si es jurídica o metajurídica y si debe ser obedecida, o bien preguntarnos cuáles son las razones para obedecerla.
63. La distinción entre reglas y principios se ha intentado aclarar a partir de cinco variables distintas: *a)* las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado; *b)* los principios son más generales y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes; *c)* los principios no tienen la estructura lógica de las reglas, son normas categóricas que están privadas de un ámbito específico de aplicación; *d)* los principios son normas fundamentales que dan identidad material al ordenamiento en su conjunto, y *e)* los princi-

pios no admiten la interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas y no es posible su aplicación por subsunción. Los conflictos entre principios se resuelven a través de la ponderación.

64. El contenido normativo de los principios se caracteriza por los siguientes elementos: son normas teleológicas, no prescriben un comportamiento preciso sino que encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio; muchos son meta-normas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas, y los principios poseen una formulación categórica.
65. Los principios suelen clasificarse en los siguientes tipos: principios fundamentales del ordenamiento, principios de un sector de la disciplina jurídica, principios fundamentales de una materia determinada y principios sin ulteriores especificaciones.
66. Los conflictos entre principios no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad presenta las siguientes características *grosso modo*: implica siempre una antinomia parcial-parcial; se establece una jerarquía axiológica, y el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que toma en cuenta el impacto de su aplicación al caso concreto. La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos.
67. A los principios se les suele criticar por su carácter vago e indeterminado y por la afectación a la seguridad jurídica que conllevan. Sin embargo, la crítica más fuerte a los principios no es tanto por su vaguedad o por la multiplicidad de tipologías que existen. La crítica más fuerte tiene que ver con la conexión que provocan entre el derecho y la moral y por su impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.
68. La conexión entre derecho y moral debe entenderse como una pretensión de corrección de la moral al derecho, nunca como una liga fuerte que conecta al derecho con una moral ideal. En otras palabras, la moral debe servir para permitir el enjuiciamiento ético externo al derecho.

69. Todo orden jurídico contiene principios explícitos e implícitos. En cuanto a los principios extrasistémicos hay que actuar con cautela, ya que éstos no encuentran respaldo o cobertura en concretas disposiciones normativas. Son principios producto de la pura creación interpretativa que tienen su origen en doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico: la doctrina de la naturaleza de la cosa, la Constitución material, etcétera.
70. Los principios tienen distintos usos en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho. Además de las anteriores funciones tradicionales, los principios tienen importancia en el argumento universalizador y en el argumento consecuencialista. En el argumento universalizador porque a falta de disposición expresa, el intérprete se obliga a explicar o motivar en todos sus extremos la premisa base de su razonamiento para que pueda ser utilizada en otros casos similares. En el argumento consecuencialista, el intérprete decide sobre el caso difícil apoyándose en un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia.
71. Se dice que los principios han transformado a la interpretación porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a la retórica, la ponderación y la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico.
72. También los principios modifican el anterior contenido sistemático del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad.
73. Los principios no ponen fin a la seguridad jurídica sino que la aseguran de manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo,

- universalidad o abstracción o presuponiendo un “auditorio universal” de personas inteligentes, responsables y desinteresadas que permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación a los hechos o las consecuencias finalistas de las decisiones.
74. La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega al momento de la aplicación del principio de proporcionalidad. La Constitución demanda ponderar porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. Los principios están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial.
 75. Con los principios aparece el modelo argumentativo del derecho. Éste supera los tradicionales modelos formalistas, realistas y iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho: los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, descuidando la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas.
 76. El modelo argumentativo brinda herramientas útiles, no sólo para perfeccionar la sagacidad del litigante o del juez, sino para cumplir los fines del derecho. Además, epistemológicamente, por abordar el objeto de conocimiento de una forma más compleja resulta indudablemente superior.
 77. Los conflictos entre principios se resuelven acudiendo a métodos diferentes que los usados para solucionar conflictos de reglas. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible; un principio no puede invalidar al otro, y en la solución de la colisión se busca la concordancia de principios en el ordenamiento.

78. Existen distintas vías de solución de conflictos entre principios: el uso del principio del contenido esencial, la jerarquización *a priori* entre principios, la razonabilidad, el uso de las diversas teorías de los derechos fundamentales (las liberales, las democráticas o las centradas en los derechos sociales), las teorías del contenido reducido de los derechos y el principio de proporcionalidad.
79. El principio de proporcionalidad es la vía privilegiada de solución de conflictos entre principios y la más usada por los tribunales constitucionales. Sin embargo, rivaliza con las teorías del contenido esencial y las teorías del contenido reducido de los derechos.
80. Las teorías del contenido esencial proponen desentrañar un núcleo básico en cada derecho fundamental que impida al legislador y al juez afectarlo. Sólo se acepta la regulación de la periferia del derecho fundamental. Estas teorías se han criticado por dos razones: es incorrecto sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete, y no hay ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos, que siempre estarán a merced de los intérpretes de la Constitución.
81. En cuanto a las teorías del contenido reducido de los derechos debe decirse que no es plausible sostener que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental tengan una validez definitiva, pues el contenido básico del derecho no puede ser fijado de antemano sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. De ahí la insuficiencia de los planteamientos de Müller, De Otto y Habermas.
82. El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene

- ne que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
83. En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.
 84. El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social. Parte de la idea de que no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse *a priori*. A los críticos del principio de proporcionalidad debe precisárseles que este principio no brinda certezas absolutas pero sí una racionalidad aceptable y plausible. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que no conducen a la única respuesta correcta pero sí a determinaciones justificables.
 85. Conocer por qué el Poder Judicial y en particular el juez constitucional tienen legitimidad democrática no es asunto fácil. Por qué once individuos pueden invalidar leyes aprobadas por la mayoría o por sus representantes electos democráticamente cuando ellos no fueron parte de un procedimiento electivo directo por parte de los ciudadanos, es una cuestión que genera respuestas diversas en la teoría constitucional y en la ciencia política.
 86. Ya desde *El Federalista* encontramos textos que procuran hacer la justificación. Hamilton desarrolla un argumento de legitimidad que consiste en señalar que la independencia judicial era necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los malos humores de las legislaturas.
 87. En la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos expresó la doctrina de la supremacía constitucional e indicó que la legitimidad del juez reside en el propio texto constitucional, pues es éste el documento que de manera cualificada refleja la voluntad soberana del pueblo. Es decir, el primer acercamiento al problema se intentó resolver con un argumento jurídico formal: la Constitución manifiesta en mayor medida que la

ley al pueblo, y los jueces por su independencia son los guardianes naturales de esa soberanía.

88. Los originalistas en los Estados Unidos están en contra de los amplios poderes interpretativos de la Suprema Corte. Aducen que sólo la interpretación que se plantea desde el punto de vista del momento originario constituyente debe entenderse legítimo. Por ejemplo, para Bork, allí donde los padres fundadores de la nación estadounidense no se plantearon una situación fáctica concreta no puede razonarse una sentencia conforme a principios generales y neutrales, en consecuencia, las decisiones deberían ser tomadas por el legislador democráticamente elegido. La sustitución del criterio de la mayoría sin el apoyo que ofrece el texto de la Constitución o la visión que del mismo tuvieron sus autores constituye un acto voluntarista y subjetivo del juez que como tal usurpa el poder al pueblo y a sus representantes, que sólo están limitados por la Constitución.
89. El originalismo demanda una restricción a la interpretación constitucional para evitar la fuerte discrecionalidad del juez estadounidense, pero también para enfrentar la crítica por su ilegitimidad democrática cuando desborda los criterios del texto constitucional. Como bien lo ha demostrado Dworkin, el originalismo presenta muchos flancos débiles: quién es el constituyente; cuáles fueron sus intenciones; de quién hablamos, de los constituyentes más relevantes o de quienes redactaron cada artículo constitucional; cómo atender el papel de los grupos de interés que influyeron en el constituyente; cómo enfrentar los prejuicios o intereses de los constituyentes, etcétera.
90. La polémica Kelsen-Schmitt refleja una discusión en torno a la legitimidad del juez constitucional. En Schmitt los tribunales constitucionales no son representantes ni se identifican con el pueblo, no cuentan con la confianza política democrática de la sociedad. Para Kelsen, el Tribunal Constitucional tiene legitimidad porque desempeña una labor de control independiente del gobierno y del Parlamento; sin embargo, sus poderes de interpretación son limitados. Kelsen reclama un Tribunal Constitucional ceñido, que no pueda interpretar cláusulas y principios abstractos.

91. La posición de Kelsen es hija de su concepción de derecho basada exclusivamente en reglas y no en principios. El Tribunal Constitucional sí es legítimo y sus decisiones, como las de cualquier tribunal, son de política jurídica, pero no puede ir más allá de los contornos que establece la Constitución. Es una visión de la Constitución como norma de detalle.
92. Bruce Ackerman defiende la legitimidad democrática del juez constitucional proponiendo una teoría dualista. Por un lado están las decisiones constitucionales, y por otro las decisiones legislativas de todos los días. La Constitución expresa la más alta soberanía que no tiene la ley secundaria. En consecuencia, es justificable la existencia de un órgano judicial que pueda defender esa expresión alta y cualificada de la soberanía popular. Los derechos fundamentales, según Ackerman, no son cartas de triunfo, son la manifestación de una soberanía cualificada que no significa necesariamente que pueda ponerse siempre antes y por delante de los procedimientos democráticos.
93. Ely manifiesta que el principio democrático exige que la mayoría parlamentaria tenga la última palabra en materia de derechos y que el juez constitucional no tiene la competencia de invalidar leyes aprobadas por el Parlamento, salvo en el caso que la mayoría parlamentaria haya atentado contra los derechos que dan acceso al proceso político, tales como la libertad de expresión, manifestación, y los que tienen que ver con la protección de las minorías o de los sectores más desaventajados de la sociedad.
94. La posición de Ely establece que la Constitución es un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales, lo que no significa que deje de ocuparse de los asuntos sustantivos, pero éstos deben quedar sujetos a las decisiones democráticas mayoritarias a fin de que a nadie se discrimine en la aplicación de los valores colectivos definidos por el proceso democrático. El juez constitucional debe velar porque el proceso político se desarrolle de acuerdo con este ideal representativo.
95. Carlos Nino reclama, para que el juez constitucional sea legítimo, la realización de tres tareas: *a)* evitar que el Poder Judicial sea diferente a otros poderes o sectores sociales poderosos; *b)* que el Poder Judicial haga una interpretación constitucional basada en la au-

tonomía personal y que rechace normas perfeccionistas, y *c*) que la interpretación constitucional posibilite las condiciones de un proceso democrático que genere situaciones de deliberación y participación social en la adopción de decisiones con pleno respeto a los derechos fundamentales. La interpretación constitucional debe maximizar los procedimientos políticos para que éstos se den en circunstancias de debate social, apertura y representación de todos los sectores sociales, incluso de los minoritarios o de los desaventajados.

96. Gargarella reivindica tres cambios institucionales a fin de que el Poder Judicial gane en legitimidad democrática: la introducción del reenvío al legislador para quitarle al Poder Judicial “la última palabra” en cuestiones vinculadas con la Constitución; un cambio en la vinculación entre las minorías sociales y el Poder Judicial a través de mecanismos procesales que faciliten el acceso a la justicia y la discusión judicial de temas relevantes; y una reforma política que promueva un modelo democrático más representativo, deliberativo, transparente y orientado a la sociedad.
97. Víctor Ferreres apuesta por un juez constitucional que promueva una cultura de deliberación pública con ciertas cautelas como la del mantenimiento de la presunción de constitucionalidad de la ley. Según Ferreres, el juez debe actuar con deferencia al legislador. Para Ferreres, no obstante, la presunción de constitucionalidad de la ley debe ser moderada.
98. Entre las lecturas habituales que justifican la legitimidad democrática del juez encontramos: las que señalan que la legitimidad depende del nivel y calidad de las decisiones, lo que nos remite al tema de la argumentación jurídica; las que hacen hincapié en las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad del juez; las que ponen el acento en la maximización de las garantías procesales de las partes; las que aluden a nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial; las que reivindican modificaciones procesales para incorporar la tutela de intereses colectivos, difusos, minoritarios, etcétera. Todas estas lecturas son valiosas y están obviamente vinculadas con la legitimidad democrática del Poder Judicial.
99. Dominique Rousseau propone como defensa a la legitimidad democrática del Poder Judicial y de los tribunales constitucionales,

el que éstos sean las instituciones por antonomasia del control del poder. Para ella, a través del análisis de la constitucionalidad de las leyes y actos se amplían los espacios de participación popular y se fortalece el control de la acción de los gobernantes fuera de los momentos electorales. La justicia constitucional será democrática si se constituye en la garantía y salvaguarda de la libertad individual y de los derechos fundamentales. La interpretación de los textos no es nunca libre, está determinada por múltiples factores, entre ellos el peso de la doctrina y de la opinión pública. La legitimidad democrática de la justicia constitucional se fundamenta en las transformaciones que su acción y los discursos que la acompañan provocan en la noción de democracia.

100. Troper explica cómo la justicia constitucional ha trastocado la noción de democracia. La democracia no es ya el gobierno del pueblo por el propio pueblo, sino el gobierno de una voluntad general formada en parte bajo la influencia que el pueblo ejerce a través de sus representantes y, por otra, por obra de los jueces.
101. La interpretación en la obra de Troper no tiene la pretensión de conocer la voluntad; la interpretación es un acto de voluntad ceñida por un contexto. La retórica es el arma estratégica del intérprete que se desenvuelve dentro del contexto. Troper no abre la interpretación al debate público como Dominique Rousseau o Habermas.
102. Habermas señala que la discusión sobre la legitimidad democrática del juez constitucional presenta tres vertientes: la primera implica la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; la segunda entraña un debate sobre la autodeterminación del derecho pero centrándose en la “teoría de los valores”, y la tercera insiste en proteger el procedimiento democrático de la producción del derecho. Sobre el primer aspecto, Habermas no encuentra una limitación o afectación a la división de poderes, pues los tribunales constitucionales sólo actúan en el sentido de unificar y coherentizar el derecho; sólo puede encontrarse un problema cuando el Tribunal Constitucional ejerce la función de legislador negativo. En la segunda vertiente, Habermas se opone a la jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional; para él, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de ac-

ción y no conforme al modelo de bienes apetecibles, además la jurisprudencia de valores rompe con la posibilidad de la coherencia interpretativa y la racionalidad normativa; el juez constitucional no puede disponer de razones específicas y propias de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal Constitucional y, por tanto, a una actividad legislativa implícita. En cuanto a la tercera vertiente, Habermas desconfía del activismo de los tribunales constitucionales, reclama que sean situados dentro del marco de la división de poderes y en el adecuado reparto de trabajo con el legislador democrático.

103. La legitimidad democrática del Poder Judicial entraña, sobre todo, una nueva relación entre este poder y la sociedad. A nuestro juicio, esa nueva relación sólo puede darse si se modifican los criterios de legitimación procesal y de interés jurídico; si la jurisdicción sirve a los ciudadanos; si la jurisdicción incorpora a sectores marginados; si se introducen nuevas instituciones procesales para garantizar la tutela de los derechos sociales y culturales; si la garantía de tutela judicial es la norma orientadora en todas las decisiones del Poder Judicial; si el juez se asume como un defensor de la Constitución y del ordenamiento; si el Poder Judicial se entiende como instancia de control del poder público y privado; si se realiza una interpretación garantista de los derechos fundamentales; si se transparenta el Poder Judicial, y si la jurisprudencia constitucional abre los canales participativos y deliberativos de la sociedad y del poder.