

Cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 18 / Enero 2023



FACULTAD DE
DERECHO

DEL POSITIVISMO AL POSTPOSITIVISMO: FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

- **La Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho**
Breve historia de un modelo universitario
- **Derecho a la motivación**
Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador
- **El postpositivismo y el método de la ley natural descrito por Villey**
- **Límite a la teoría de la ponderación de Alexy**
El caso de la igualdad en Colombia
- **La objetividad en la ponderación y en otros métodos argumentativos**
- **La percepción generalizada de corrupción de los jueces al momento de administrar justicia**
Al respecto de la irracional racionalidad de los criterios utilizados para evaluar sus decisiones
- **Filosofía del Derecho en la actividad del jurista práctico**
Una mirada desde el postpositivismo

Cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho

RECTOR

Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA

Marlena León

DECANO

Alvaro Galindo

DIRECTOR ACADÉMICO

Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO

Lydia Andrés Oleas

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- José Suing, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD. Universidad de las Américas
- Dunia Martínez, PhD. Universidad de las Américas, Universidad Andina Simón Bolívar
- Wladimir Sierra, PhD. Universidad de Berlín
- Marcela Da Fonte, PhD. Universidad de las Américas, Universidad Andina Simón Bolívar
- María Helena Carbonell Yáñez, PhD. Corte Constitucional del Ecuador
- Juan Manuel Alba, PhD. Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba
- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba

- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Christian Chasi, Mg. (español)

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Verónica Delgado

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

Jorge Navarrete

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral (enero y julio)

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones, donaciones o canjes dirigirse a: Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho - Sede UdlaPark Este, subsuelo 4 - Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los y las autoras. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

Esta obra está bajo licencia Creative Commons 4.0 reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0)

ISSN: 1390-8863

ISSN digital: 2737-6133

Arbitraje: Los artículos que conforman el número 18 de Cálamo, previo a su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

En nuestro decimoctavo número presentamos con mucha satisfacción un *dossier* compuesto de siete artículos que en su conjunto pintan un sugestivo panorama del desarrollo actual de la Argumentación Jurídica en el mundo hispanohablante, especialmente en lo relativo a la discusión entre positivismo y postpositivismo.

Este Dossier fue coordinado por Sougand Hessamzadeh Villamagua, PhD(c) en Ciencias Sociales por la Universidad Pablo de Olavide, docente de la Universidad de las Américas y otras universidades de la región, especialista en derechos humanos, derecho público, género y argumentación jurídica. Su propuesta consistió en analizar la concepción postpositivista del Derecho y discutirla en relación al Estado constitucional, poniendo particular atención en la propuesta de la escuela alicantina.

Como introducción al *Dossier*, les invitamos a leer la presentación escrita por Hessamzadeh Villamagua, que desde su especialidad y con entusiasmo, resalta los aportes de los siete artículos. Introduce el tema analizado de manera clara y brinda las orientaciones necesarias para abordar el *Dossier*, tanto para el público conocedor de la materia como para los neófitos. Complementan estos artículos cinco reseñas de obras que constan entre las principales publicaciones de los dos últimos años sobre el tema central. Una de ellas es un libro coescrito por uno de los fundadores de la escuela alicantina, Manuel Atienza, junto con Juan Antonio García Amado: *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Se suman obras de Guillermo Lariguet y Daniel González Lagier, Aharon Barak, Bruno Celano y Neil MacCormick. Cerramos el *Dossier* con una entrevista al presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, Alí Lozada, realizada por Sougand Hessamzadeh y Gustavo Silva Cajas: “El postpositivismo desde adentro”.

Por su parte, la sección Ensayo está compuesta por tres artículos. El primero, escrito por Jolurdimar dos Santos, doctorando en la Universidad de Buenos Aires –“Problemas en la implantación de tratados en derechos humanos internacionales”–, analiza cómo la implantación de tratados de derechos humanos internacionales genera dificultades y desafíos en la región. Su reflexión se focaliza en la violencia institucional en Argentina. El segundo, “La idea de la ley y el estado constitucional”, escrito por Jorge Rendón Alarcón (doctor en Ciencias Sociales y profesor de la UAM-Iztapalapa, México), reflexiona sobre la autodeterminación y autonomía política de los seres humanos, la racionalidad y universalidad de la ley. Afirma que el autogobierno desde la idea de la ley lleva a reconocer la necesidad de principios generales que obliguen, universalmente, como justificación y fundamento del Estado de derecho del Estado constitucional moderno.

Por último, en el artículo titulado “Razonamiento probatorio y búsqueda de la verdad”, Paúl Pérez Vásquez, docente de la Universidad de las Américas, realiza un análisis de aspectos esenciales del razonamiento probatorio –como el compromiso por la búsqueda de la verdad–, del valor de la epistemología jurídica y de la admisibilidad probatoria. En palabras el autor: “Con esto se pretende acercar al lector a las bases epistemológicas del razonamiento probatorio y su trascendencia en la decisión judicial sobre los hechos”.

Tenemos la seguridad de aportar con este nuevo número a importantes debates contemporáneos, especialmente alrededor de la Argumentación Jurídica y la Filosofía del Derecho. Por lo que esperamos que su lectura resulte constructiva y contribuya a las reflexiones y debates de nuestro público lector. Finalmente, y como siempre, les invitamos a colaborar con Cálamo en sus futuros números.

Alvaro Galindo
Decano de la Facultad de Derecho

Dossier

- **PRESENTACIÓN
DEL POSITIVISMO AL POSTPOSITIVISMO: FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y ARGUMENTACIÓN** 8
Sougand Hessamzadeh Villamagua
- **LA ESCUELA DE ALICANTE DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Breve historia de un modelo universitario** 13
Rafael Buzón y Juan Jesús Garza Onofre
- **DERECHO A LA MOTIVACIÓN
Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional
del Ecuador** 31
Catherine Ricaurte
- **EL POSTPOSITIVISMO Y EL MÉTODO DE LA LEY NATURAL
DESCRITO POR VILLEY** 45
Érika Rigotti Furtado
- **LÍMITE A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE ALEXY
El caso de la igualdad en Colombia** 55
David Mercado Pérez y Luis Fernando Bermeo Álvarez
- **LA OBJETIVIDAD EN LA PONDERACIÓN Y EN OTROS
MÉTODOS ARGUMENTATIVOS** 66
Iván Rodrigo Ávalos Barreno
- **LA PERCEPCIÓN GENERALIZADA DE CORRUPCIÓN DE LOS JUECES
AL MOMENTO DE ADMINISTRAR JUSTICIA
Al respecto de la irracional racionalidad de los criterios utilizados
para evaluar sus decisiones** 78
David Modesto Güette Hernández
- **FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTIVIDAD DEL JURISTA PRÁCTICO
Una mirada desde el postpositivismo** 93
Jaime Rosero Cabezas

ÍNDICE

Ensayo

- **PROBLEMAS EN LA IMPLANTACIÓN DE TRATADOS EN DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES**
Dificultades y desafíos en Argentina 108
 Jolurdimar Dos Santos
- **LA IDEA DE LA LEY Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL**
El legado político de la Ilustración..... 122
 Jorge Rendón Alarcón
- **RAZONAMIENTO PROBATORIO Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD**
Los hechos y su correspondencia con una epistemología jurídica que facilite la averiguación de la verdad 134
 Paúl Bernardo Pérez Vásquez

Reseña

- **DEBATES IUSFILOSÓFICOS**
Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral 152
 Julia Castro Sánchez
- **FILOSOFÍA. UNA INTRODUCCIÓN PARA JURISTAS** 157
 Carlos Toledo Giménez
- **DISCRECIONALIDAD JUDICIAL**..... 162
 María del Carmen Martínez Gómez
- **EL GOBIERNO DE LAS LEYES**..... 165
 Ignacio Díaz Carruego
- **LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO Y LA MORAL**..... 169
 Marta Villanueva Prendes

Entrevista

- **EL POSTPOSITIVISMO DESDE ADENTRO**
Entrevista con Alí Lozada Prado 176
 Gustavo Silva Cajas y Sougand Hessamzadeh Villamagua

DOSSIER

ndk.

PRESENTACIÓN
DEL POSITIVISMO AL POSTPOSITIVISMO: FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y ARGUMENTACIÓN

PRESENTATION
FROM POSITIVISM TO POSTPOSITIVISM: PHILOSOPHY OF LAW
AND ARGUMENTATION

APRESENTAÇÃO
DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO: FILOSOFIA DO DIREITO
E ARGUMENTAÇÃO

*Sougand Hessamzadeh Villamagua**

El título de este número probablemente no es del todo justo o, al menos, ecuánime; porque parece que de fondo existe una insinuación relacionada con la superación (para mejor) de algo que puede ser obsoleto, inservible o caduco, pero esa no es la intención. En realidad, lo que se trata de expresar es la exaltación del tránsito hacia un refinamiento de una teoría general del Derecho, que no ha prescindido del todo de una *iusfilosofía* en particular: el positivismo jurídico. En esto seguimos a Juan Ruiz Manero cuando manifiesta su inconformidad con el prefijo post, pero deja claro que es insuficiente para afrontar los retos actuales del Derecho.

Por su parte, Atienza y Aguiló Regla sí suelen utilizar la palabra superación¹, pero, sin entrar en mayores detalles, debe tenerse en cuenta su preocupación (no solo de ellos, sino también de autores como Alexy) por la estabilidad del Derecho a partir del respeto a la ley y la deferencia ante el legislador siempre que exista algún tipo de prioridad² en favor del componente valorativo de los principios y el razonamiento jurídico que

demande el principialismo. Ello claramente muestra consideraciones muy respetuosas por el positivismo.

En ese sentido, merece la pena empezar esta presentación resaltando la (in)calculable importancia del positivismo jurídico en los Estados de corte moderno que se precian de ser democráticos y de aquellos primeros atisbos de estado de derecho. Sin dudas, cuando hablamos de positivismo, podemos pensar en un avance civilizatorio en términos históricos, jurídicos e incluso políticos, pero con el tiempo, los sistemas de pensamiento pueden tambalear. En el caso del positivismo, ese momento llegó tras la Segunda Guerra Mundial y la “constitucionalización” de nuestros Derechos” (Atienza 2013, 29). Así, el paradigma dominante del Derecho (hasta antes de la guerra) entró en crisis (Aguiló Regla 2008, 15-16).

Con relación a lo anterior, aparte de las evidentes consecuencias de la Segunda Guerra Mundial en la teoría del Derecho, también es necesario notar que al hablar de crisis del positivismo (sigo aquí a Ángeles Ródenas)

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

Cómo citar este texto: Hessamzadeh Villamagua, Sougand. 2023. “Presentación. Del positivismo al postpositivismo: Filosofía del Derecho y argumentación”. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º18: 8-12.

1 Josep Aguiló Regla se refiere al positivismo y al postpositivismo como paradigmas, por lo que hago mío el uso de este término en este texto (Aguiló Regla 2008).

2 Atienza, Ruiz Manero y Aguiló explican que esa “prioridad del componente valorativo de ninguna manera puede significar la ignorancia o minusvaloración del otro componente, el autoritativo o institucional” (Atienza, Ruiz Manero y Aguiló Regla 2007, 17).

nos referimos a un momento identificable³ entre dos de las grandes mentes de la Filosofía del Derecho del siglo XX: Ronald Dworkin y H.L.A. Hart, y la crítica que el primero le hiciera al segundo en *Taking Rights Seriously* (Dworkin 1977) por lo planteado en *The Concept of Law* (Hart 1994 (1961)).

En aquella disputa intelectual, Dworkin atacó la tesis fuerte del positivismo que “afirma que la identificación del Derecho es independiente de su contenido” (Ródenas 2003, 420) y se caracteriza por destacar el aspecto del Derecho como fenómeno autoritativo por medio de reglas que encuentran su fundamento en hechos sociales⁴. Dworkin planteó que una de las consecuencias de sostener la tesis positivista radica en desconocer la presencia de los principios⁵ en el Derecho y su inclusión como estándares valorativos, lo que deviene en insuficiente “para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional” (Atienza y Ruiz Manero 2007, 25):

El argumento básico de Dworkin (del “primer Dworkin”, el de *Los derechos en serio*) contra el positivismo jurídico hartiano, como se sabe, viene a decir lo siguiente: el Derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también –y de manera destacada– por principios; estos últimos (o, al menos, algunos de ellos) no pertenecen al Derecho por razones de pedigrí (porque puedan hacerse derivar de una regla de reconocimiento al estilo hartiano), sino por razones morales, con lo que no cabe sostener la tesis de que exista una nítida distinción entre el Derecho y la moral. Mientras que lo que sostiene “el segundo Dworkin” (el de *Law’s Empire*) es que el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una

actividad, una práctica interpretativa en la que juegan un papel determinante los fines y valores que definen la misma; la teoría del Derecho no ha de tener un carácter descriptivo, sino normativo: no importa tanto la descripción de una realidad ya dada, existente fuera de nosotros, como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas. (Atienza y Ruiz Manero 2007, 13-14)

Esta crítica de Dworkin a Hart en la que se expone la existencia de una tensión interna en el Derecho entre el elemento autoritativo o institucional y el sustantivo o valorativo, tiene sus consecuencias; entre ellas, las pragmáticas:

En la pugna entre concepciones constitucionales y que se expresa, si la vemos desde el prisma de la diversidad de normas regulativas, en el contraste entre reglas y principios y, si atendemos a la perspectiva de la diversidad de razonamientos jurídicos justificativos, en el contraste entre subsunción y ponderación. (Atienza, Ruiz Manero y Aguiló Regla 2007, 17)

No estamos frente a una simplista distinción entre un paradigma que opera a partir de un sistema compuesto por reglas (positivismo) y otro compuesto por reglas y principios (constitucionalismo, postpositivismo o principalismo), sino que se trata de una diferenciación más detallada que gira entorno a algunas cuestiones de relevancia⁶. Es decir, estamos frente a un paradigma *iusfilosófico* que propone alternativas racionales para enfrentar los retos del constitucionalismo, y una de las más notables tiene relación con poner el acento

3 Ángeles Ródenas señala que “Los orígenes de la crisis de la versión fuerte del positivismo jurídico podríamos remontarlos a la célebre crítica que Dworkin hiciera a Hart” (Ródenas 2003, 420).

4 Nos referimos a la tesis de las fuentes sociales.

5 Sobre los principios, Ángeles Ródenas explica que “Estas pautas, a diferencia de las reglas, no tienen su origen en ningún hecho social (su validez no depende de su *pedigree*); los principios no son jurídicamente válidos en razón de su fuente, sino por razón de su contenido” (Ródenas 2003, 418).

6 Josep Aguiló Regla presenta un decálogo que explica las diferencias esenciales entre el positivismo y el postpositivismo: 1. Del modelo de las reglas (positivismo) al modelo de los principios y las reglas (postpositivismo); 2. Del modelo de las relaciones lógicas entre normas (positivismo) al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación (postpositivismo); 3. De la correlatividad entre derechos y deberes (positivismo) a la prioridad justificativa de los derechos (postpositivismo); 4. Del modelo de la subsunción (positivismo) al modelo de la ponderación (postpositivismo); 5. Del modelo de la oposición fuerte entre “crear” y “aplicar” normas (positivismo) al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas (postpositivismo); 6. De los juicios formales de validez de las normas (positivismo) a la distinción entre validez formal y validez material de las normas (postpositivismo); 7. De la distinción “casos regulados / casos no regulados” (positivismo) a la distinción “casos fáciles / casos difíciles” (postpositivismo); 8. De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho (positivismo) y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructor del Derecho mismo (postpositivismo); 9. De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas (positivismo) a la concepción del Derecho como práctica (postpositivismo); y, 10. De “enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)” (positivismo) a “enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades” (postpositivismo) (Aguiló Regla 2008, 16-27).

en una “concepción del Derecho como una práctica argumentativa” (Atienza 2007, 128):

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos. (Atienza, 2007, 128-129)

Y en esto han trabajado incansablemente Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló Regla y toda la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho (Buzón y Garza Onofre 2022), al plantear una nueva concepción del Derecho que resuelve la tensión interna a la que se ha hecho alusión en líneas anteriores y se adapta al Estado constitucional a través de una argumentación jurídica que tiene (necesariamente) un componente moral y político, sin desconocer que “la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política” (Atienza 2013, 14).

Es por lo expuesto que la motivación para coordinar este *Dossier* consistió en acercarnos a la Filosofía del Derecho y a la argumentación jurídica que viene trabajando la Escuela de Alicante desde lo que llaman “el mundo latino”, con las consideraciones propias de nuestros países en la construcción de una teoría del Derecho para nosotros, y rendir un pequeño homenaje a los treinta años de argumentación jurídica en la Universidad de Alicante, a Manuel Atienza y a todo el grupo de profesores/as que allí trabajan, comprometidamente, por hacer que el Derecho sirva como una herramienta de transformación en beneficio de la justicia y la igualdad.

Con esta breve antesala (nociones muy básicas) sobre el paso del positivismo al postpositivismo, este número es inaugurado Rafael Buzón y Juan Jesús Garza Onofre con un artículo que, por una parte, presenta una historiografía de la construcción de la Escuela de

Alicante de Filosofía del Derecho y su contexto social, político y jurídico y, por otra, una reflexión sobre el pensamiento alicantino a través de la teoría que ahí se desarrolla junto a su modelo educativo, la misma que ha dado resultados muy positivos en los fines sociales y democráticos que inspiran a las y los profesores de la mencionada escuela.

Como muestra del éxito del modelo educativo, en el segundo artículo se hace presente la rigurosidad y calidad académica de una de las más prolíficas estudiantes de la Escuela de Alicante: Catherine Ricaurte, quien en su texto analiza el alcance de la garantía de la motivación y las pautas que impuso la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia n.º 1158-17-EP/21. Entre otras cosas, el texto explica el diseño de tales pautas y cómo entenderlas a nivel teórico y práctico. Se trata de un texto indispensable que servirá como guía para motivar suficientemente y detectar malas motivaciones.

Érika Rigotti Furtado es la autora del tercer artículo del *Dossier*, en el que analiza cómo el método del Derecho Natural, descrito por Michel Villey, contribuye al redescubrimiento del Derecho en el contexto del postpositivismo. Rigotti hace hincapié en lo que concierne a la comprensión de los derechos fundamentales y a una revisión de la teoría de la justicia aristotélica, y concluye, en términos generales, que el Derecho se extrae de la justicia y no al revés.

El cuarto artículo, de David Mercado y Luis Bermeo, analiza el carácter paradójico de los derechos fundamentales y las dificultades argumentativas de la aplicación del Derecho a la igualdad en Colombia, para después hacer una crítica al intento de objetivación del Derecho a partir de los tests de ponderación de Robert Alexy, e intenta conectar tales críticas con la revisión de dos casos análogos relacionados con los derechos laborales de dos guardias de un hospital público en el norte de Colombia. Es un texto que se muestra indiferente de algunas tesis del postpositivismo; sin embargo, vale decir que el caso analizado vendría a ser un “caso fácil” cuya resolución no muestra una deficiencia lógica ni incoherencia causada por el postpositivismo, sino una incoherencia pragmática de los jueces al tratar la prueba de distinta manera, sin respetar las reglas de valoración de la prueba.

En el quinto artículo, Iván Ávalos hace una reflexión sobre la objetividad en la ponderación y otros métodos argumentativos, señalando que el ideal de un método de argumentación debería recoger la rigidez de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación. Sin perjuicio de aquello, cabe anotar que, para bien de la argumentación jurídica, esa recomendación que formula el autor ya ha sido elaborada minuciosamente por la Escuela de Alicante en general y por Manuel Atienza en particular, varios años atrás.

David Güette es el autor del sexto artículo, en el que analiza la corrupción como forma de evaluación negativa. Tras una exposición de argumentos, el autor busca mostrar el ideal de la buena decisión como una forma de otorgar al evaluador parámetros para determinar si una decisión es corrupta o no, pues afirma que decir que todos los jueces son corruptos es un rotundo error.

El último artículo del *Dossier* es de Jaime Rosero, quien explora la relación entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico, apuntando hacia la transformación social como objetivo de lo que llama una nueva corriente del Derecho. En el texto, denuncia el poco valor que la Filosofía del Derecho tiene para los juristas prácticos y señala cinco motivos que explican dicho alejamiento: (i) la estructura de los textos de Filosofía del Derecho son poco entendibles, (ii) la suplencia de la Filosofía del Derecho con cuestiones accesorias como manuales de litigación y formatos de demandas, u otras, (iii) una enseñanza formalista del Derecho, (iv) ideas especulativas sobre

el conocimiento *iusfilosófico*, y (v) y la no conciencia del uso práctico de la Filosofía del Derecho.

De otra mano, el *Dossier* es complementado por cinco reseñas de obras relevantes dentro del campo de la Filosofía del Derecho, a saber: Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral, de Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, reseñado por Julia Castro Sánchez; Filosofía. Una introducción para juristas, de Guillermo Lariguet y Daniel González Lagier, reseñado por Carlos Toledo Jiménez; Discricionalidad judicial, de Aharon Barak, reseñado por María del Carmen Martínez; El gobierno de las leyes, de Bruno Celano, reseñado por Ignacio Díaz; y, La razón práctica en el Derecho y la moral, de Neil MacCormick, reseñado por Marta Villanueva Prendes.

Finalmente, el número se cierra con una entrevista realizada junto con Gustavo Silva a Alí Lozada Prado, presidente de la Corte Constitucional del Ecuador y discípulo de la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho. El diálogo se divide en dos partes: una biográfica y otra que contempla su pensamiento *iusfilosófico*. La primera permite acercarse al entrevistado de forma íntima para conocer su contexto personal y así comprender cómo ciertas experiencias han influido en su forma de ver el mundo y pensar el Derecho. La segunda ilustra su visión sobre el postpositivismo, su reciente producción científica y su rol como juez constitucional. Bien podríamos afirmar que esta entrevista nos muestra el postpositivismo desde adentro.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, Josep. 2008. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner Editor.
- Atienza, Manuel. 2013. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. 2007. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 27: 7-28.
- Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan y Josep Aguiló Regla. 2007. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: iustel.
- Atienza, Manuel. 2007. *Argumentación y Constitución*. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Josep Aguiló Regla, 113-181. Madrid: iustel.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Londres: Gerald Duckworth.
- Hart, H.L.A. 1994 (1961). *The Concept of Law* (2ª edición). Nueva York: Oxford University Press.
- Ródenas, Ángeles. 2003. "¿Qué queda del positivismo jurídico?". *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 26: 417-448.

LA ESCUELA DE ALICANTE DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Breve historia de un modelo universitario*

THE ALICANTE SCHOOL OF PHILOSOPHY OF LAW
A Brief History of a University Model

A ESCOLA DE ALICANTE DE FILOSOFIA DO DIREITO
Breve história de um modelo universitário

*Rafael Buzón** y Juan Jesús Garza Onofre****

Recibido: 24/X/2022

Aceptado: 21/XII/2022

Resumen

Este trabajo presenta un recorrido detallado de la historia de la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho y sus hitos fundamentales: (i) cómo se formó la Escuela; (ii) la revista *Doxa*; (iii) los seminarios de los jueves; (iv) la teoría y Filosofía del Derecho; y (v) la enseñanza del Derecho en y desde Alicante hacia el mundo latino. En ese sentido, los lectores encontrarán una investigación de corte historiográfico basado en la revisión de registros documentales (tales como entrevistas publicadas en revistas académicas, blogs, textos periodísticos, reseñas y memorias de eventos académicos, artículos científicos y libros de filosofía y teoría del Derecho) que han sido analizados y sistematizados para tratar el objeto de estudio: la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho y su modelo universitario.

Palabras clave: Postpositivismo; Argumentación; Enseñanza; Manuel Atienza; Derechos

Abstract

This paper presents a detailed overview of the history of the Alicante School of Philosophy of Law and its main

milestones: (i) how the School was founded; (ii) the *Doxa* journal; (iii) the Thursday seminars; (iv) the theory and philosophy of law; and (v) teaching law in and from Alicante to the Latin world. Readers will find historiographical research based on a review of documentary records (such as interviews published in academic journals, blogs, journalistic texts, reviews and memoirs of academic events, scientific articles, and books on philosophy and theory of law) that have been analyzed and systematized to address the object of study: the Alicante School of Philosophy of Law and its university model.

Keywords: Postpositivism; Argumentation; Teaching; Manuel Atienza; Rights

Resumo

Este trabalho apresenta um tour detalhado da história da Escola de Alicante de filosofia do direito e suas conquistas fundamentais: (i) como se formou a Escola; (ii) a revista *Doxa*; (iii) os seminários das quintas-feiras; (iv) a teoria e filosofia do Direito y (v) o ensino do Direito em

* El presente artículo es una versión reelaborada y resumida del estudio introductorio del libro: Buzón, Rafael y Garza Onofre, Juan Jesús. 2022. *La Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch. Agradecemos a Gustavo Silva Cajas por sus comentarios y observaciones en la elaboración de esta versión.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España. <https://orcid.org/0000-0001-7795-6690>. Correo electrónico: rbuzonibanez@gmail.com

*** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (IIJ-UNAM). <https://orcid.org/0000-0002-3011-1014>. Correo electrónico: garza.onofre@unam.mx

Cómo citar este artículo: Buzón, Rafael y Juan Jesús Garza Onofre. 2023. "La Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho. Breve historia de un modelo universitario". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 13-30.

e desde Alicante para o mundo latino. Nesse sentido, os leitores encontraram uma pesquisa de eixe historiográfico baseado na revisão de registos documentais (tais como entrevistas publicadas em revistas académicas, blogs, textos jornalísticos, resenhas e memórias de eventos académicos, artigos científicos e livros de filosofia e teoria do direito que

foram analisados e sistematizados para tratar o objeto do estudo: a Escola de Alicante de filosofia do direito e seu modelo universitário.

Palavras-chave: Pós-positivismo; Argumentação; Ensino Manuel Atienza; Direitos

INTRODUCCIÓN: LA ANTESALA DE UNA ESCUELA

En un momento histórico en el que la universidad española pasa por momentos difíciles, creemos pertinente señalar a un grupo de académicos que ha podido mantener un compromiso honesto con la sociedad, adaptándose al mundo contemporáneo sin claudicar ante él, teorizando los males y sus posibles soluciones, siempre en garantía de los derechos, amparados en un proyecto político claro: la transformación social por medio del Derecho.

Si hoy en día las ideas del grupo iniciado por los profesores Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Josep Aguiló Regla en la década de los ochenta en Alicante, se han llegado a posicionar como unas de las más influyentes tanto en la teoría como en la práctica jurídica del mundo latino, esto se debe a su rigurosidad académica y a su anclaje con la realidad.

Cuando un joven Manuel Atienza, marcado por la lectura de los Diálogos de Platón, pudo vislumbrar en la literatura y la filosofía, que eran dos de sus principales centros de interés, tuvo la intuición de que al estudiar Derecho podría no solo satisfacer su curiosidad intelectual, sino también procurar de alguna forma cambiar las cosas, de tal modo que “por cierta inclinación hacia lo práctico, y también por alguna idea romántica sobre la justicia” (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010), emprendió el camino de la Filosofía del Derecho, pues, al final del día, esta forma parte de la filosofía práctica. En sus palabras:

Siempre tuve claro que me interesaba más la Filosofía del Derecho que propiamente el Derecho. El Derecho, tal y como se enseñaba y, me parece, se sigue enseñando

en nuestras universidades, es algo verdaderamente muy aburrido; con muy pocos alicientes desde el punto de vista intelectual. Además, los profesores que yo tuve de las materias de Derecho natural (como entonces se llamaba a la Filosofía del Derecho) en el primer curso de la carrera y en el último, no es que no fueran buenos, sino que eran muy malos. De manera que mi mayor interés por la Filosofía del Derecho, en relación con las otras materias que estudiábamos, no se debió a lo que aquella universidad ofrecía, sino que se debía a otras motivaciones. (Atienza, entrevistado por Garza Onofre, 2015a)

A pesar de que en España dominaba un “*iusnaturalismo* rancio, escolástico” (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010), en 1974 Elías Díaz¹ ganó la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo y “entonces las cosas cambiaron drásticamente” (Atienza, entrevistado por Garza Onofre, 2015a). Para Manuel Atienza, el profesor Elías Díaz fue, junto con Juan Ramón Capella, el gran renovador de la Filosofía del Derecho en España en los años sesenta y setenta (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010). Sobre Elías Díaz y Capella, Atienza sostiene:

Él fue mi “maestro”, pero creo haber aprendido mucho también de Capella [...]. Ambos han sido, en definitiva, los dos grandes autores de su generación y a ambos les debemos mucho; tuvieron además que desarrollar su obra –una parte de su obra– en tiempos difíciles y tuvieron el valor y la lucidez de enfrentarse con el franquismo; en contra de lo que a veces se suele pensar, no era, ni mucho menos, una actitud frecuente en la universidad española de entonces. (Atienza, entrevistado por Rivaya García 2020, 277)

¹ Vale la pena mencionar que Atienza tenía ya cierta relación con Díaz: “A Elías lo conocí personalmente recién terminada la carrera. Todavía lo recuerdo bien: en una terraza en el Paseo de Rosales de Madrid, en septiembre de 1973” (Atienza, entrevistado por Rivaya García 2020, 277).

Opuesto a una *iusfilosofía* oficial impuesta por la dictadura militar de Francisco Franco, el pensamiento de Elías Díaz se forjó no solo en contra del dogmatismo que proclamaba determinados principios absolutos para intentar dotar a tal régimen autoritario de una legitimidad (Vargas-Machuca Ortega 2008, 369), sino también haciendo frente a un positivismo jurídico formalista, “pretendidamente neutral ante cualquier sistema de valores y regímenes políticos, que pecaba por defecto y reducía la legitimidad a mera legalidad” (*Ibidem*).

Los dos juntos (iusnaturalismo y positivismo) y cada cual desde su banda, uno con grandes palabras y otro con grandes silencios, cada cual por su camino pero juntos al final se confabulaban para hacer creer que en tal situación la ley y la justicia coincidían sin más entre sí. (Díaz 1991, 31)

Así, Elías Díaz, estimulado por el profesor Renato Treves –pionero en el desarrollo e institucionalización de la sociología del Derecho (Treves 1988)–, integró la reflexión sobre el Derecho en el marco de las ciencias sociales, abriendo en España nuevas sendas en los campos de la investigación *iusfilosófica*, de los cuales Atienza sería heredero. Sobre aquello, Atienza recuerda: “con él hice mi tesis de doctorado y él fue quien guio mis pasos durante los primeros años. Si no hubiese tenido ese golpe de suerte, creo que tampoco me hubiese arrepentido de la opción que tomé” (Atienza, entrevistado por Garza Onofre, 2015a, 172), “con él he mantenido desde entonces una estrecha vinculación en lo académico y en lo personal” (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010). Debe tenerse en cuenta que, precisamente por eso, la primera propuesta de trabajo doctoral de Atienza (por recomendación de Elías Díaz) fue sobre la Filosofía del Derecho de H.L.A. Hart, por el interés en esos puentes entre la filosofía del lenguaje y el trabajo descriptivo, que impulsaron a Hart a desarrollar (en *The Concept of Law*) un proyecto dualista en sentido epistemológico.

Porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes,

que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”. (Hart, H.L.A. 1962, 11-12)

De tal manera que la vocación interdisciplinaria de la obra hartiana choca con ese *iusnaturalismo* dominante, “conservador y de escaso o nulo interés en el plano intelectual” (Atienza, entrevistado por Mora-Sifuentes, 2019, 248). Por eso, en aquella época, Atienza consideraba que el positivismo jurídico (en la línea de Kelsen) resultaba de un enorme avance, a pesar de que él nunca se declaró como positivista en sentido estricto.

Si puedo haber dado la impresión de haber sido un positivista jurídico, creo que eso se debe a mi fuerte actitud anti-iusnaturalista, que hoy sigo manteniendo, aunque en menor medida que entonces: ha habido muchos iusnaturalismos y algunos de ellos no son para nada equiparables a la ideología que sirvió de apoyo al franquismo y a tantas otras dictaduras en el siglo pasado. (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010)

Además, indica que:

Durante el franquismo, la adscripción al positivismo jurídico (y la consiguiente crítica del Derecho natural) era una señal de oposición política al régimen y de modernidad intelectual. Y las grandes referencias teóricas eran efectivamente autores inequívocamente iuspositivistas: Kelsen, Hart, Ross o Bobbio; y de tendencia política progresista. Todos ellos estaban vinculados, de una u otra forma, al socialismo democrático. (Atienza, entrevistado por Mora-Sifuentes, 2019, 248)

Sin embargo, a los pocos meses de iniciar el doctorado, Elías Díaz y Manuel Atienza se enteraron de que había un profesor que llevaba ya varios años elaborando una tesis sobre la obra de Hart en la Universidad de La Laguna². Tal hecho provocó que exploraran otras posibilidades intelectuales, abriendo así camino para

2 Sobre Hart puede consultarse: Páramo Argüelles, Juan Ramón de. 1984. H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

investigar temas que, por el propio contexto generado por la dictadura habían, quedado relegados.

Eran los últimos años del franquismo y estábamos dando el paso desde la escuela española de Derecho Natural y de gentes a la iusfilosofía del siglo XX; hasta poco antes, prácticamente todas las tesis de doctorado que se leían en España en los departamentos de “Derecho natural y Filosofía del Derecho” versaban sobre alguno de los integrantes de la escuela mencionada. Mi director pensó, con toda razón, que era momento de evitar las redundancias y de ocuparse más bien de llenar las numerosas lagunas de conocimiento que entonces teníamos, y me sugirió que explorara el mundo latinoamericano [...]. Así lo hice, y enseguida me di cuenta de que en uno de aquellos distantes y entonces muy desconocidos países había todo un filón iusfilosófico. No me costó mucho convencerle para reducir el campo de estudio de mi tesis, de la Filosofía del Derecho latinoamericana, en general, a la argentina en particular. (Atienza 2009, 10)

A la par de investigar la escasa bibliografía sobre Filosofía del Derecho latinoamericana en la biblioteca de la Universidad de Oviedo, en el curso académico de 1974-1975, Atienza imparte una conferencia sobre derechos humanos en distintas instituciones educativas de España, en las que “habla con demasiada libertad sobre la falta de libertad en España” (Atienza 2009, 10).

Recuerdo que lo que había hecho era comparar las leyes fundamentales del régimen con la declaración universal de la ONU, para mostrar que la legalidad franquista era completamente incompatible con los estándares internacionales. Supongo que en ese contexto habría hecho también comentarios más o menos sarcásticos sobre el régimen franquista, aunque, la verdad, no lo recuerdo bien. (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 277)

En cualquier caso, como consecuencia de ello, el Tribunal de Orden Público franquista lo procesó por el delito de “propagandas ilegales” y el Rector de la Universidad de Oviedo determinó prohibirle la entrada y permanencia a cualquier centro docente.

Mientras llevaba su juicio³, a Atienza se le prohíbe salir del país y es obligado a presentarse en un juzgado de Oviedo los días 1 y 15 de cada mes. Sin embargo, aprovechando una descoordinación administrativa y las rudimentarias comunicaciones de la era predigital, decide cruzar el continente para seguir desarrollando su tesis doctoral y viaja ilegalmente a Buenos Aires, Argentina, en octubre de 1975. Y es ahí, justo en ese momento, cuando muere Franco y se declara en España una amnistía que provoca que su proceso no siguiera adelante.

Ya en Argentina, Atienza se encuentra y simpatiza con un buen número de filósofos del Derecho de primerísimo nivel, que influyen de manera fundamental en su pensamiento: desde Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, pasando por Roberto Vernengo, Ricardo Guibourg, Enrique Marí, hasta Genaro Carri... “Por lo que se refiere a mi formación iusfilosófica (y no sólo) yo soy por lo menos medio argentino” (Atienza, entrevistado por Mora-Sifuentes, 2019, 248), mencionaría muchos años después.

Así, aquella visita termina siendo crucial para su desarrollo profesional y personal, pues no solo se percata del extraordinario nivel que tenían entonces los estudios *iusfilosóficos* en aquel país, sino que también encuentra a Carlos Santiago Nino y a Ernesto Garzón Valdés, alguien con el que Atienza afirma tener una deuda de gratitud imposible de saldar.

En el campo de la Filosofía del Derecho es difícil poder hablar, en sentido estricto, de descubrimientos. Mario Losano escribió en una ocasión que en el Derecho y en las ciencias sociales todo se ha dicho ya, por lo menos una vez. A pesar de lo cual, creo poder presumir de ser el autor de un descubrimiento, hecho además muy al comienzo de mi carrera académica. En efecto, descubrí, hacia mediados de la década de los 70, la Filosofía del Derecho argentina y lo hice, como ha ocurrido con muchos descubrimientos científicos o de otra índole, en buena medida por casualidad. (Atienza 2009, 9)

Ya de vuelta a España, Manuel Atienza defiende su tesis doctoral ante un tribunal del que formaban parte el

³ Los abogados de Atienza fueron Gerardo Turiel y, luego, Gregorio Peces-Barba.

civilista Vicente Montés y el afamado filósofo Gustavo Bueno, “autor de una obra polémica y difícil” (Atienza, entrevistado por González Piña, 2010), pero cuyo pensamiento filosófico ha sido de gran influencia en la manera como Atienza entiende los problemas *iusfilosóficos* (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 277) (tal vez, de ahí, sea posible entrever un paralelismo entre el genio combativo y crítico de ambos)⁴.

Mientras que en el año de 1976 en España se vislumbraba un momento de gran apertura intelectual y cultural, en Argentina se había producido el golpe de Estado que encumbraba al militar Rafael Videla como presidente de facto. En este momento, Atienza jugó “un papel activo en la recepción de la filosofía –y de los filósofos– del Derecho argentino en España” (Atienza 2009, 12) y, de esa manera, contribuyó incesantemente al desarrollo de la disciplina que, en las últimas décadas, ha sido considerable.

Si bien Atienza se declara discípulo de Elías Díaz, aunque sin restarle importancia al peso que tuvo el

pensamiento Juan Ramón Capella en su trayectoria, deben añadirse, entre sus principales influencias españolas, a Felipe González Vicén y también a Javier Muguerza, uno de los mayores filósofos morales de España de las últimas décadas. “Además de estos nombres, resalta el de Renato Treves y el de Bob Summers, “con el que pasé un inolvidable año sabático en Ithaca” (Atienza, entrevistado por Mora-Sifuentes, 2019, 248).

Así, como el maestro que forma al alumno para que la labor continúe –previendo el escenario futuro antes que continuar anclado a un pasado vetusto–, la virtud de quien mira a lo lejos radica en saberse rodear de un grupo pero, a la vez, conformarlo, como esos descubridores de talento que son o deberían ser los profesores (Castro Sáenz 2020, 190); por eso, cuando se le pidió a Atienza unas breves palabras para describir a Elías Díaz, este respondió: “una gran persona con las ideas claras. Me parece que es lo que dijo él alguna vez de Renato Treves” (Atienza, entrevistado por Garza Onofre, 2015b).

ALBORES DE UNA ESCUELA

Aunque Elías Díaz siempre alentó “un clima intelectual poco propicio al caciqueo...”, lo cierto es que en su entorno “han coexistido sentimientos de gratitud y respeto junto a una gran libertad de investigación, perspectivas metodológicas y doctrinales distintas” (Vargas-Machuca Ortega 2008, 368), que causaron que algunos de sus discípulos siguieran sus pasos.

A manera de efecto dominó, el ejemplo y el testimonio de Díaz se combinó con las nuevas condiciones políticas para empezar a concebir la relación interna entre Derecho y Teoría de la Justicia, fundando los principios que inspiraron en aquellos años la naciente democracia constitucional (Díaz 1966).

Como bien describe Atienza:

España era un país cerrado al exterior. Era un país, también, muy pobre. Fue un país muy pobre más o menos hasta los años 60, que empezaron a cambiar las cosas, en buena medida como consecuencia del turismo. Las dictaduras son regímenes, digamos, grises. Aparte de opresivos, la vida de la gente tiende más bien a gris que a otra cosa. Claro, uno podría decir –no es que sea exactamente una ventaja, pero– en esas circunstancias hay cierto tipo de capacidades de la gente que se pueden desarrollar más que en otros contextos. Por ejemplo, el sentirse implicado en la lucha política y cosas por el estilo. (Atienza, entrevistado por Ferreyros, 2017)

La nueva reconfiguración política de España se fue decantando en la descentralización cultural de la misma. El surgimiento de distintas universidades, así como la

⁴ Quizás, el influjo de Bueno en Atienza, además de responder a las coincidencias geográficas asturianas y personales (un dato menor, pero no por ello poco importante, es que los padres de ambos eran médicos), se retrotrae hasta El Basilisco, publicación de materialismo filosófico que fundó Bueno y en la que Atienza participa desde los primeros números, demostrando su conocimiento del sistema planteado por el filósofo y aplicándolo a la ontología de la norma jurídica (Atienza 1978, 37-45).

renovación de discusiones jurídico-políticas y la apertura a un nuevo escenario global, marcó el fin de ese gris impuesto por el franquismo.

Manuel Atienza durante sus primeros años como profesor siguió a Elías Díaz en su transcurso por varias universidades españolas.

Elías pasó a ser catedrático en la Universidad de Valencia, por un año, en 1976-77. Yo le acompañé ahí, al igual que, al siguiente año académico, a la Autónoma de Madrid, en donde fui profesor durante tres años; uno de ellos, por cierto, lo fui también en Alcalá de Henares, que acababa de fundarse (o refundarse), de manera que tuve la oportunidad de ser el primer profesor de Filosofía del Derecho (mejor dicho, de Derecho natural: solo había estudiantes de primer curso en ese año) de la nueva universidad. En Madrid estuve tres años, y de ahí pasé a Palma de Mallorca, Universidad de la que fui profesor durante otros tres años. (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 277)

Llegado a Palma de Mallorca, Atienza imparte clases en quinto curso de la carrera a un joven Josep Aguiló Regla, “una persona de elevada estatura (intelectual y humana, además de física)” (Pérez Lledó 1993, XXVIII), quien insistentemente increpaba a su profesor de Filosofía del Derecho y que se declaró firme partidario de las ideas marxistas que, entre otras, se explicaban en el aula. Sería el inicio de una amistad de más de cuarenta años que perdura hasta el día de hoy.

Aquellas clases me resultaron fascinantes y, en algún sentido, cambiaron mi relación con el Derecho. La diferencia con las otras asignaturas de la carrera era manifiesta. Leíamos y discutíamos mucho en un ambiente que combinaba altas dosis de libertad de pensamiento y de tensión intelectual. La diferencia con los otros profesores, las otras clases y las otras materias era abrumadora; y yo simplemente me “aficioné” a la Filosofía del Derecho. (Aguiló Regla, entrevistado por Ramos, Pajares y Tipe de la Cruz, 2013, 296-297)

A partir de ese momento Aguiló Regla entabla una relación académica con Manuel Atienza:

él me dirigió la tesis de licenciatura y yo colaboré con él en la organización de diversos eventos académicos. Tras ese año, Atienza partió para Alicante porque había perdido las oposiciones para la Cátedra de Palma de Mallorca y yo partí hacia Almería a realizar el servicio militar. Al poco de estar en Almería me declararon “inútil total” para el servicio militar; sin demora me encaminé hacia Alicante para aceptar una oferta de profesor ayudante que Atienza me había formulado justo antes de que yo partiera hacia la “mili”. Como se ve, Atienza está en el origen de mi dedicación a la Filosofía del Derecho, tanto de la “vocación” como de la “profesión”. (Aguiló Regla, entrevistado por Ramos, Pajares y Tipe de la Cruz, 2013, 297)

De tal forma que, tan solo tres años después de la fundación de la Universidad de Alicante en 1979, Manuel Atienza y un recién titulado Josep Aguiló Regla arriban a dicho espacio en el que el profesor de Filosofía del Derecho era Juan Ruiz Manero; conformando una especie de trío *iusfilosófico* en el que se empieza a vislumbrar los albores de un proyecto intelectual empeñado en renovar la disciplina. “De alguna forma se partía de cero, puesto que antes de 1980 podría decirse que no había nada” (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 279-280), y es que al existir todas las condiciones para crear, queda claro que, las posibilidades dependen del trabajo y la constancia de los involucrados.

Así, el aprendizaje del Derecho no se limitó al típico método legalista, donde basta conocer lo que dicen los códigos para aprobar las materias, sino que, a través del razonamiento y la reflexión, de un activo método socrático, Atienza, Ruiz Manero y Aguiló Regla empezaron a trazar el camino a seguir. Sin embargo, esto para nada significa que se tuviera que desconocer al derecho positivo, pues si para entrar en la Academia de Platón se exigía saber geometría, se puede decir que quien ignore el derecho positivo (derecho de juristas y no de filósofos: *iurisprudencia*) difícilmente puede formar parte de la Escuela alicantina. El Derecho positivo garantiza una conexión constante con la práctica jurídica e impide, además, que los altos vuelos, propios de la disciplina, borren el camino de regreso, a riesgo de aletear por siempre en el cielo de los conceptos jurídicos, tan propio de otras escuelas.

En ese orden de ideas, podríamos definir una escuela, con cierto sabor buenista (de Gustavo Bueno), como el conjunto de autores que se enfrentan a las ideas y las relaciones sistemáticas entre las mismas desde una teoría o sistema común. En el caso de la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho, esa teoría común es el llamado postpositivismo jurídico.

La extensión temática y la capacidad de resolución de problemas es una de las claves del éxito de este grupo de filósofos y filósofas de Alicante. Como era de esperar, no se debe simplemente a la obra de los fundadores, sino al cuerpo de integrantes que han ido diversificando sus carreras académicas, ampliando enormemente el alcance efectivo de la teoría jurídica pospositivista.

Utilizando como orden cronológico el año de incorporación al Departamento, podemos sistematizar los temas que han sido tratados en la *Escuela* como sigue: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, si bien han tratado prácticamente todos los temas de la teoría del Derecho, Atienza se ha enfocado más en el fenómeno argumentativo y Ruiz Manero en el estudio de la relación entre la jurisdicción y las normas o la teoría de los principios constitucionales.

Una gran aportación a la teoría de las fuentes del Derecho se debe a Josep Aguiló Regla, lo que no le ha impedido escribir importantes libros acerca de la derogación o la mediación. En los últimos años se ha erigido como uno de los más finos pensadores del Estado constitucional de Derecho en el mundo latino.

Juan Antonio Pérez Lledó es uno de los mayores conocedores de los *Critical Legal Studies*, introductor de los mismos en España. Sus ensayos sobre la enseñanza del Derecho, en plano comparativo, son de inmenso valor.

Autoridad en la obra de von Wright es Daniel González Lagier, lo que le ha permitido investigar con enorme éxito las paradojas de la acción o problemas tan candentes como los derivados de las emociones y las neurociencias en el Derecho.

De las cuestiones institucionales, sus entresijos, la validez, el fenómeno autoritativo o la derrotabilidad

de las normas se ha ocupado profusamente Ángeles Ródenas Calatayud.

Uno de los ejes fundamentales de la Filosofía del Derecho, la teoría de la interpretación jurídica tiene como representante ejemplar a Isabel Lifante, quien también ha tratado el fenómeno de la representación, la discrecionalidad o la corrupción, entre otros.

Siendo Carlos Santiago Nino uno de los autores de referencia de la Escuela, no podía faltar una investigación seria sobre su obra, labor realizada por Victoria Roca, quien sistematizó la obra del *iusfilósofo* argentino. Además, Roca ha traducido a diversos autores al castellano, como Richard Posner o von Wright.

Macario Alemany, quien se doctoró con una tesis sobre el paternalismo jurídico, trabaja centralmente en los problemas de bioética y Derecho, y ha publicado importantes escritos acerca de la calamidad del hambre y sobre el alcance del deber de ayudar al prójimo.

La metodología del Derecho es el tema de especialidad de Jesús Vega, cuyo conocimiento del materialismo filosófico le permitió un análisis profundo de la teoría de la ciencia jurídica. Gran conocedor de la filosofía antigua, concretamente de Aristóteles, ha publicado varios artículos sobre la Filosofía del Derecho y la obra del Estagirita.

Recientemente, Atienza ha dicho que “en Alicante se ha constituido un grupo importante de Filosofía del Derecho y creo que a lo largo de todo este tiempo se ha hecho realmente mucho” (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 279). No cabe la menor duda que en la integración de ese grupo, en la continuidad de un proyecto intelectual más allá de una sola persona, se encuentra el mayor valor del pensamiento *iusfilosófico* alicantino. Y aunque el propio Atienza afirme que:

No creo que se pueda hablar propiamente de escuela; y menos aún de mi escuela..., suelo utilizar la palabra “grupo”, que me parece da una idea más exacta de lo que hay o ha habido; recuerda por otro lado a lo del “grupo de Oviedo” de los krausistas, lo que está muy bien. (Atienza, entrevistado por Rivaya García, 2020, 280)

Lo cierto es que los proyectos que a continuación se relatan, y que van desde la revista *Doxa* o el emblemático seminario de los jueves, pasando por Las piezas del Derecho, hasta llegar al máster en argumentación jurídica y el Congreso internacional de la iLatina,

evidencian algo que va más allá de un grupo; algo, por lo menos, que, en palabras de Juan Antonio García Amado, sería una especie de “centro de alto rendimiento *iusfilosófico*”, es decir, una escuela, la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho.

DOXA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho es, sin duda, la revista más importante de filosofía jurídica del mundo latino. Concebida a finales de 1983 por varios profesores de distintas universidades españolas, tenía como objetivo fundamental impulsar la disciplina ante los nuevos atisbos de renovación. Desde su fundación quiso ser el puente de diálogo entre filósofos del Derecho latinoamericanos y europeos. Lo consiguió hasta tal punto que se hizo realidad la predicción de constituir una nueva disciplina: la Sociología de la Filosofía del Derecho. Y es que, hasta el actual número 45 a fecha de 2022, tenemos distancia suficiente como para juzgar la evolución de la Filosofía del Derecho desde esta revista.

Todos los títulos eran recogidos, con una descripción sintética del contenido, en los apéndices de las primeras etapas de la revista; ardua tarea de un valor bibliográfico incalculable. Tarea que estructuró, formal y materialmente, a toda la cantera de la escuela del momento, ejemplo vivo de la resistencia al gran vicio del jurista: la pereza. Una vez más, contra la nueva pedagogía posmoderna, los resultados muestran la verdad del *dictum* de Gregorio Luri: “no hay alternativa pedagógica a los codos”⁵.

Doxa, cuyo nombre fue sugerido por Albert Calsamiglia, comienza su primer número con un cuestionario a filósofos del Derecho, tanto consagrados como noveles. Nombres como Carrió, Garzón Valdés, Gianformaggio, Dworkin, von Wright, Nino, Peces Barba, Kalinowski o Pérez Luño, por seleccionar algunos, responden sobre su trayectoria y sus aportaciones a la Filosofía del Derecho y las predicciones acerca de la misma.

El segundo número de *Doxa* es, cuando menos, melancólico para cualquier estudioso de la filosofía jurídica. Norberto Bobbio en la palestra (además, entrevistado por Atienza y Ruiz Manero al final); uno de los últimos artículos del maestro González Vicén sobre el neokantismo lógico jurídico; trabajos importantes sobre Dworkin, que comenzaba a ser recibido en España, de Calsamiglia, Javier de Lucas y Farrell; el genial artículo sobre el trabajo como dato prejurídico de Juan Ramón Capella, tantas veces utilizado en la enseñanza; hasta las conclusiones del libro sobre la analogía de Manuel Atienza o el estudio de Adela Cortina acerca de la justificación ética del Derecho para la filosofía política.

Debates acerca de los deberes positivos generales entre Garzón Valdés, Juan Carlos Bayón, Laporta y James S. Fishkin, o sobre las ficciones jurídicas entre Moreso, Marí y Aarnio iban a consolidar, desde las primeras tiradas, el tono de la revista. Fueron decisivas otras tantas discusiones; por ejemplo, las llevadas a cabo entre Laporta, Pérez Luño, Bulygin y Atienza y Ruiz Manero acerca del concepto de Derechos humanos, o aquel derivado del importante libro de Gauthier sobre la moral por acuerdo.

En ese orden de ideas, hay que decir que la revista *Doxa* siempre se ha destacado por el énfasis puesto en el razonamiento jurídico. De ahí se deriva, entre otras, la existencia de varios artículos dedicados a argumentos específicos; como por ejemplo, el argumento a contrario, el argumento por reducción al absurdo o sobre entimemas en el Derecho⁶.

5 “Gregorio Luri: “No hay alternativa pedagógica a los codos””. Entrevista realizada por Berta González de Vega, publicada en el diario El Mundo, el 13 de septiembre de 2015. Acceso el 10 de diciembre de 2022. <https://www.elmundo.es/cronica/2015/09/13/55f41a01268e3e1f658b457b.html>

6 Véase los números 20, 24, 27, 35 y 38 de *Doxa*.

También se han llevado a cabo intercambios que acabaron formalizándose en libros; por ejemplo, los habidos entre Atienza y Ruiz Manero frente a Peczenick y Luis Prieto Sanchís, que desembocaron, en parte, en *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 2004 (1996)). Hay que destacar también el debate entre Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero acerca de los principios constitucionales, entre constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista (Ferrajoli y Ruiz Manero 2014).

Probablemente, uno de los motivos principales del éxito de *Doxa* ha sido la apertura, tanto desde el punto de vista geográfico como doctrinal. Así, encontramos dentro de la revista todas las concepciones del Derecho: desde el realismo jurídico al positivismo clásico, el positivismo incluyente y el excluyente, el iusnaturalismo, los *Critical Legal Studies*, el marxismo jurídico o el postpositivismo, entre otras. En cuanto a autores se refiere, bastan solo algunos nombres para comprobarlo: Hart, Taruffo, Guastini, Bayón, Ost, Dworkin, Capella, Kennedy, Raz, Moreso, MacCormick, entre otros.

Además, *Doxa* ha sido siempre interdisciplinar, integrando trabajos del resto de ciencias sociales. Encontraremos las palabras de sociólogos del Derecho

de la altura de Renato Treves, Vincenzo Ferrari o Boaventura de Sousa Santos o trabajos de reputados filósofos: Gustavo Bueno, Javier Muguerza, Habermas, Derrida, Victoria Camps o Félix Ovejero. Podemos dar cuenta desde trabajos de historia del pensamiento jurídico, de enorme calidad⁷, a ensayos sobre Derecho y literatura⁸.

Finalmente, cada número de *Doxa* termina con profundas entrevistas a las más prominentes personalidades de la Filosofía del Derecho, de la sociología del Derecho o de la filosofía en general. Estas entrevistas tienen un enorme valor pedagógico y podría decirse que una de las mejores formas de iniciarse al estudio de la Filosofía del Derecho, de sus problemas, de su historia y de las corrientes principales, pasa por la lectura reposada de estas entrevistas. Quizás sea oportuno destacar la histórica entrevista realizada por Juan Ramón de Páramo a Hart en el quinto número de *Doxa* (1988), donde Hart, además de establecer nítidamente las diferencias de su teoría con la de su sucesor Ronald Dworkin, rectifica su concepto de deber jurídico.

Pero no menos importantes son las de juristas contemporáneos, cuya lista comprende, entre otros, los insignes nombres de Alexy, Haack, Laporta, Bulygin, Díaz, Finnis, Garzón Valdés, Delgado Pinto o Schauer.

LOS SEMINARIOS DE LOS JUEVES

La noción de seminario se remonta a la de un centro de formación, un lugar de iniciación en el que las ideas se critican, complementan, desarrollan y propagan; como evocando un semillero dentro del campo académico cuya principal función es la de estudiar con seriedad diversas cuestiones científicas, por eso, los seminarios de los jueves es uno de los emblemas

de la Escuela de Alicante que ha servido para construir una identidad y fortalecer los vínculos con otros interlocutores y diferentes corrientes de pensamiento alrededor de todo el mundo.

El sello que le ha impreso Atienza a los seminarios desde su llegada a Alicante en los años ochenta, en

7 Por ejemplo: Kennedy, Duncan. 1992. "Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos". En *Doxa*, n.º 11/I: 283-293; Pérez Luño, Antonio Enrique. 1992. "Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica". *Doxa*, n.º 12: 313-323; Rivaya, Benjamín. 2009. "Historia política de la Filosofía del Derecho española del siglo XX". *Doxa*, n.º 32: 541-582; MacIntyre, Alasdair. 2012. "Teorías del Derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada". *Doxa*, n.º 35: 513-26; o, más recientemente: Lloredo Alix, Luis. 2017. "Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración". *Doxa*, n.º 40: 249-278.

8 Por ejemplo: Marí, Enrique. 1998. "Derecho y literatura: algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja". *Doxa*, n.º 21/II: 251-287; Ost, François. 2006. "El reflejo del Derecho en la literatura". *Doxa*, n.º 29: 333-48; Lariguet, Guillermo. 2013. "El aguijón de Aristóteles y la moralidad de los jueces". *Doxa*, n.º 36: 107-126; Calvo González, José. 2019. "'La Casa', metáfora edilicia constitucional. Variaciones literarias de diseño y crisis constructiva en Poe, Cortázar y Borges". *Doxa*, n.º 42: 335-359; o, finalmente, Sáenz, Jimena. 2019. "Derecho y literatura: el proyecto de Martha Nussbaum". *Doxa*, n.º 42: 361-387.

definitiva, destaca sobre cualquier otro por el ímpetu que conjuga la idea de poder debatir con absoluta libertad, pero con severidad y dureza, de abstraerse por un breve espacio de tiempo y disfrutar de la discusión intelectual. Aquello era algo impensable, algo que, por las condiciones de la dictadura española, no era común a finales del siglo pasado. De ahí que Atienza importara los métodos descubiertos en diversos círculos intelectuales en Argentina y eventualmente supiera combinarlos con la tenacidad y constancia que lo distinguen, pues, como él mismo ha escrito:

En Buenos Aires se discutía de Filosofía del Derecho con una intensidad y libertad que nunca había visto en mi país. No se me olvida una sesión en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) a la que tuve la suerte de asistir, y en la que se enfrentaban, a propósito de un problema de filosofía de la ciencia, Gregorio Klimowski, y el filósofo peruano Francisco Miró Quesada. Ese estilo de practicar la filosofía me fascinó y lo consideré desde entonces como un modelo a seguir. Todavía hoy, por lo menos en el campo del Derecho, lo que predomina en España es un estilo de exposición y de “discusión” más bien solemne y en el que funciona una regla tácita, pero sumamente eficaz, destinada a impedir que los participantes puedan considerarse en un plano de estricta igualdad. (Atienza 2009, 11)

Por eso, de las notas más distintivas del seminario de los jueves, es su constancia. Porque, desde hace ya casi cuarenta años, cada siete días reúne a los profesores alicantinos para discutir. No solo es su compromiso intelectual por permanecer actualizados en una materia con constantes cambios y continuas disputas, sino también, y quizás, sobre todo, su vocación por ser partícipes de las mismas, ya sea coincidiendo y colaborando con lo que se expone, o bien discrepando.

Es de resaltar que dicho espacio inicialmente sirvió para mostrar avances de trabajos académicos en elaboración e incluso avances de tesis doctorales de futuros integrantes de la Escuela (no por nada Pérez Lledó en su tesis doctoral agradece a “todos mis compañeros de Departamento, en menor o mayor grado, han sido partícipes [...] en esta tesis al haberla leído uno por uno y asestarle en seminario las necesarias puñaladas que su adecentamiento requería”) (Pérez Lledó 1993, 29),

pero, con el paso del tiempo, las fuertes discusiones y la rigurosidad mostrada en las sesiones, evidenciaron la necesidad de aprovechar el seminario y ampliar el espectro para recibir a cualquier intelectual que contara con disposición para debatir sus ideas.

Al ser un espacio por el que han pasado la gran mayoría los filósofos del Derecho de múltiples geografías, corrientes y generaciones, algo que parecería lógico es que, más tarde que temprano, el seminario perdiera su impulso inicial, o bien pudiera bajar su periodicidad; no obstante, a falta de invitados o de trabajos de los propios profesores y doctorandos alicantinos que presenten algún trabajo en elaboración para su discusión, por lo general, alguno de los integrantes del claustro suele sugerir un libro o un artículo académico para su estudio y discusión. Y quizá lo más sorprendente en dichas ocasiones es que ante la ausencia física del autor que se analiza, parecería que el nivel de las intervenciones y la exhaustividad en el estudio de los textos en cuestión terminan por suplir dicha ausencia, pues los intercambios y las interlocuciones de los participantes pone en evidencia que lo que interesa en Alicante es debatir con las ideas de los involucrados.

A quienes presencian nuestras discusiones (y más si son latinoamericanos –salvo que se trate de argentinos–) les cuesta entender que el tono desenfadado, con frecuencia irreverente y a veces brutal que se emplea no tenga consecuencias. O sea, que la crítica intelectual –en ocasiones, como digo, ciertamente despiadada– se quede en el plano de las ideas y no afecte al de las relaciones personales. (Atienza 2009, 11-12)

Josep Aguiló Regla se refiere a Alicante como “un lugar que nos ha permitido vivir en una burbuja intelectual” (Aguiló Regla, entrevistado por Garza Onofre, 2018); y no se equivoca, pues este espacio, al tiempo que sirve para alinear ideas y distinguir posturas teóricas, también genera un álgido campo de batalla entre sus participantes. Los seminarios alicantinos sirven para darse cuenta de que es posible encontrar en la academia un férreo compromiso con la rigurosidad que exige este entorno. Y es que, como también ha escrito Aguiló Regla, “esos seminarios, aparentemente caóticos y tumultuosos (allí se discute “fuerte”), son un filtro de incalculable valor y una fuente inagotable de

inspiración. Todos ellos han evitado no pocos errores y han aportado buenas ideas” (Aguiló Regla 2000, 28).

Al respecto, no cabe la menor duda que la consolidación como tal de una Escuela, del sentido de pertenencia y la conformación de un grupo, es posible retrotraerla a dichos espacios de discusión y aprendizaje.

En torno a múltiples mesas de madera que atraviesan toda la sala de seminarios, los integrantes de la Escuela de Alicante de Filosofía del Derecho no solo han discutido con personalidades que (por mencionar algunos) van desde von Wright y Carlos Santiago

Nino, pasando por Luis Villoro, Fernando Savater, hasta Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Robert Summers o Aulis Aarnio, sino que también han encontrado una liturgia y lenguaje común: ciertos rasgos que han edificado una concepción del Derecho.

A lo largo de los años, el seminario de los jueves ha servido como medio y como fin para el proyecto *iusfilosófico* alicantino. Sin embargo, y a pesar de su longevidad y pluralidad, es posible identificar una época concreta en la que se fraguó este proyecto, un hito que sirve para comenzar a proyectar lo construido por el grupo; nos referimos a Las piezas del Derecho⁹.

LAS PIEZAS DEL DERECHO

Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos (en adelante, Las piezas), publicado en 1996¹⁰, constituye, quizá, la gran empresa intelectual, la columna vertebral, de la Escuela de Alicante, ya que en mayor o menor medida, todos y cada uno de sus integrantes han desarrollado sus propias líneas de investigación compartiendo una visión del Derecho que es posible encontrar en tales páginas; y es que, precisamente, muchos de ellos, en la primera mitad de los años noventa, fueron los principales críticos de los borradores presentados en diferentes seminarios (desde los aportes de Daniel González Lagier, por su conocimiento de la obra de von Wright, hasta Josep Aguiló Regla, a quien consideran prácticamente coautor de la obra).

Además, antes de ser publicado como libro, Atienza y Ruiz Manero expusieron sus tesis en diversos foros académicos, donde recibieron agudas críticas que contribuyeron a afilar los propios postulados sin cambiar la base de los mismos¹¹.

Publicado en el año de 1996, bajo el sello de la editorial Ariel, Las piezas del Derecho significó un importante acontecimiento dentro de la Teoría del Derecho iberoamericano, ya que, en un contexto donde dominaba ampliamente la concepción positivista (en el que, sobre todo, la obra de Alchourrón y Bulygin (1974) gozaba de un enorme influjo), Atienza y Ruiz Manero se encargaron de elaborar una teoría integral de los enunciados jurídicos; la cual, aunque desde premisas analíticas, pero sin convertirlas en un fin en sí mismas, pudo reanimar la discusión en torno a la necesidad de construir una renovada teoría general del Derecho para afrontar las exigencias que requieren los nuevos marcos del Estado constitucional de Derecho.

Conviene traer a colación las palabras con las que Juan José Moreso inicia un estudio crítico sobre Las piezas por lo original que resulta la combinación de varios factores que hacen del contenido de la obra algo que deba ser bienvenido por el gremio:

9 Sobre Las piezas del Derecho, Aguiló Regla dice: “Un libro fundamental en la vertebración intelectual del grupo (seminario) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. No es que haya habido un antes y un después de la aparición (publicación) del libro, sino que para la mayoría de nosotros (los miembros del seminario que no somos sus autores) Las piezas constituye, en realidad, un proceso no concluido y abierto en muchos aspectos. Vertebración y apertura son, me parece, las palabras que mejor definen nuestra relación con el libro” (2005, 330).

10 Es pertinente mencionar que una nueva edición actualizada se llevó a cabo en octubre de 2004 y que, hasta la fecha, se han realizado cuatro reimpressiones, siendo la última y, por tanto, la utilizada en este trabajo, la de mayo de 2016. Existe también una traducción inglesa publicada en 1998.

11 Véase: “Sobre principios y reglas”. *Doxa*, n.º 10 (1991); “Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”. *Doxa*, n.º 12 (1992); “Sobre permisos en el Derecho”. *Doxa*, n.º 15-16 (1994); “Adversus Pompeyanos. A proposito di alcune critiche alla nostra concezione delle regole che conferiscono poteri”. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* (1995); “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución”. *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 47, Año 16 (1996).

En primer lugar, la *claridad* con la que exponen las tesis principales que defienden, un aspecto que revela la influencia de la filosofía analítica (y la claridad es, por así decirlo, marca de la casa de dicha corriente filosófica) ha tenido y tiene en la teoría jurídica en lengua española en los últimos años. En segundo lugar, la *originalidad* de sus posiciones, Las piezas del Derecho no es un farragoso y erudito examen de las diversas posiciones sostenidas acerca de la naturaleza de los principios jurídicos, de las reglas que confieren poderes, de las permisiones jurídicas, de los valores en el Derecho o de la regla de reconocimiento (los cinco capítulos, aparte de las conclusiones, en los que se estructura la obra); por el contrario, el libro es una indagación original en la cual las posiciones de otros son tomadas sólo como un entramado con (y contra) el cual construir la propia teoría. En tercer lugar, la *sólida articulación* de la que el libro está dotado, el lector que recorrerá sus páginas descubrirá la forma en que Atienza y Ruiz Manero pretenden que sus posiciones encajen en un todo coherente y armónico. (Moreso 2001, 137-138)

De tal forma que, con un *cognoscitivismo* ético (mínimo) declarado, los catedráticos alicantinos se empeñaron en dejar de lado la consideración del Derecho como un mero conjunto de reglas coactivas para añadir, a su lado, los principios; pues desde la triple perspectiva de estructura, razones para la acción y la conexión con poderes y funciones sociales, se perfilan todos los enunciados jurídicos en los que podemos clasificar el lenguaje legislativo en sentido amplio.

Partiendo del condicional clásico de caso genérico y solución normativa, Atienza y Ruiz Manero distinguen, dentro de las normas deónticas o regulativas, entre principios y reglas. En virtud de cómo esté configurado el caso genérico (abierto o cerrado) y la solución normativa (acción o fin abierto o cerrado), es posible obtener cuatro combinaciones posibles: reglas de acción, reglas de fin, principios en sentido estricto y directrices.

También existen normas que no son deónticas, esto es, las normas constitutivas. Así, los autores las clasifican en reglas que confieren poder y reglas puramente constitutivas. La forma de las reglas que confieren poder es la siguiente: si se da el estado de cosas X y

el sujeto Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional R. En cambio, en las reglas puramente constitutivas, la mera ocurrencia del estado de cosas genera el resultado normativo. Por tanto, ambas reglas indican las condiciones para producir resultados institucionales y permiten la persecución de intereses propios o ajenos.

Añaden, además, otros tipos de enunciados, como los que expresan el uso de poderes normativos, los enunciados valorativos y las definiciones. Finalmente, y en un plano metajurídico, se encuentra la regla de reconocimiento, trazada según su aspecto práctico y su aspecto teórico. Desde el primero (práctico) constituye tanto una regla de mandato que muestra la pretensión excluyente del Derecho para regular la conducta como un enunciado valorativo que establece los criterios últimos de justificación jurídica, lo que da entrada a la tesis medular de la unidad de la razón práctica. Según su aspecto teórico, la regla de reconocimiento se erige como el criterio de identificación que permite dar cuenta del carácter unitario del Derecho.

Una ilustración de cómo con las reglas de uso del lenguaje elaboradas en Las piezas se puede dar cuenta de tres conceptos que son altamente controvertidos lo constituye Ilícitos atípicos (Atienza y Ruiz Manero 2006). De la distinción entre reglas y principios se colige que, si un ilícito típico es aquel contrario a una norma regulativa de mandato, un ilícito atípico será el que se oponga a un principio de mandato. Se explican así tres figuras jurídicas destinadas a combatir el formalismo jurídico: el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

En el presente, ambos libros siguen abriendo vetas en el pensamiento jurídico. Autores contemporáneos como Carlos Bernal Pulido (1998) o Giovanni Ratti (2013) han examinado al detalle la arquitectura y diseño de Las piezas. Y no menos importante fue el revuelo causado por Ilícitos atípicos, que sacó a la palestra a autores como Comanducci (2011) o Celano (2009).

Podemos concluir afirmando que Las piezas del Derecho, a pesar de ser el texto fundacional para la Escuela, es solo la primera piedra de una teoría del Derecho. Como ya declararan sus autores en la

presentación de dicha obra, a Las piezas debería seguirle una teoría de los actos jurídicos, una teoría de la

relación jurídica y una teoría del ordenamiento y de los procedimientos jurídicos (Atienza y Manero 1996, 19).

¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO?

En Argentina, Manuel Atienza estableció los nudos con los que seguimos atados. Además del estudio pormenorizado de los teóricos consagrados de la época (Cossío, Gioja, Soler), Atienza dio cuenta de toda una cantera que se ha convertido en el más alto estándar de la filosofía analítica de nuestros días: Alchourrón, Bulygin, Guibourg, Carrió, Vernengo, Garzón Valdés, Rabossi o Nino, entre otros. Y, como todo estudio en profundidad que permite sacar luces y sombras, Atienza comenzó a hurgar en las carencias de la filosofía analítica. La insuficiencia para dar cuenta de la analogía en el Derecho la deja por escrito en 1986 en *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. En esa fecha ya estudiaba a los precursores de las teorías de la argumentación jurídica, cuyo fruto se recogería en 1991 en *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, mismo año en el que tradujo la imponente Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Estos precedentes sirvieron para que con la publicación de *Análisis Lógico y Derecho* por parte de Alchourrón y Bulygin, Atienza los reseñara en un artículo con un título clarividente: *sobre los límites del análisis lógico en el Derecho* (1992).

Sin embargo, como raras excepciones en la historia de la Filosofía del Derecho de los últimos siglos, que parece un juego de extremos, Atienza no rechazó drásticamente la lógica formal, como sí hicieron los precursores de la teoría de la argumentación, sino que la consideró y la sigue considerando un elemento esencial del estudio *iusfilosófico*. No es que la lógica formal sea incorrecta para el estudio del Derecho, sino que resulta insuficiente, por lo que hay que acompañarla de distintas perspectivas o dimensiones. Estas concepciones son las que vertebran su teoría de la argumentación jurídica y resultan ser tres: la concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática, que se divide, a su vez, en dialéctica y retórica (Atienza 2012).

Con semejante trayectoria, era cuestión de tiempo romper con los moldes más rígidos del positivismo jurídico para adoptar una metodología argumentativa que, entre otras cosas, implicaba el abandono de la distinción entre estática y dinámica jurídicas para abrazar la idea del Derecho como práctica social.

De este núcleo derivan la mayoría de las tesis de lo que se denomina postpositivismo jurídico. La opción por la unidad de la razón práctica conlleva el objetivismo moral y, como consecuencia, se pasa a distinguir entre principios y reglas, y a la mera subsunción se le añade la ponderación en la aplicación del Derecho. Además, el agregado de la perspectiva material a la formal abre la veta de la dimensión material de la validez.

El método argumentativo implica asimismo el cese de un modelo exclusivo de relaciones lógicas entre normas para, además de éste, añadir todo el armazón de las relaciones de justificación entre las mismas. Por tanto, se pasa de la oposición fuerte del *iuspositivismo* entre crear y aplicar normas a una concepción de continuidad práctica entre las operaciones normativas que, entre otros matices, permite dejar de lado la arcaica distinción entre casos regulados y casos no regulados, por otra, más eficiente, de casos fáciles y casos difíciles.

Una Filosofía del Derecho a medida para dar cuenta y actuar en el Estado constitucional de Derecho con la finalidad de hacer justicia o, más humildemente, luchar contra la injusticia. El constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los Derechos posibles y que nuestras constituciones se identifican sin más con la moral justificada. Ese Derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger (Atienza 2017, 132).

LA ENSEÑANZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ALICANTE

Las instituciones educativas deben fungir como un verdadero espacio para hacer consciente a su alumnado de la responsabilidad que les corresponde en la construcción de una sociedad donde la igualdad y la justicia no se queden en meros conceptos abstractos. Ahí entronca una de las aristas del proyecto de la Escuela de Alicante, surgido de la necesidad de forjar y compartir un conjunto de rasgos comunes y distintivos que puedan ir desarrollando el razonamiento jurídico en cualquier persona que tenga interés en entender y transformar su realidad, poniéndolos al día en las principales discusiones sobre la teoría jurídica contemporánea y ofreciendo respuestas responsables. Es decir, formando no solo para ser mejores profesionales del Derecho sino, y sobre todo, también mejores personas.

Por eso, no basta con educar para convertirse en los mejores expertos en materia jurídica en un mundo en el que los problemas sociales son generalizados pero que no a todos nos afectan por igual; por eso, el papel cardinal de un proyecto académico debe llevarnos a “reflexionar sobre cuáles son los valores más adecuados para modelar las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que vivimos” (MacCormick 2010, 77), y eso es lo que ha logrado la Escuela alicantina al trascender las aulas universitarias españolas y conformar un nutrido grupo de juristas comprometidos, desde diferentes latitudes, con una determinada manera de poner en práctica la teoría jurídica; además de, cimentar un proyecto institucional de índole educativa que reflexiona en torno a la toma de decisiones sobre importantes cuestiones sociales.

En específico, de lo que se trata –por usar una conocida locución–, es de ir cerrando la brecha entre el “Derecho en los libros” y el “Derecho en acción”, defendiendo una:

Enseñanza del Derecho que sea “más práctica”, partiendo del postulado de que la misión principal de dicha enseñanza, aunque no sea la única, ha de ser “la formación de buenos profesionales del Derecho”

(en las múltiples profesiones jurídicas: no me refiero sólo al libre ejercicio de la abogacía). Entendiendo por “más práctica” una formación “más metodológica”, que proporcione una mayor capacidad técnica, argumentativa (dar prioridad a la “formación” en habilidades y aptitudes sobre la “información” de contenidos normativos), y que así “libere al estudiante de una paralizante visión formalista del Derecho, sustituyéndola por una concepción instrumental” del medio jurídico. Esa capacidad de manejo activo de la herramienta jurídica debe “servir a fines transformadores, orientados por valores debidamente justificados desde un horizonte moral hacia el cual se puede avanzar a través del Derecho. (Lledó 2007, 86-87)

Por eso mismo, desde el departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, la operación por institucionalizar uno de los primeros espacios no solo para estudiar la teoría de la argumentación y sus implicaciones, sino también para renovar el rol de la Filosofía del Derecho, finalmente, se cristalizó en el año 2003 cuando, bajo la dirección Atienza y la coordinación general del profesor de origen peruano Hugo Ortiz, se ofreció, por primera vez, un curso de Especialista en argumentación jurídica; mismo que, con el paso del tiempo, se convertiría en el Título propio de máster en argumentación jurídica. Se trata de un proyecto de la Escuela que busca renovar la vocación de la Filosofía del Derecho por formar nuevos cuadros, que sean conscientes de que la mejora de la práctica jurídica requiere una teoría puesta al día que esté abierta a otros campos del conocimiento. Pues, como menciona el propio Atienza:

El filósofo del Derecho es una especie de intermediario entre las prácticas y los saberes jurídicos, por un lado, y el resto de las prácticas y de los saberes sociales, por el otro. Debe ser capaz de dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico que cumpla además tanto una función crítica (de supervisión del uso de conceptos y métodos) como también de orientación práctica (aunque sólo sea en un sentido negativo: mostrando lo que no debe ser el Derecho o cómo no deben construirse los saberes jurídicos). (Atienza 2012, 261-262)

De ahí que el programa del máster refleje diversos módulos que, en su conjunto, ofrecen un panorama razonablemente completo de la diversidad de perspectivas y de disciplinas necesarias para encarar una concepción de la Filosofía del Derecho que puede tener la pretensión de ser “un saber totalizador, en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas” (Atienza 2017, 76).

Año tras año, durante los meses de mayo y junio, grandes juristas de diferentes latitudes, generaciones, escuelas y formaciones, llegan al Mediterráneo para exponer sus ideas: desde Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, pasando por Francisco Laporta, Juan Carlos Bayón, Cristina Redondo, Juan José Moreso, Paolo Comanducci, Pablo Navarro o Susan Haack, solo por citar a algunos..., de tal forma que la multivariada pluralidad de posturas y temáticas vertidas durante esas semanas en Alicante no solo provoca un impetuoso debate *iusfilosófico* sino que también, y sobre todo, deriva en un fructífero aprendizaje colectivo.

Como continuando con la misión educativa que propugna una formación jurídica rigurosa y, al mismo tiempo que extendiendo el espíritu del seminario de los jueves, los ciclos de conferencias organizados después de un día de clases impartidas por los distintos profesores alicantinos, viene a coronar en los alumnos una intensísima jornada que va estrechando vínculos entre los involucrados y, por ende, forjando comunidad y sentido de pertenencia.

El enérgico dinamismo que va irradiando la cotidianidad de la enseñanza de la Filosofía del Derecho en Alicante, al compartir clases de lunes a viernes, y de nueve de la mañana a siete de la noche –además de diversas y variadas actividades de índole social–, va conformando una extensa comunidad intelectual y profesional a lo largo de varios países. Sin necesariamente habérselo propuesto, la Escuela ha ido gestando un vasto grupo de juristas que encuentran sintonía con la idea de forjar una Filosofía del Derecho como fuerza transformadora de la realidad.

En tal sentido, la constante preocupación por cerrar la brecha entre la teoría y la práctica jurídica, para Manuel Atienza y la Escuela alicantina vino a consolidarse en el año 2013 con la publicación del Curso de argumentación jurídica (Atienza 2013): la cereza sobre el pastel que viene a complementar la formación de los estudiantes del máster, por utilizarse como el principal libro del programa. Por eso el texto está pensado como un manual¹² que condensa el pensamiento *iusfilosófico* que Atienza ha venido construyendo y delineando durante los últimos treinta años, con el objetivo de incidir en la cultura jurídica (y en la cultura en general) y, por tanto, de transformar las instituciones jurídicas, políticas y sociales del mundo actual.

Al respecto, por ejemplo, en Latinoamérica el proceso de constitucionalización del Derecho ha dado lugar a cambios profundos en la manera de concebir esta empresa; de ahí, precisamente, que diversos ex alumnos del máster, a lo largo y ancho del continente americano, hayan alcanzado puestos importantes que van desde jueces de las altas cortes, pasando por mandos directivos en Gobierno y organizaciones de la sociedad civil, hasta ser parte de distintas instituciones académicas, cuya influencia, sin lugar a dudas, ha desatado un entusiasmo por querer comprender las prácticas argumentativas en el campo jurídico, cuya génesis es posible rastrear hasta el Departamento de Iusfilosofía de la Universidad Alicante.

Y es que, no por nada, el propio Atienza ha definido al máster en argumentación jurídica como “el proyecto más exitoso en el que he participado” (Atienza, entrevistado por Garza Onofre, 2015b), ya que sus múltiples derivaciones son prueba plena de un modelo que hace frente a un panorama donde la educación, muchas veces, parecería resignarse a fungir como un apéndice del mercado y sus triviales necesidades.

Finalmente, vale la pena llamar la atención sobre el Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino, el iLatina: un ambicioso proyecto organizado por los profesores alicantinos que busca estructurar una

¹² En el texto se incorpora una “sección de Materiales” muy cuidadosa. Atienza incorpora una serie de preguntas pensadas no tanto para una eventual comprobación de lo que se ha leído (de ahí que no sean preguntas a la manera de un test), sino como vehículo para que el lector vaya reflexionando y dialogando con las ideas de Atienza y con las de otros autores. Ver: Gama Leyva, Raymundo. 2014. “Más Ihering y menos Kelsen. Sobre Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”. *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, n.º 2: 49-57.

comunidad intelectual a través del diálogo intergeneracional y la vertebración de algo así como una *iusfilosofía* regional.

Baste decir que en la primera edición del iLatina llevada a cabo en Alicante en 2016, en la mesa redonda de clausura en la que participaron los profesores Elías Díaz, Juan Ramón Capella y Luigi Ferrajoli, moderado por Paolo Comanducci, este finalizó el evento mencionando la importancia de realizar una operación de política cultural o de política académica de tales

magnitudes no solo para intercambiar ideas a partir de pensamientos diferentes y poner muchas cosas en común, sino también para “defender intereses grupales en contra de intereses que a veces son hegemónicos”¹³ (Capella et al 2017, 16).

Así es como se concibe la educación desde la Escuela de Alicante, por medio de la conexión con la realidad y la comunidad, trabajando en innumerables proyectos que tienen un solo fin: la transformación social por medio del Derecho.

CONCLUSIONES

Hemos tratado de explicar la génesis, la construcción y las aportaciones teóricas y prácticas de la Escuela de Alicante al mundo filosófico jurídico.

Son muestras reconocibles de la Escuela los siguientes hitos intelectuales:

1. La revista científica *Doxa*, cuyo éxito reside en su apertura al diálogo e intercambio científico, tanto desde el punto de vista geográfico como doctrinal, y en su carácter interdisciplinar, integrando trabajos de otras ciencias sociales.
2. Los seminarios de los jueves, en los que durante casi cuarenta años, cada siete días, reúne a los profesores alicantinos y a personalidades de la filosofía, del Derecho, de la política o de la historia, para discutir las propuestas *iusfilosóficas* de manera crítica, desenfadada y contundente.
3. Las piezas del Derecho, obra que vertebra a la Escuela, pues en mayor o menor medida, todos sus integrantes han desarrollado sus propias líneas
4. El desarrollo de una teoría argumentativa del Derecho que concibe al Derecho como una práctica social compleja con la que se pretende lograr ciertos fines y valores.
5. Un modelo de enseñanza de la Filosofía del Derecho, surgida de la necesidad de forjar y compartir un conjunto de rasgos comunes y distintivos que puedan ir desarrollando el razonamiento jurídico; que trata de ir cerrando la brecha entre el “Derecho en los libros” y el “Derecho en acción”, por medio de la institucionalización de proyectos como el Máster en Argumentación Jurídica o el Congreso de Filosofía del Derecho del Mundo Latino (iLatina) y su revista.

¹³ Sobre el iLatina, Comanducci cerró la mesa expresando: “La construcción de puentes entre el mundo latino de un lado del océano y del otro lado ha sido una de las tareas principales de grupos como los de Alicante, pero no solo, la idea de que hay que encontrar la posibilidad de trabajar juntos, de investigar juntos, de reflexionar juntos, de un lado y del otro del charco, lo han hecho aquí en Alicante, con dos poderosos instrumentos: uno es DOXA que es una revista que realmente une la reflexión, las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho latina, la otra es el máster de argumentación que ha servido a muchos de los jóvenes, sobre todo de Latinoamérica, para conocer algunas herramientas conceptuales, algunas técnicas importantes. Y también ha enriquecido, el grupo de Alicante, a los demás grupos europeos con energías nuevas, ideas nuevas y entonces un provecho mutuo” (Capella et al. 2017, 17).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, Josep. 2005. “Tres preguntas sobre principios y directrices”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 28: 329-340.
- _____. 2000. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, Manuel. 2017. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- _____. 2012. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- _____. 2009. “Una nueva visita a la Filosofía del Derecho argentina”. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*. Año 7, n.º 14: 9-30.
- _____. 1978. “Para una ontología de la norma jurídica”. *El Basilisco*, n.º 3: 37-45.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. 2006. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- _____. 2004 (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- _____. 1992. “Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 12: 333-52.
- _____. 1991. “Sobre principios y reglas”. *Doxa Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 10: 101-120.
- Bernal Pulido, Carlos. 1998. “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. *Revista Derecho del Estado*, n.º: 212-216.
- Capella, Juan-Ramón; Díaz, Elías; Ferrajoli, Luigi y Paolo Comanducci. 2017. “El futuro de la Filosofía del Derecho en el Mundo Latino”. *Revista i-Latina*, n.º 0: 1-18.
- Castro Sáenz, Alfonso. 2020. *El arte de enseñar Derecho. Una imagen y su panorámica*. Navarra: Aranzadi.
- Celano, Bruno. 2009. *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Comanducci, Paolo. 2011. “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 21: 107-118.
- Díaz, Elías. 1991. “Felipe González Vicén”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 9: 23-38.
- _____. 1966. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo.
- Ferrajoli, Luigi y Juan Ruiz Manero. 2014. *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra.
- Hart, H. L. A. 1962. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- MacCormick, Neil. 2010. “Argumentación e interpretación en el Derecho”. Traducido por J. L. Fabra y L. S. Guerra. *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º 33: 65-78.
- Moreso, Juan José. 2001. “El encaje de las piezas del Derecho”. *Isonomía*, n.º 14: 135-157.
- Peña, Carlos. 2014. “Derecho y argumentación. Sobre Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”. *Isonomía*, n.º 40: 229-235.
- Pérez Lledó, Juan Antonio. 1993. *El movimiento “Critical Legal Studies”*. Trabajo presentado para la obtención del grado de doctor en Derecho, bajo la dirección del profesor Manuel Atienza, Universidad de Alicante, España.
- Ratti, Giovanni. 2013. *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.

Treves, Renato. 1998. *La sociología del Derecho*. Traducido por Manuel Atienza, María José Añón Roig y J. A. Pérez Lledó. Barcelona: Ariel.

Vargas-Machuca Ortega, Ramón. 2008. "Derecho, Filosofía y Política: La lección de Elías Díaz". *Isegoría-Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 39: 367-372.

Entrevistas

Ferreyros, Pablo. 2017. "Entrevista a Manuel Atienza sobre filosofía del derecho y política". *Ius 360*. <https://ius360.com/entrevista-a-manuel-atienza-sobre-filosofia-del-derecho-y-politica/>

Garza Onofre, Juan Jesús. 2015a. "Entrevista a Manuel Atienza". *Ciencia Jurídica*, Año 4, n.º 8: 169-183.

_____. 2015b. "8 preguntas sobre abogados (y algo más) a Manuel Atienza". Blog Entre abogados te veas. <https://entreabogadosteveas.wordpress.com>

_____. 2018. "8 preguntas sobre abogados (y algo más) a Josep Aguiló". Blog Entre abogados te veas. <https://entreabogadosteveas.wordpress.com>

González Piña, Alejandro. 2010. "Entrevista a Manuel Atienza". Blog La mirada de Peitho. <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/03/entrevista-con-alejandro-gonzalez-pina.html>

Mora-Sifuentes, Francisco. 2019. "Ars iusphilosophica. Entrevista a Manuel Atienza". *IUS ET VERITAS*, n.º 58: 246-254.

Ramos, Gyan; Pajares, Gerardo y Alexander Tipe de la Cruz. 2013. "Perspectivas de un Ius-filósofo: Josep Aguiló Regla". *Sociedad Jurídica*, n.º 1: 296-297.

Rivaya García, Benjamín. 2020. "Entrevista a Manuel Atienza Rodríguez". *Diálogos jurídicos*, n.º 5: 277-280.

DERECHO A LA MOTIVACIÓN
Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador

RIGHT TO REASONS
Analysis based on Judgment 1158-17-EP/21 of the Constitutional Court of Ecuador

DIREITO À MOTIVAÇÃO
Análise a partir da sentença 1158-17-EP/21 da Corte constitucional do Equador

*Catherine Ricaurte**

Recibido: 24/X/2022

Aceptado: 30/XI/2022

Resumen

En este artículo se aborda el derecho a la motivación a partir del análisis de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. Para ello, en primer lugar, se analiza el alcance de la garantía de la motivación. En segundo lugar, se revisan las razones con base en las cuales la Corte se alejó del test de motivación que elaboró en el año 2012. En tercer lugar, se analiza la estructura de una argumentación judicial y el estándar de suficiencia. Finalmente, se responde a la pregunta de cómo aplicar el estándar de suficiencia, para lo cual se ilustran los vicios motivacionales identificados por la Corte en su jurisprudencia reciente.

Palabras clave: Constitucionalismo; Postpositivismo; Estado constitucional; Argumentación jurídica; Debido proceso

Abstract

This article deals with the right to reasons based on the analysis of judgment 1158-17-EP/21 of the Constitutional Court of Ecuador. To do this, first, the scope of the guarantee of the argumentation is analyzed. Secondly, the reasons based on which the Court moved away from the motivation test that it elaborated in 2012 are reviewed.

Then, the structure of a judicial argument and the sufficiency standard are analyzed. Finally, the question of how to apply the sufficiency standard is answered, for which the “motivational vices” identified by the Court in its recent jurisprudence are illustrated.

Keywords: Constitutionalism; Post-positivism; Constitutional state; Legal reasoning; Due process

Resumo

Neste artigo se aborda o direito à motivação a partir da análise da sentença 1158-17-EP/21 da Corte constitucional do Equador. Para isso, em primeiro lugar, se analisa o alcance da garantia de motivação. Em segundo lugar, se revisam as razões com base em que a Corte se afastou do teste de motivação que elaborou no ano 2012. Logo se analisa a estrutura de uma argumentação judicial e o padrão de suficiência. Finalmente, se responde à pergunta de como aplicar o padrão de suficiência para o qual se ilustram os vícios motivacionais identificados pela Corte em sua jurisprudência recente.

Palavras-chave: Pós-positivismo; Argumentação; Ensino Manuel Atienza; Direitos

* Profesora de Derecho a tiempo completo en la Universidad San Francisco de Quito – USFQ. Doctora (PhD) en Derecho por la Universidad de Alicante; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante; magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar – UASB; especialista universitaria en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante; especialista en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la UASB; abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE. Su producción académica más relevante se inserta en el campo de la argumentación jurídica. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5684-2798>. Correos electrónicos: cricaurte@usfq.edu.ec; catherine.ricaurte24@gmail.com

Cómo citar este artículo: Ricaurte, Catherine. 2023. “Derecho a la motivación. Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador”. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 31-44.

INTRODUCCIÓN

Especialmente, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial se ha dado un cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que suele denominarse constitucionalismo. Esto, como consecuencia de la existencia de constituciones rígidas, con un denso catálogo de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. Sin embargo, existe, al menos, otra forma de interpretar este fenómeno: se trata de una teorización o concepción del Derecho, frente a lo cual caben diversas posturas¹. Una de ellas ignora el fenómeno y, por tanto, sigue construyendo la teoría del derecho y la dogmática constitucional como se venía haciendo en el pasado. Otra, considera que el positivismo jurídico metodológico² es una concepción adecuada a la que hay que introducir algunos cambios de poca importancia sin necesidad de introducir un nuevo paradigma en el pensamiento jurídico. Y una tercera postura que piensa que este nuevo fenómeno requiere de una nueva teorización. Autores como Dworkin, Nino, Alexy, Atienza o Ruiz Manero consideran que el positivismo jurídico ya no es una concepción apropiada del Derecho³. A estos autores cabe calificarlos de constitucionalistas o, mejor, postpositivistas. “El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional” (Atienza y Ruiz Manero 2007, 25), porque el Derecho no puede verse “exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación” (Atienza 2013, 29). El Derecho es una “práctica social compleja consistente en decidir casos,

en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.” (Atienza y Ruiz Manero 2007, 26). El constitucionalismo contemporáneo obliga a: “ir más allá” del positivismo jurídico” (Atienza 2007, 116). Esto implica un cierto objetivismo valorativo⁴. Conceder una importancia especial a la interpretación “entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del legalismo” (Atienza 2013, 29). Así, el ideal regulativo del jurista postpositivista, sería “el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales” (*idem*).

Como resulta obvio, el establecimiento del Estado constitucional supone una mayor demanda de justificación, de argumentación o motivación de las decisiones de los órganos públicos. En mi opinión, la mejor forma de enfrentarse a los desafíos del Estado constitucional es desde el postpositivismo. Naturalmente, ello no implica que desde las otras concepciones del Derecho también se haya aportado en este punto. Todas las concepciones contemporáneas están de acuerdo en la necesidad de acreditar la racionalidad de las decisiones; de mostrar que el ejercicio más o menos discrecional del poder, que en especial representan las sentencias, no es un ejercicio arbitrario⁵. El instrumento jurídico encaminado a garantizar que el poder actúe racionalmente es la motivación. La motivación constituye una exigencia del Estado constitucional en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder⁶.

1 Sigo a Manuel Atienza 2007 y 2013.

2 El de los normativistas o el de los realistas.

3 Sin caer por ello en formas de *iusnaturalismo*, aunque esta es una objeción que les dirigen, casi siempre, sus críticos.

4 Sobre objetivismo moral y Derecho, véase: Atienza 2017a.

5 No es posible reseñar aquí las contribuciones que se han realizado desde la teoría en el ámbito de la justificación de las decisiones (sobre todo judiciales). Sin embargo, señalo al menos las siguientes: Toulmin 1958, MacCormick 1978, Peczenick 1989, Wróblewski 1989, Alexy 1989, Aarnio 1991, Aarnio y MacCormick 1992, Comanducci y Guastini 1987, Ferrajoli 1995, Atienza 1991, 2006, 2013.

6 En los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial la motivación se convirtió en una “condición imprescindible del correcto ejercicio de la función jurisdiccional” (Taruffo 2009, 516) y del ejercicio del poder público en general. En Europa, la Constitución italiana sirvió de inspiración para que otras constituciones, tras la caída de los regímenes autoritarios (como la española y la portuguesa) incluyeran en sus constituciones la obligación de motivación de los actos del poder público. En países como Alemania, que no incluyeron expresamente en el texto constitucional el deber de motivar, tal obligación se incorporó vía interpretativa. Se formó así un consenso general que trascendió a Latinoamérica. Véase: Taruffo 2009, 515-516.

A nivel supranacional, por ejemplo, la Corte de Estrasburgo en las sentencias Ruiz Torija de 1994 y Higgins de 1998, entre otras, ha insistido en la obligación de la motivación de las sentencias. En términos similares, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en la obligación de

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial señala que motivar es: “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión” (artículo 19). Motivar es justificar, dar las razones que muestran que una decisión (la del órgano en cuestión) es correcta o aceptable⁷; constituyéndose así en una exigencia del Estado constitucional donde los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad, sino que exigen razones. Pese a que la cultura de la motivación es relativamente reciente y pese a los múltiples obstáculos que todavía encuentra para afianzarse con plenitud, no puede negarse que la necesidad de motivar, sobre todo las sentencias, se ha convertido en una exigencia incontestable.

En este marco, y quizás pensando en contribuir al afianzamiento de la cultura de la motivación, en el año 2012, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE), acuñó lo que denominó: test de motivación. Lamentablemente, esta sentencia (seguida de muchas otras que fueron desarrollando profusamente el mencionado test) partió de un error: confundir la obligación de motivar, con la garantía de la motivación. Además, a este error se unió otro: la idea de que pueden existir parámetros que funcionen como una especie algoritmo para demostrar que una sentencia está o no motivada. En la práctica, esto trajo consecuencias indeseadas. A partir de febrero de

2019, consciente de los problemas ocasionados por la referida jurisprudencia, la CCE se fue alejando implícitamente del test de motivación hasta que el 20 de octubre de 2021, a través de la sentencia No. 1158-17-EP/21, se alejó explícitamente del test.

Centraré el análisis del derecho a la motivación a partir de la sentencia a la que me refiero en el párrafo anterior. En primer lugar, analizaré el alcance de la garantía de la motivación tomando como faro las funciones de la motivación. Luego, revisaré las razones con base en las cuales la CCE se alejó del denominado test de motivación. En el punto cuatro, analizo la estructura de una motivación judicial y el estándar de suficiencia desarrollado por la CCE desde la teoría de la argumentación jurídica. Con todo esto, en el punto cinco, se responde a la pregunta: ¿cómo aplicar el estándar de suficiencia? En este punto, especial relevancia tiene el análisis de las falacias. Es decir, aquellos argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero no lo son; constatando con ello la importancia práctica de las pautas para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación ofrecidas por la CCE en la sentencia analizada. Se concluye que, más importante que una tipología de falacias es el método para analizar una argumentación, para evaluarla y para argumentar bien: ese método se lo aprende de la mano de la teoría de la argumentación jurídica.

EL ALCANCE DE LA GARANTÍA DE LA MOTIVACIÓN

Motivar es justificar, exponer las razones que muestran que una decisión (la del órgano en cuestión) es correcta o aceptable. Los órganos del poder público, “tienen el deber de desarrollar la mejor argumentación [motivación] posible en apoyo de sus decisiones. De ahí que todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta”, puesto que “la motivación correcta es un ideal inherente al Estado constitucional porque este persigue la realización de la justicia

a través del Derecho”⁸ (Sentencia No. 1158-17-EP/21, párr. 22 y párr. 25).

La clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones... Significa que las premisas de tipo fáctico tienen que ser verdaderas o, mejor dicho, deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente, y tienen que cumplir con el resto de los requisitos fijados por el Derecho probatorio.

motivación de los órganos del poder público; por ejemplo, en los casos *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* de 2008, y *García Ibarra y otros vs. Ecuador* de 2015.

⁷ Véase: *Atienza* 1991, 22-23.

⁸ La Constitución ecuatoriana determina que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y de justicia” (artículo 1) y que el “sistema procesal es un medio para la realización de la justicia” (artículo 169).

Y las premisas normativas tienen que ser correctas, esto es, y según el tipo concreto de problema de que se trate, han de cumplir los criterios de validez, interpretación, etc., establecidos en el sistema. (Atienza 2017a, 20-21)

La motivación correcta hace referencia fundamentalmente a la bondad, a la calidad de las razones. Distinto es el concepto de motivación suficiente, que hace referencia a las condiciones mínimas que tiene que contener una argumentación para que pueda hablarse de motivación sin más. Esta distinción es muy importante⁹, desde el punto de vista práctico (y teórico), porque, en ocasiones la decisión de un órgano judicial o administrativo puede impugnarse y anularse debido a que no hubo motivación o la motivación no fue suficiente¹⁰. La garantía de la motivación precautela que las decisiones de las autoridades públicas tengan una motivación suficiente.

Por lo general, cuando un tribunal acepta un recurso presentado en contra de la decisión de otro órgano es porque, aunque considera que la decisión estuvo motivada, entiende que se ha dado algún error en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas o algún error en la valoración de la prueba; es decir, porque el órgano ha sustentado su decisión en una motivación incorrecta conforme al Derecho o conforme a la valoración de la prueba de los hechos del caso.

La motivación suficiente está dirigida a garantizar el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa: “con miras a enmendar las incorrecciones en que incurrieren los actos del poder público”¹¹. La CCE, en el apéndice de la sentencia n.º 1158-17-EP/21 ha realizado cuatro consideraciones sobre la relación de la garantía de la motivación con el derecho

al debido proceso y, en particular, con el derecho a la defensa, que creo relevante reproducir:

En primer lugar, la motivación suficiente vulnera el derecho a la defensa porque ella tiende a dejar inerte a la persona justiciable: a mayor insuficiencia argumentativa, menores serán las posibilidades de controvertir la resolución del poder público que afecte los intereses de dicha persona...

En segundo lugar, el derecho al debido proceso exige que los procedimientos en los que se decida sobre la esfera jurídica de las personas constituyan debates en los que se asegure, en el mayor grado posible, la libertad e igualdad de las partes involucradas, así como la racionalidad en el proceso de toma de decisiones, a fin de maximizar la probabilidad de que las decisiones resultantes de ese proceso sean correctas, es decir, se basen en la verdad y en la justicia. La garantía de la motivación promueve el ideal de racionalidad propio del debido proceso puesto que proscribire que las autoridades públicas tomen “decisiones arbitrarias”.

En tercer lugar, la observación de la garantía de la motivación contribuye a la realización del debido proceso por cuanto hace posible el control de la corrección de las decisiones de autoridad pública, el que se obstaculiza cuando la motivación expone insuficientemente los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión...

Y, en cuarto lugar, dado que la garantía de la motivación asegura que la autoridad pública ofrezca al menos una motivación suficiente (aunque no llegue a ser correcta), ella constriñe a la autoridad decisora –especialmente si la motivación es escrita– a incursionar en una reflexión más detenida y profunda que si ella estuviera exenta de motivar su decisión. Esto contribuye, notablemente a evitar errores de juicio provenientes de sesgos y prejuicios en la toma de decisiones judiciales, fomentando el autocontrol cognitivo de las autoridades e

⁹ Antes de la emisión de la sentencia 1158-17-EP/21, en sentencias del 2019 y 2020 la Corte Constitucional del Ecuador empezó a insistir en la diferencia entre la obligación de motivar y la garantía de la motivación: “la motivación corresponde a la obligación de las autoridades públicas de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. No obstante, es necesario diferenciar la obligación de motivación que tienen las autoridades públicas, de la motivación como garantía constitucional que permite a esta Corte declarar una vulneración del derecho a la motivación. La motivación como garantía constitucional no establece modelos, ni exige altos estándares de argumentación; al contrario, contiene únicamente parámetros mínimos que deben ser cumplidos” (sentencia N.º 1679-12-EP/20 de enero de 2020. En sentido similar, sentencias N.º 1236-14-EP/20 de febrero de 2020, N.º 1320-13-EP/20 de mayo de 2020, N.º 2067-15-EP/20 de septiembre de 2020). En la sentencia N.º 1906-13-EP/20 de agosto de 2020 se señala que “no se debe confundir el deber de todo órgano jurisdiccional de motivar correctamente sus decisiones, materia de los diferentes recursos del sistema procesal, de la garantía constitucional de la motivación, que se refiere, solo, a motivar suficientemente dichas decisiones”. En la sentencia N.º 274-13-EP/19 de octubre de 2019, “[l]a garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales” (en similar sentido, sentencias N.º 392-13-EP/19, N.º 1855-12-EP/20, N.º 251-13-EP/20, 1313-12-EP/20, N.º 946-15-EP/20, entre otras).

¹⁰ Véase: Atienza 2013, 136-138.

¹¹ Sentencia n.º 1158-17-EP/21, párr. 24.

incrementando, con ello, la racionalidad en la toma de decisiones, como lo exige el debido proceso. (Sentencia n.º 1158-17-EP/21, apéndice viii)

Esta especie de doble nivel: motivación correcta, vista como la obligación de todo órgano público de fundamentar sus decisiones en las mejores razones; y motivación suficiente, encaminada a garantizar el derecho al debido proceso; en particular, el derecho a la defensa, so pena de nulidad, puede mirarse a través de las funciones que se atribuyen a la motivación de una sentencia. Es ampliamente aceptado en la doctrina y la jurisprudencia distinguir la función endoprosesal de la función extraprosesal de la motivación. La función endoprosesal se articula en dos aspectos principales:

a) [L]a motivación es útil para las partes que pretenden impugnar la sentencia, dado que el conocimiento de los motivos de la decisión facilita la identificación de los errores cometidos por el juez y en cualquier caso de los aspectos criticables de la decisión misma, y, por tanto, hace más fácil la identificación de los motivos de impugnación... *b)* La motivación de la sentencia es también útil para el juez de la impugnación, dado que facilita la tarea de reexaminar la decisión impugnada, tomando en consideración las justificaciones aducidas por el juez inferior. (Taruffo 2009, 316-317)

De tal manera que la impugnación de una sentencia o de una decisión, a través de los medios de impugnación disponibles: los recursos de apelación, de casación, los recursos administrativos, la acción contencioso administrativa, las garantías jurisdiccionales, etc., está dirigida a atacar la validez de la motivación de la decisión porque habría incurrido en incorrecciones o errores, ya sea en la valoración de los hechos del caso o en la interpretación y aplicación de normas jurídicas. Si no se contara con una motivación suficiente se haría imposible la impugnación de las decisiones si la parte que pretende invalidar una decisión no conoce las razones mínimas de la decisión: ¿en qué razones sustenta su impugnación? Si el juez o autoridad que tiene que resolver una impugnación no cuenta con una motivación mínimamente completa, una motivación suficiente: ¿cómo reexamina la motivación de la decisión impugnada con miras a determinar si es

correcta o contiene errores? Por ende, si las decisiones de los órganos del poder público no cuentan con una motivación (inexistencia de motivación) o, existiendo una motivación, esta no es suficiente o es meramente aparente: se está vulnerando el derecho al debido proceso; en especial, el derecho a la defensa, y la sanción es la nulidad de la decisión.

La función extraprosesal –explica Michele Taruffo– resalta la posibilidad de control de la motivación por fuera del proceso concreto en que se pronuncia la decisión. En ese sentido, la obligación de motivar es una condición esencial para el correcto y legítimo ejercicio del poder, puesto que el control externo solo puede llevarse a cabo suministrando las razones por las cuales aquel poder se ha ejercido de ese modo. Obviamente, de lo que se trata es que ese control sea posible, no que se efectúe en cada caso en concreto. Sería absurdo pensar que la comunidad entera lea millones de decisiones o de sentencias; pero no es absurdo que los órganos públicos motiven sus decisiones para garantizar a la comunidad en general, no solo a las partes del proceso, la posibilidad de controlar lo que hacen. Así, la obligación de motivación es fuente de legitimación del poder que ostentan las autoridades y de la decisión misma. Además, la motivación puede desarrollar una función de racionalización de las decisiones, en la medida en que induce a los decisores de los casos posteriores a uniformarse con la decisión precedente en función de la bondad de los motivos que la justifican. Evidentemente, las decisiones que carecen de motivación suficiente no pueden usarse como precedentes. Como se ve, la función extraprosesal de la sentencia no es una alternativa a la función endoprosesal, más bien se complementan. (Taruffo 2009, 517-518).

La Constitución ecuatoriana ha establecido que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa, son derechos que están rodeados de una serie de garantías, una de las cuales es la garantía de la motivación. Así el artículo 76.7.1 prescribe:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]

l.-Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Desde el 2019, la CCE sostiene que: “una violación del artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución ocurre ante dos posibles escenarios: (i) la inexistencia de motivación [...] y (ii) la insuficiencia de motivación”. “El primer supuesto consiste en la ausencia absoluta de los aludidos elementos argumentativos mínimos, esa ‘inexistencia de [motivación] constituye una insuficiencia radical’¹². Mientras que el segundo supuesto consiste en el cumplimiento defectuoso de aquellos elementos. En ambos supuestos, se transgrede la garantía de contar con una motivación suficiente” (párr. 27). “La garantía de la motivación, entonces, exige que

la motivación sea suficiente, independientemente de si también es correcta, o sea, al margen de si es la mejor argumentación posible conforme al Derecho y conforme a los hechos, ‘la garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales’” (párr. 28).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado: “la ausencia de motivación no se estructura ante cualquier divergencia con el razonamiento del juez, sino, únicamente, cuando su argumentación fue decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente” (sentencia n.º T-233/07 de 29 de marzo de 20078). Y el Tribunal Constitucional de España, al tratar el mismo tema, advierte: “el derecho fundamental a una motivación de la resolución judicial no sólo requiere que se dé una respuesta expresa a las pretensiones de las partes, sino que, según una jurisprudencia constante que este tribunal ha venido reiterando y perfilando desde sus propios inicios (STC 154/1995, fundamento jurídico 3º), dicha respuesta ha de estar suficientemente motivada” (STC n.º 184/1998 de 28 de septiembre de 1998, FJ 2)¹³.

ALEJAMIENTO EXPLÍCITO DEL TEST DE MOTIVACIÓN

El 21 de junio de 2012, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia n.º 227-12-SEP-CC, estableció el denominado: test de motivación, cuyo objetivo fue funcionar como mecanismo para verificar si en un caso en concreto se había vulnerado o no la garantía de la motivación. Dicha verificación se realizaba aplicando un examen sobre el cumplimiento conjunto de tres parámetros: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. A partir de entonces, este test fue profusamente usado; especialmente por los jueces, para demostrar que sus decisiones cumplían con el deber de motivar¹⁴; como por las partes procesales, para denunciar que las autoridades habían vulnerado

su garantía (derecho) a la motivación en las decisiones que les afectaban. De su parte, la Corte Constitucional aplicaba el test para resolver los casos en los que se alegaba vulneración de la garantía de la motivación¹⁵. No obstante, la CCE dejó de usar dicho test a partir de febrero de 2019. El 20 de octubre de 2021, mediante sentencia No. 1158-17-EP/21 se alejó explícitamente del test de motivación. Las razones por las que la CCE se alejó del test de motivación son las siguientes:

1. Por distorsionar el alcance de la garantía de la motivación, al atribuirle la exigencia de la corrección de la motivación y no la suficiencia. El test

12 Sentencia n.º 1679-12-EP/20 de 15 de enero de 2020, párr. 44. En sentido similar, sentencias n.º 1236-14-EP/20, de 21 de febrero de 2020, párr. 19; n.º 1320-13-EP/20, de 27 de mayo de 2020, párr. 39, entre otras.

13 Las citas de las sentencias colombiana y española, respectivamente, han sido tomadas de la sentencia N.º 1158-17-EP/21 de la CCE.

14 Con el objetivo de evitar que sus sentencias fueran acusadas de vulnerar la garantía de la motivación.

15 La CCE señala: “En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el uso del test de motivación fue profuso: desde el año 2008 hasta el año 2019, aproximadamente el 50% de las acciones extraordinarias de protección versó sobre la supuesta vulneración de la garantía de la motivación; y, de aquellas acciones, alrededor del 91% fue resuelto mediante la aplicación de ese test” (sentencia n.º 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021).

confundía la obligación de la motivación, que hace referencia a la exigencia que tienen todas las autoridades de fundamentar sus decisiones en la mejor argumentación posible, con la garantía de la motivación, que exige a las decisiones una motivación mínimamente completa, suficiente como para precautelar su derecho al debido proceso; en especial el derecho a la defensa, so pena de nulidad. El parámetro de la razonabilidad consistía en la exigencia de que la motivación no contenga errores de interpretación y aplicación de la Constitución, la ley u otra fuente del Derecho. Ello implicaba que la garantía de la motivación abarcara la totalidad de derechos y garantías constitucionales, desdibujándola (párr. 46).

2. El test ignoraba por completo que el artículo 76.7.1 de la Constitución “esboza la **estructura argumentativa** que debe reunir una motivación para ser considerada **mínimamente completa** a pesar de que dicha estructura debe servir de base para dilucidar si una determinada motivación es suficiente” (párr. 47)¹⁶.
3. Como ya se dijo, el test exigía que la motivación no contuviera errores o incorrecciones de interpretación y aplicación de la Constitución, la ley u otra fuente del Derecho, pero no contemplaba el examen para la fundamentación fáctica (párr. 48). ¿Por qué? ¿El juicio quedaba al arbitrio judicial¹⁷? Recordemos que la motivación cumple una función extraprocesal, que la vincula al control no procesal o externo de la decisión; y otra, endoprocesal, que la vincula al control procesal o interno de la decisión. La motivación, en la medida que pretende explicar la racionalidad de la decisión, quiere ser persuasiva de su corrección, de su bondad: de esta manera se siembra confianza en la justicia. La publicidad de la motivación funciona como freno a la arbitrariedad, a los jueces y, en general, a las autoridades públicas; a quienes se les confía poderes discrecionales solo a condición de que motiven, en todos los casos, el uso que hacen de ellos¹⁸. La motivación cumple también la función endoprocesal; que se complementa,

como vimos, con la extraprocesal, al facilitar el control interno de las decisiones, funcionando como garantía del derecho al debido proceso y, en particular, del derecho a la defensa. Porque la publicidad no garantiza por sí sola la racionalidad, la proscripción de la arbitrariedad de las decisiones resulta eficaz a través de los mecanismos de control instaurados por el propio sistema procesal orientados a comprobar su racionalidad, esto es: los recursos. La motivación, al permitir a las autoridades superiores u órganos de control un conocimiento claro y detallado de las razones de la decisión hace viable la tarea de control; y, a las partes involucradas en el proceso, les facilita una eventual impugnación¹⁹. Como dijo Calamandrei, la motivación llega a ser “el espejo revelador de los errores del juzgador” (Calamandrei 1960, 118). Entonces, ha de quedar claro que el deber de motivar se extiende a las pruebas, a la justificación de la(s) premisa fáctica(s), aunque cada caso plantee exigencias diferentes. Que los hechos notorios y los hechos no controvertidos o admitidos por las partes procesales no necesitan motivación es una tesis correcta. En todo caso, la regla general es que la exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Las exenciones de motivación de la premisa fáctica obedecen a razones de notoriedad y de no controversia de los hechos, o cuando el recurso o la acción es sólo sobre cuestiones de Derecho.

4. El test fue usado como si se tratara de un checklist integrado por sus tres parámetros (razonabilidad, lógica y comprensibilidad), como si se tratara de un algoritmo para comprobar el cumplimiento de la garantía de la motivación; induciendo, así, a incurrir en la falacia de falsa precisión: “Esa falsa apariencia de exactitud puede maquillar errores judiciales. Por ello, en su jurisprudencia reciente, esta Corte Constitucional [ha] estimad[o] necesario advertir que la aplicación del test de motivación no debe convertirse de ningún modo en una fórmula mecánica aplicable de manera general a todos los casos” (párr. 49).

¹⁶ Resaltado de la autora.

¹⁷ Una visión superada desde hace décadas atrás, al menos en la teoría.

¹⁸ Véase: Gascón 2010, 169-203.

¹⁹ *Ibidem*.

5. La última razón esgrimida por la CCE para alejarse del test de motivación fue: “todos los mencionados déficits del test fomentan la arbitrariedad al momento de establecer si una determinada resolución del poder público infringe la garantía de la motivación” (párr. 50)²⁰.

Como se ve, la Corte Constitucional del Ecuador tuvo buenas razones para alejarse del test de motivación. Era necesario y urgente que lo hiciera. Es más, declaró que con ello: “busca ceñirse a la configuración constitucional de la garantía de la motivación, favoreciendo así su

efectividad y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia” (párr. 52). Al tiempo de alejarse del test, en la misma sentencia, ofrece pautas para examinar un cargo de vulneración de la garantía de la motivación, advirtiendo: “no es dable que esta Corte establezca una nueva lista de parámetros en reemplazo de la del test: **no cabe formular un nuevo test**. Lo que sí es necesario, y se hace en esta sentencia, es guiar el razonamiento judicial mediante las presentes **pautas jurisprudenciales**, basadas en la sistematización de la jurisprudencia reciente de esta Corte, pautas que naturalmente están abiertas a desarrollos futuros” (párr. 54)²¹.

ESTRUCTURA DE LA JUSTIFICACIÓN (MOTIVACIÓN) DE LAS DECISIONES Y ESTÁNDAR DE SUFICIENCIA

Asumido que motivar una decisión es justificarla, dar razones que permitan considerarla como correcta o aceptable, en el ámbito de la argumentación jurídica se instauró una distinción sobre la estructura de la justificación de las decisiones judiciales: justificación interna y justificación externa²².

Si concebimos a la decisión judicial como la conclusión de un silogismo práctico, su justificación tendrá que –necesariamente– consistir en mostrar la corrección del razonamiento que conduce de las premisas a la conclusión. Pero, para que la decisión esté justificada, además, será necesario que las premisas de las que se parte sean correctas, verdaderas, válidas; o sea, que estén a su vez justificadas. La justificación interna implica que el paso de las premisas a la conclusión sea correcto según las reglas de inferencia aceptadas. Es decir, una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aplicables. La justificación externa certifica la bondad, la calidad de las premisas. En otras palabras, una decisión está externamente justificada cuando sus premisas son calificadas como buenas de acuerdo a los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. De tal manera que, cuando ni la premisa normativa, ni

la premisa fáctica plantean problemas de justificación, la motivación de la decisión se reduce a justificación interna; esto es: la justificación de la decisión se agota en mostrar la corrección del razonamiento que conduce lógicamente de las premisas a la conclusión. No obstante, cuando las premisas normativa o fáctica (o ambas) exigen nuevas argumentaciones, la exigencia de justificación externa de la decisión aparece. Si una decisión requiere solo justificación interna estamos frente a los denominados casos fáciles; pero, si el establecimiento de las premisas, además, precisan de justificación, estamos frente a los denominados casos difíciles. En los casos difíciles la motivación de la decisión solo estará completa cuando esté interna y externamente justificada.

Esta estructura de justificación de las decisiones se observa en el desarrollo realizado por la Corte Constitucional del Ecuador. En la sentencia No. 1158-17-EP/21 consta una prolija sistematización de su propia jurisprudencia (2019 – 2021) para sostener que “una argumentación jurídica cuenta con una estructura mínimamente completa cuando está compuesta por suficientes fundamentos fácticos (sobre los antecedentes de hecho y su prueba) y jurídicos (enuncia

²⁰ No es necesario, para los objetivos de este trabajo, ahondar más en la crítica al test de motivación. De todas maneras, un análisis detenido de los problemas del test puede consultarse en la sentencia N.º 1158-17-EP/21, párrafos 30-52.

²¹ Resaltado de la autora.

²² Véase, por todos: Atienza 2006 y 2013.

normas y principios jurídicos y explica la aplicación de estos a los antecedentes de hecho)” (párr. 60) con arreglo al artículo 76.7.l de la Constitución ecuatoriana. Explica la Corte que la fundamentación normativa “debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso”, advirtiendo que “la fundamentación jurídica no puede consistir en la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas” o “la motivación no puede limitarse a citar normas” (párr. 61.1). La fundamentación fáctica “debe contener una justificación *suficiente* de los hechos dados por probados en el caso. [...] la motivación no se agota con la mera enunciación de [los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados], sino que, por el contrario, los jueces [...] no motivan su sentencia [si] no se analizan las pruebas” (párr. 61.2), a menos que el caso verse sobre cuestiones de puro Derecho, o los hechos no sean controvertidos, o sean públicamente evidentes

Coherente con el desarrollo que sobre la estructura de una argumentación judicial realiza, la CCE sostiene que “el juicio sobre la suficiencia de la fundamentación normativa y de la fundamentación fáctica va a depender del estándar de suficiencia que sea razonable

aplicar en el tipo de causa de que se trate y de la aplicación que, razonablemente, deba hacerse de dicho estándar en el caso en concreto” (párr. 64). Enfatiza, con ejemplos extraídos de su propia jurisprudencia, que la “determinación del estándar va a depender del tipo de caso de que se trate”²³. Así, de entre el conjunto de autoridades públicas, son los jueces los que tienen una mayor exigencia de motivación, porque en el ejercicio de su actividad jurisdiccional modifican situaciones jurídicas. Tratándose de sanciones disciplinarias, la exigencia de motivación es mayor que la de cualquier acto administrativo. El grado de motivación exigible en materia penal es alto debido a los derechos en juego y a la severidad de la sanción; así, debe mostrarse que se ha superado el umbral de la duda razonable y se han desvirtuado los argumentos de defensa del procesado. En suma, si el estándar de suficiencia tiene un margen razonable de variación, no se puede evaluar con el mismo nivel de rigurosidad. La aplicación del estándar de suficiencia también puede variar dependiendo del caso concreto. Y, “[p]uesto que la motivación es una garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa, para determinar si una argumentación jurídica es suficiente, un factor a considerar es la incidencia que una motivación deficitaria podría tener en el ejercicio de esos derechos” (párrafos 64.1, 64.2 y 64.3).

¿CÓMO APLICAR EL ESTÁNDAR DE SUFICIENCIA?

Por las razones reseñadas en los puntos anteriores, no se puede contar con un conjunto de reglas cerradas al estilo *checklist* para determinar si una argumentación (motivación) ha superado o no el estándar de suficiencia. O, lo que es lo mismo, no es posible contar con un conjunto de reglas cuya aplicación defina, mecánicamente, si se ha vulnerado la garantía de la motivación en un caso en concreto. La CCE ha sido muy enfática en señalar que no cabe formular un nuevo test. En su lugar, ha considerado emitir algunas pautas jurisprudenciales que sirvan para “guiar el

razonamiento judicial [...], basadas en la sistematización de” su propia jurisprudencia reciente, aclarando que dichas pautas “están abiertas a desarrollos futuros” (párr. 54).

Si una argumentación jurídica, una motivación, no cuenta, al menos, con una “*estructura mínimamente completa*, integrada por una *fundamentación normativa suficiente* y una *fundamentación fáctica suficiente*” (párr. 65), adolece de deficiencia motivacional; por ende, se habría vulnerado la garantía de la motivación

²³ En sentido similar Tribunal Constitucional de España, en su jurisprudencia ha venido sosteniendo que “[l]a suficiencia de la motivación... no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales y requiere por el contrario examinar el caso en concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito en las resoluciones judiciales impugnadas” (sentencias números: 16/1993, 56/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 122/1994, entre varias otras. En sentido similar: sentencia n.º 329/2006 de 20 de noviembre de 2006, n.º 31/2019 de 28 de febrero de 2019, entre otras). Estas citas han sido tomadas de la sentencia n.º 1158-17-EP/21 de la CCE.

Esto ocurriría en tres supuestos: (1) cuando no existe motivación: inexistencia; (2) cuando la motivación es insuficiente: insuficiencia; (3) cuando la motivación es meramente aparente: apariencia.

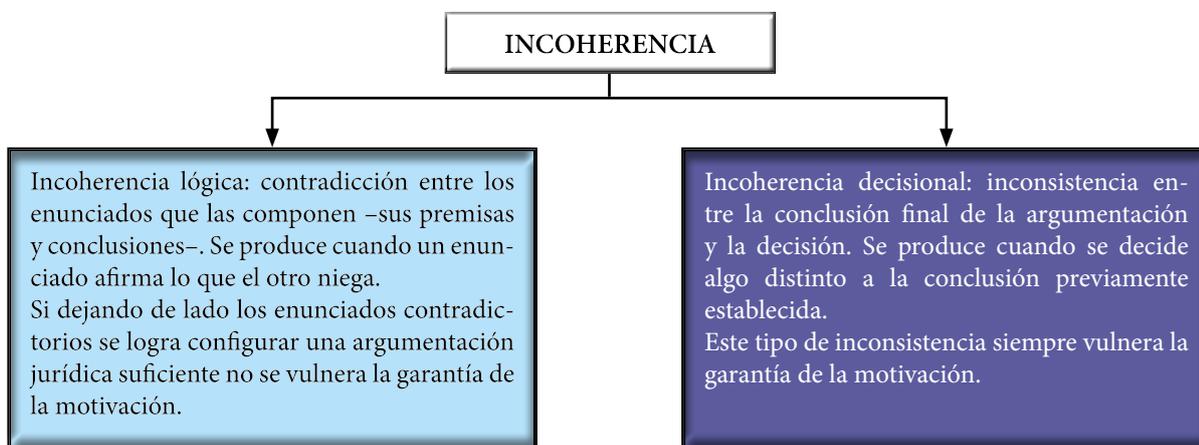
“Una argumentación jurídica es *inexistente* cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica” (párr. 67); como, por ejemplo, cuando una sentencia contiene solo la transcripción de la demanda y de las intervenciones de las partes en la audiencia y, de manera automática, se decide que ha existido violación de derechos. Es decir, más allá de las transcripciones realizadas no constan las razones del porqué se llega a esa decisión.

“Una argumentación jurídica es *insuficiente* cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia” (párr. 69), como cuando para determinar la competencia de un juez, dentro de una garantía jurisdiccional, de conformidad con lo que establece el artículo 86.2 de la Constitución, se debe analizar dónde se originó el acto o la omisión o dónde se producen sus efectos. En estos casos, para decidir sobre la falta de competencia del juez, la argumentación no debe agotarse con el análisis del lugar en dónde se originó el acto.

“Una argumentación jurídica es *aparente* cuando, a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de *vicio motivacional*” (párr. 71). En efecto, “hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero no lo son, y a los que tradicionalmente se los ha denominado ‘falacias’”. “Las falacias, cabría decir, son ilícitos argumentativos, acciones contrarias a las reglas de la argumentación” (Atienza 2013, 116 y 370).

Recordemos que una motivación mínimamente completa se traduce en un razonamiento que satisface un esquema de inferencia válido (deductivo o no) basado en premisas, en razones relevantes y suficientemente sólidas.

Entonces, para evaluar si una argumentación cumple con el estándar de suficiencia, no ha de tenerse en cuenta solamente que parezca que se cumple con los requisitos de una estructura mínimamente completa (suficientes fundamentos fácticos y suficientes fundamentos jurídicos); sino que, de hecho, deben cumplirse. De ahí la importancia de una teoría de las falacias y la importancia de las pautas ofrecidas por la CCE. Veamos la clasificación que ofrece la Corte a través de los siguientes esquemas elaborados con un fin meramente didáctico²⁴:



24 Los esquemas son elaborados con base en lo que consta en los párrafos 65 a 99 de la Sentencia n.º 1158-17-EP/21 de la CCE.

INATINENCIA

Hay inatinerencia cuando se esgrimen razones que no tienen que ver con el punto controvertido; esto es, que no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinerencia se produce cuando el razonamiento del juez equivoca el punto de la controversia judicial.

La inatinerencia no alude a si las disposiciones jurídicas invocadas por el juzgador son o no aplicables al caso concreto (esto alcanza a su corrección).

La inatinerencia vulnera la garantía de la motivación si dejando de lado las razones inatinentes no quedan otras que consigan configurar una argumentación suficiente.

INCONGRUENCIA

Incongruencia frente a las partes: cuando no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales. Un argumento es relevante cuando incide significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Un argumento es especialmente relevante cuando apunta a resolver el problema jurídico en sentido opuesto a la respuesta dada por el juzgador.

Puede darse por omisión, si no se contesta en absoluto los argumentos relevantes de la parte; o por acción, si el juzgador contesta los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que en realidad no los contesta.

Este tipo de incongruencia siempre vulnera la garantía de la motivación.

Incongruencia frente al Derecho: cuando no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –la ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental. Este tipo de incongruencia siempre vulnera la garantía de la motivación.

INCOMPRESIBILIDAD

Hay incompresibilidad cuando un fragmento de la argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)– para un ciudadano.

El tipo de incompresibilidad que puede vulnerar la garantía de la motivación no se refiere a la exigencia de que todo ciudadano común (el gran auditorio social) pueda entender el texto de la motivación. Esa es una exigencia que, aunque aplicable a toda autoridad pública, tiene que ver con la excelencia que debe perseguir toda argumentación, pero no con la suficiencia de la motivación so pena de nulidad.

La incompresibilidad vulnera la garantía de la motivación si dejando de lado los fragmentos de la argumentación incompresibles, no quedan otros que logren configurar una argumentación suficiente.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Cabe enfatizar que para evaluar si una argumentación jurídica (o motivación) ha cumplido con el estándar de suficiencia no basta con saber qué es lo que debe contener una estructura mínimamente completa; también, hay que saber detectar las argumentaciones que parecen buenas, pero no lo son. Ahora bien, la misma CCE advierte que los tipos de vicio motivacionales identificados en su propia jurisprudencia no deben entenderse como una tipología estricta o cerrada. Como se sabe, la clave para comprender el concepto de falacia es la apariencia, una noción eminentemente gradual. Entonces, es inevitable que haya una amplia

zona de vaguedad entre las argumentaciones falaces, las buenas argumentaciones y las malas argumentaciones. En abstracto no es posible asegurar que un determinado tipo de argumentación adolece de un vicio motivacional; es decir, que es falaz. Por lo tanto, más importante que una tipología de falacias es el método para poder detectarlas. Como sostiene Manuel Atienza: el método para analizar una argumentación jurídica, para evaluar una argumentación jurídica y para argumentar, se lo aprende de la mano de la teoría de la argumentación jurídica. Una exigencia ineludible en el Estado constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis. 1991. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aarnio, Aulis y Neil MacCormick (eds.). 1992. *Legal Reasoning*. Aldershot: Dartmouth.
- Alexy, Robert. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2017. "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial". En: *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, editado por Josep Aguiló Regla y Pedro P. Grández Castro, 11-42. Lima: Palestra.
- _____. 2017a. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- _____. 2013. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- _____. 2007. "Argumentación y Constitución". En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, de Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, 113-181. Madrid: Iustel.
- _____. 2006. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- _____. 1991. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. 2007. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía* 27: 7-27.
- Calamandrei, Piero. 1960. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJEA.
- Comanducci, Paolo y Ricardo Guastini (coords.). 1987. *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Dworkin, Ronald. 1999. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gascón Abellán, Marina. 2010. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Nino, Carlos. 1994. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Peczenick, Aleksander. 1989. *On Law and Reason*. Dordrecht, Boston: Kluwer Academic Publishers.
- Taruffo, Michele. 2009. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, Stephen. 1958. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wróblewski, Jerzy. 1989. *Sentido y hecho en el Derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco.

Normativa y jurisprudencia

Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449, 20-X-2008.

Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Iberoamérica: Reformado el 2-IV-2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 227-12-SEP-CC, juez sustanciador Patricio Herrera Betancourt, 21 de junio de 2012.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 1158-17-EP/21, juez ponente Alí Lozada Prado, 20 de octubre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 1679-12-EP/20, jueza ponente Daniela Salazar Marín, 15 de enero de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 1236-14-EP/20, jueza ponente Teresa Nuques Martínez, 21 de febrero de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 1320-13-EP/20, jueza ponente Karla Andrade Quevedo, 27 de mayo de 2022.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 2067-15-EP/20, jueza ponente Teresa Nuques Martínez, 23 de septiembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 1906-13-EP/20, juez ponente Alí Lozada Prado, 5 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 274-13-EP/19, jueza ponente Daniela Salazar Marín, 18 de octubre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 392-13-EP/19, jueza ponente Teresa Nuques Martínez, 2 de octubre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 946-15-EP/20, juez ponente Enrique Herrería Bonnet, 7 de octubre de 2020.

EL POSTPOSITIVISMO Y EL MÉTODO DE LA LEY NATURAL DESCRITO POR VILLEY

POSTPOSITIVISM AND THE NATURAL LAW METHOD DESCRIBED BY VILLEY

PÓS-POSITIVISMO E O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DESCRITO POR VILLEY

*Érika Rigotti Furtado**

Recibido: 26/IX/2022

Aceptado: 29/XI/2022

Resumen

El positivismo jurídico es objeto de los debates propuestos por Michel Villey al presentar el método del Derecho Natural extraído de la teoría aristotélica de la justicia. El propósito de este ensayo es analizar cómo el método del Derecho Natural descrito por Michel Villey contribuye al redescubrimiento del Derecho en el contexto del postpositivismo. Con un abordaje cualitativo de carácter exploratorio, desarrollado mediante investigación bibliográfica, el trabajo se ocupó del método de Villey, pasando luego a cotejar ese panorama con el problema planteado por el pospositivismo, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales, logrando entonces comprobar que la superación del problema implica comprender que el Derecho se extrae de la justicia y no al revés.

Palabras clave: Justicia; Derecho positivo; Derechos fundamentales; Fundamentos del Derecho; Filosofía del Derecho

Abstract

Legal positivism is the target of debates proposed by Michel Villey when he presents the method of Natural Law extracted from the Aristotelian theory of justice. The purpose of this essay is to analyze how the method of Natural Law described by Michel Villey contributes to the rediscovery of Law in the context of post-positivism. With a qualitative approach of an exploratory nature, developed

through bibliographic research, the work took care of Villey's method, passing, then, to collate that panorama with the problem raised by post-positivism, in particular, regarding fundamental rights, verifying that overcoming the problem implies understanding that Law is extracted from Justice and not the other way around.

Keywords: Justice; Legal Positivism; Fundamental Rights; Fundamentals of Law; Philosophy of Law

Resumo

O positivismo jurídico é alvo dos debates propostos por Michel Villey ao apresentar o método do Direito Natural extraído da teoria da justiça aristotélica. Analisar como o método do Direito Natural descrito por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo consiste no objetivo deste ensaio. Com uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, o trabalho cuidou do método de Villey, passando, em seguida, a cotejar referido panorama com a problemática levantada pelo pós-positivismo, em especial, quanto aos direitos fundamentais, verificando que a superação da problemática implica compreender que o Direito se extrai da Justiça e não o contrário.

Palavras-chave: Pós-positivismo; Argumentação; Ensino Manuel Atienza; Direitos

* Profesora de Derecho de la Academia de la Fuerza Aérea Brasileña; estudiante de doctorado en Ciencias Aeroespaciales, con énfasis en Ciencia Política y Relaciones Internacionales, del Programa de Posgrado de la Universidad de la Fuerza Aérea Brasileña (UNIFA), y magíster en Ciencias Aeroespaciales (UNIFA). Es miembro del Grupo de Investigación de Asuntos Humanitarios y Poder Aeroespacial, vinculado al programa de posgrado. ORCID: 0000-0002-0678-733X. Correo electrónico: furtado0609@gmail.com

Cómo citar este artículo: Rigotti Furtado, Érika. 2023. "El postpositivismo y el método de la ley natural descrito por Villey". Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 45-54.

INTRODUÇÃO

Conforme salienta Bobbio “toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo” (Bobbio 1995, 15) observada desde a confrontação ilustrada pelo ideal grego da justiça, corporificado na figura de *Thémis*¹, e as leis postas pelos homens, reguladoras da vida social. A desvinculação entre ambas as abordagens do Direito, entretanto, passará a atuar de maneira marcante a partir do século XVII, com a teorização acerca do Estado, promovida por Thomas Hobbes², atribuindo ao poder estatal a prerrogativa exclusiva e legítima de ditar o Direito, ressaltando a característica da coercibilidade da norma, inerente ao positivismo jurídico.

O juspositivismo passou a apresentar o Direito como um dever ser dissociado da ideia de valor, em contraposição à tradição oriunda do Direito Natural, associada a um dever ser valorativo, ditado pelo ideal de justiça. Nesse sentido, as normas positivas, observadas, ademais, sob a perspectiva de um ordenamento jurídico, passaram a reclamar uma formalidade criteriosa quanto à sua elaboração e interpretação. Este processo conduziu à separação entre normas jurídicas e as demais que, embora fazendo parte do contexto das relações humanas, não integram o rol daquelas consideradas aptas a ingressar no universo do Direito. Assim, segundo observado na obra de Hans Kelsen (1998), maior expoente do positivismo jurídico, o fundamento de validade da norma jurídica, derivado de uma mesma ordem, reconhecida na constituição dos Estados, passou a ditar a unidade esperada do Direito.

A exacerbação deste processo, no entanto, resulta na crise do positivismo jurídico observada na atualidade,

pois a ausência de um esteio valorativo imprime uma contradição na dinâmica de construção e aplicação do Direito, especialmente quando em foco os direitos fundamentais. A efetividade destes direitos, a despeito da formalística reclamada pelo processo de positivação, deixa em aberto a questão dos critérios metafísicos a serem empregados quando da aplicação concreta das prerrogativas deles decorrentes, razão pela qual afirmam Naucke e Harzer não surpreender o fato de que “las más diversas concepciones antes tratadas como ‘iusfilosóficas’, reaparezcan ahora como ‘teorías de los derechos fundamentales’, generadas a partir del derecho positivo” (2008, 162).

Essa problemática é abordada por Michel Villey (2019) de maneira crítica ao considerar que os direitos inerentes aos seres humanos, inobstante instalados e alçados à condição de prerrogativas insofismáveis, vigem em um sistema onde a própria ideia de direito zomba e se afasta da justiça, máxime por ocupar-se o positivismo jurídico, exclusivamente, da demonstração do direito tal como existe de fato. A perspectiva de Villey, por conseguinte, a partir da retomada da teoria da justiça de Aristóteles, procura enfatizar as divergências entre o direito natural clássico e o direito positivo, sedimentado a partir da Era Moderna. Deste modo, o presente ensaio tem por objetivo central analisar de que maneira o método do Direito Natural descrito por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo. Valendo-se de uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, o trabalho pretende apresentar o método utilizado por Villey para a construção de sua perspectiva sobre o Direito, passando, em seguida, a explorar o pós-positivismo sob o enfoque villeyano.

- 1 Conforme esclarece Bittar (2005), o termo *thémis* aparece na tradição grega na obra de Homero, corporificando a ideia de justiça. Nas palavras do autor “*thémis* designa algo cuja significação reporta à conservação, à permanência, à tradição, fazendo apelo à dimensão de um passado cuja preservação se dá na continuidade dos costumes, dos hábitos sociais, das tradições ancestrais. *Thémis* vem, portanto, revestida de uma forte pressão tradicional, de uma pesada herança dos antepassados, significando o liame, a ligação entre o que era e o que será, não apenas em um sentido temporal, mas especialmente em um sentido moral, ou seja, no sentido de que o que era deve continuar sendo, como medida de *dever-ser* do comportamento das novas gerações.
- 2 O Leviatã de Thomas Hobbes marca de maneira indelével a construção do Estado Moderno, no século XVII. Em sua obra, Hobbes aponta para a necessidade da figura do Estado como solução para a guerra de todos contra todos vigente no estado de natureza, quando a insegurança e a anarquia dominam a convivência humana. A liberdade, em sua condição natural, é exercida de maneira desregrada e a passagem para o estado civil, implicando na renúncia de uma parcela desta liberdade em favor do Estado, ensaja a obtenção da paz e da segurança, uma vez resguardado o exercício dos direitos naturais, entre os quais a liberdade, de forma adequada ao convívio social (Hobbes 2009).

O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DESCRITO POR MICHEL VILLEY

Rials, ao apresentar a obra “A Formação do Pensamento Jurídico Moderno” de Michel Villey, elabora uma pequena biografia do filósofo francês e historiador do Direito, nascido em 1914 e falecido em 1988, na França. Destaca Rials que Villey foi professor das Universidades de Estrasburgo e Paris II (Panthéon-Assas) e autor de diversas obras jurídicas, especialmente sobre filosofia do Direito, tendo construído o seu panorama sobre o Direito a partir da ideia de justiça desenvolvida por Aristóteles, cuja influência pode ser observada na *práxis* jurídica dos romanos. Observa Rials que para Villey, como especialista em Direito Romano, a única filosofia do direito na Antiguidade grega foi a aristotélica, largamente conhecida e, em consequência, utilizada pelo gênio jurídico romano. Ademais, conforme assevera o próprio Villey no desenvolvimento de suas ideias ao longo da obra apresentada por Rials, a perspectiva aristotélica sobre a justiça pode ser igualmente encontrada nos escritos de Tomás de Aquino, na Idade Média, onde aparece retrabalhada. Sobre este relevante aspecto, observa Villey que para Tomás de Aquino, o direito natural relaciona-se com a ordem estabelecida pela obra inteligente de um criador, um Deus ordenador, onde toda regra, ainda que natural, procede da vontade divina, mesmo de forma indireta.

Diante da dinâmica do justo natural aristotélico, Michel Villey considera que a justiça não se vincula à elaboração de preceitos estanques, não decorrendo, ademais, de prerrogativas construídas segundo o primado dos direitos subjetivos. Deste modo, em seus escritos, consoante destacado por Cicco (2012), Villey procura demonstrar como a Escola do Direito Natural, no século XVIII, desvirtuou o pensamento clássico pautado na lei natural dos antigos, quando a lei derivada da natureza das coisas é substituída pelas construções normativas oriundas da razão humana. Como resultado, relevante notar, conforme observa Cicco (2012), que sob a perspectiva de Villey os direitos individuais nascidos da Revolução Francesa de 1789 e tornados universais com a Declaração da Organização das Nações Unidas no ano 1948, são insuficientes como ferramentas para assegurar um salutar convívio social,

pois terminaram por justapor indivíduos detentores de incontáveis direitos e nenhum dever.

A compreensão da visão de Villey acerca do Direito, por conseguinte, demanda a observação dos pontos centrais do *jus naturale* dos antigos, especialmente encontrado na obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, bem como na abordagem de Tomás de Aquino a esse respeito. Cumpre ressaltar, *ab initio*, que Aristóteles, situando sua filosofia na *práxis*, irá traçar uma teoria sobre o direito no Livro V da obra em destaque partindo da concepção da justiça enquanto a virtude mais elevada, pois nela “está toda a virtude somada” (Aristóteles 2014, 182), praticada não apenas no âmbito privado, mas essencialmente na relação comunitária. A justiça, como prática da virtude, é dividida por Aristóteles em justiça distributiva e justiça comutativa, baseando-se a primeira em medidas de proporcionalidade e a segunda em um postulado aritmético. Ambas formas de justiça particular integram um todo mais amplo, denominado justiça universal, posto que a disposição para a prática da justiça no âmbito das relações interpessoais deriva da compreensão da justiça total, enquanto virtude que reúne todos os pressupostos da equidade e da legalidade (Aristóteles, 2014). Nesse sentido, esclarece Bittar que para a teoria aristotélica “toda virtude, naquilo que concerne ao outro, pode ser entendida como justiça, e é neste sentido que se denomina total ou universal” (2005, 115).

Sobre a concepção aristotélica de justiça, Villey ensina, ainda, que a distribuição equânime a cada um daquilo que lhe pertence (*suum cuique tribuere*), correspondendo à adaptação da teoria geral da virtude como busca pelo meio termo, traz ao contexto da justiça uma acepção própria, não mais confundida com a moral. Embora a moral permaneça como necessária na esfera da justiça, irá funcionar como ferramenta para a construção do seu objeto, mas não como o instrumento para a obtenção deste, ganhando o direito autonomia ao se especializar no interior da moral (Villey, 2019). Outra questão fundamental na teoria aristotélica (Aristóteles, 2014) diz respeito às fontes do direito, onde se encontram as leis naturais e as

leis positivas. Referida digressão é estabelecida a partir da averiguação da convivência humana no âmbito da *pólis*, onde a condução das relações é pautada pelas imposições do bem comum. Deste modo, Aristóteles esclarece que “a justiça política é em parte natural e em parte convencional” (2014, 200), vigorando a primeira do mesmo modo em todos os lugares, independente de aceitação, enquanto a segunda é estabelecida segundo as demandas de cada *pólis*.

Sobre o tema, Villey (2019, 47) asseve que na acepção de Aristóteles “não existe uma oposição entre o justo “natural” e as leis escritas do Estado, mas as leis do Estado exprimem e completam o justo natural” Desta maneira, o processo de distribuição equitativa do Direito irá implicar um prévio momento especulativo, onde se fará necessário estudar a natureza enquanto fonte primordial para a descoberta da justa medida. Neste processo, acrescenta Villey, o escrutínio da natureza não se resume à observação neutra e passiva dos fatos, conforme os primados da ciência moderna, mas no discernimento ativo dos valores que servirão de norte à resolução das demandas. A validade do direito positivo é ditada pelo justo natural, obtido a partir da observação da natureza, provindo daí sua autoridade, e não de uma estrutura pré-estabelecida pelo arbítrio estatal. Assim, coadunam-se prudência e legislação como forma de inteligência voltada à extração dos princípios do justo natural, sendo essa a atribuição precípua dos legisladores, encarregados da promoção do direito no âmbito da *pólis*. O ajuste final à teoria da justiça de Aristóteles (2014) é fornecido pela questão da equidade, considerada boa na mesma medida que o justo, embora não integre a justiça legal, prestando-se à correção da lei, quando observadas lacunas em função da generalidade. Consoante esclarece Bittar (2005), a aplicação da equidade transforma o julgador em legislador diante do caso concreto, onde a necessária prudência na elaboração dos julgamentos, mormente quando o caráter geral da lei impingir uma injustiça aos envolvidos. Sobre a equidade, como importante aspecto da teoria aristotélica de justiça, ressalta Villey:

A equidade, embora extrapole em certo sentido a justiça (coroando-a da amizade, de doçura, de misericórdia) é, contudo, em primeiro lugar, uma *superjustiça*, a plena realização do igual. A justiça estava inicialmente no

princípio da lei. Mas, ao fim do processo da elaboração do direito, vemo-la preenchendo a função de um *corretivo* da lei escrita. (2019, 62)

Assim, o contexto da teoria da justiça aristotélica atribui à ideia da justiça como virtude o fundamento basilar para toda a construção do Direito, contrariando a ordem corriqueiramente observada a partir da modernidade, onde se busca extrair a justiça do Direito instituído pela autoridade. A este respeito, relevante destacar a perspectiva de Villey:

Aristóteles conhece os limites da mente humana, da condição humana: “a cada campo de conhecimento seu grau de certeza.” Reconheceu os limites da ciência do direito natural, que apenas chega a conhecimentos sempre vagos e provisórios, inadaptados às necessidades práticas dos juristas; mas reconhece igualmente bem os limites das leis escritas e conclui que não se pode atribuir-lhes valor absoluto, nem autoridade soberana. (2014, 64)

A inversão da perspectiva aristotélica acerca da justiça, conforme esclarece Villey, passa pela gradual consolidação da ideia de direito subjetivo individual, cujos contornos preliminares foram traçados por Guilherme de Ockham, ao final da Idade Média. O pensamento medieval, especialmente em Tomás de Aquino, manteve o método da descoberta das soluções jurídicas segundo a observação da natureza e da ordem dela emanada, enquanto o nominalismo adotado por Ockham, passando a considerar todas as coisas a partir do indivíduo, levou a ciência jurídica a buscar a construção do direito segundo a observância de três aspectos elementares apontados por Villey, quais sejam, “as qualidades jurídicas do indivíduo, a extensão de suas faculdades e de seus direitos individuais” (2019, 333). Como consequência, o primado da lei positiva, onde estes direitos podem ser descritos e, em tese, assegurados, ganha destaque, culminando na transformação operada na Idade Moderna.

Demais disso, os alicerces essenciais à construção da ideia de justiça, anteriormente fundados na natural sociabilidade humana, colimando a necessidade de construção de regras compatíveis, capazes de manter a harmonia social e promover o bem comum,

começam a ser desconstruídos a partir de Maquiavel (2015), ao optar pela visão do homem como um ser essencialmente mau. Em consequência, salientam Naucke e Harzer (2008), não mais se pergunta ao homem como deveria ser o Estado e a ordem jurídica, do contrário, vislumbra-se o ser humano inserido no contexto de sua época, questionando como o homem e suas relações deveriam ser concebidos dentro desta realidade. O elemento metafísico é posto de lado, ditando-se o *dever ser* a partir da constatação da realidade, apartados da preocupação com valores transcendentais, não interessando a forma do Estado e o respaldo para a admissão da coercibilidade do direito, mas exclusivamente a força do Estado e do próprio direito.

O realismo segue adiante com o *Leviatã* de Hobbes (2009), traçando os contornos firmes de uma teoria do direito onde se reconhece a necessidade da força do Estado e das leis como forma de regatar o ser humano da brutalidade do estado de natureza. Por conseguinte, não se questiona acerca da justiça do direito estabelecido, pois a submissão ao *Leviatã*, impreterível à sobrevivência do ser humano, traz implícita uma declaração de aquiescência espontânea com a legislação estatal. O realismo jurídico, portanto, vê no direito um meio para o estabelecimento e a manutenção da ordem, abrindo o caminho para o desenvolvimento de um positivismo jurídico onde o direito, como instrumento indispensável à manutenção da paz social, seria justo por si mesmo. Em Hobbes, segundo Villey (2019), desaparecem a justiça distributiva e a justiça comutativa naturais, pois cessam as ideias de *meu* e *seu* naturais, restando como única regra derivada do direito natural aquela que proíbe o rompimento dos pactos. Nas palavras de Hobbes:

[...] injustiça e injúria, nas controvérsias do mundo, são aquilo que, nas disputas escolásticas, é chamado de absurdo. Tal como os escolásticos é absurdo contradizer o que inicialmente foi sustentado, no mundo é injustiça e injúria desfazer, voluntariamente, o que havia sido feitos anteriormente. [...] E essas palavras ou ações são os vínculos mediante as quais os homens ficam vinculados, e obrigados, vínculos que não vem de sua própria natureza [...], mas do medo de alguma consequência ruim da ruptura. (2009, 99)

A originalidade de Hobbes, complementa Villey (2019), reside no fato de ter logrado construir, a partir da natureza, mas não deduzida dela, uma estrutura capaz de gerar soluções jurídicas. De fato, a natureza é o fundamento do qual parte a concepção hobbesiana acerca da necessidade da autoridade estatal (Hobbes, 1999), pois nela se encontra a liberdade humana e a certeza racional acerca da necessidade da autopreservação e da conseqüente construção da paz, obtida por meio da renúncia ao exercício ilimitado das prerrogativas decorrentes da liberdade, em prol da segurança e da proteção da própria vida.

Observada sob o prisma da política e, em especial, considerando o momento histórico quando o *Leviatã* de Hobbes surge, é possível atestar a coerência da proposta, pois o gradual fortalecimento do Estado-nação correspondia à alteração do paradigma constitucional das estruturas políticas da época. No entanto, analisada sob a ótica do Direito, os desdobramentos surgidos deste contexto embaciaram paulatinamente a ideia de justiça, máxime por se atrelar ao ideal da racionalidade científica, atribuindo o privilégio de estabelecer os limites entre o justo e o injusto exclusividade à razão humana.

PÓS-POSITIVISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O MÉTODO DO DIREITO NATURAL DE MICHEL VILLEY

O Direito possui intrínseca relação com a sociedade, nela surgindo como forma de ordenação da convivência humana (Lumia 2003). É igualmente em função da sociedade que o Direito se transforma, tendo em vista a alternância das demandas presentes

no contexto das relações estabelecidas. Os direitos fundamentais compõem este mesmo quadro, muito embora tenham surgido de um processo histórico peculiar, fruto das transformações decorrentes da urgência na adequação das relações entre o Estado e

a sociedade civil, em especial a partir da Revolução Francesa (1789). Por isso mesmo, observa Bobbio (1992, 33) que tais direitos “são direitos do homem histórico”, implicando no reconhecimento da existência de direitos considerados naturais, atribuíveis aos indivíduos em decorrência do fato de pertencerem à espécie humana.

Considerando o transcurso da história do Direito, é possível notar a correlação entre os fundamentos filosóficos em voga na sociedade, com o advento da modernidade, e o paulatino abandono do Direito Natural clássico, emergindo não apenas a ideia de direitos subjetivos, mas a noção da vigência de direitos naturais decorrentes da qualidade humana. O fortalecimento do Direito Positivo, ademais, agregou ao reconhecimento desses direitos naturais a necessidade da correspondente positivação em um documento formal escrito, passando as Constituições a exercerem a função de guardar junto aos seus termos o rol dos direitos fundamentais, como elementos basilares da ordem jurídico constitucional em vigor³. A movimentação da história em torno deste processo, onde liberdade e igualdade foram os lemas centrais em seu nascedouro, passou a preconizar a universalidade, decorrente da fraternidade, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Como consequência, constata Bobbio (1992), desencadeia-se o processo de multiplicação destes direitos, tanto no âmbito interno dos Estados, como em escala mundial, passando o homem a ser considerado segundo suas especificidades e não mais como ser abstrato.

Malgrado a distinção quanto ao alcance e à nomenclatura, denominando-se fundamentais os direitos reconhecidos e positivados pelas Constituições dos Estados e Humanos aqueles constantes dos documentos normativos firmados na esfera internacional, ambos são fruto de um mesmo desencadear histórico, iniciado com a contestação do poder absoluto do Estado e transplantado para a esfera externa, especialmente após as duas Grandes Guerras Mundiais. Por conseguinte, consoante Facchi, “à tradicional instância de proteção das liberdades,

soma-se, com igual dignidade, o compromisso de um melhoramento das condições de vida da população do mundo” (2011, 133).

No entanto, sob a perspectiva de Villey (2019), o problema destes direitos, a despeito da sua reconhecida relevância e independente do respectivo âmbito de atuação, refere-se à problemática típica do positivismo jurídico, onde a formalística normativa, uma vez afastada dos aspectos valorativos na construção do Direito, mantém em eterna suspensão a questão da justiça. Para Villey, os direitos do homem são irrealis, por prometerem demais, bem como ideias, posto provenientes da esfera do jusnaturalismo moderno e construídos segundo os parâmetros do Direito Positivo, terminando por servir como plataforma política. Para o autor, ademais, a irrealidade destes direitos pode ser notada na indeterminação que os cerca, assim como na inconsistência, pois as promessas feitas, como a de liberdade, não dizem nada a respeito do alcance ou dos correspondentes limites do direito estabelecido.

A problemática referente aos direitos fundamentais, embora sob uma roupagem diversa da proposta por Villey, é objeto de atenção de outros autores, especialmente preocupados com os desgastes advindos da estrutura tradicional do Direito Positivo. Uma vez localizados nos alicerces fundantes da ordem constitucional, a questão em torno destes direitos procura reconhecer sua força normativa a partir da própria normatividade atribuída à Constituição. Konrad Hesse (1991) afirma a força normativa da Constituição deduzida da correlata vontade normativa de Constituição, ao reconhecer nela uma forma jurídica apta a formar e modificar a realidade do Estado. Por seu turno, Alexy (2008) assevera que normas de direitos fundamentais são aquelas enunciadas como tais no texto de uma Constituição, derivando daí sua qualidade de direito subjetivo e seu respectivo poder coercitivo. Entretanto, considerando a vagueza dos enunciados relativos aos direitos fundamentais, Alexy acrescenta ao contexto de sua análise a necessidade de considerar os conceitos de regra e princípio, destacando serem ambos normas por ditarem o *dever ser*, de modo que a

³ “Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo neste sentido não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (Sarlet 2007, 67).

distinção entre eles é uma distinção entre duas espécies de normas. Assim, embora direitos fundamentais possam ser enumerados no corpo da Constituição sob a forma de princípio, possuem inquestionável força normativa.

De todo modo, porém, as abordagens calcadas na força da Constituição enquanto norma jurídica mantêm o pressuposto da normatividade juspositiva como condição inarredável para o reconhecimento destes direitos, prevalecendo a necessidade de uma dedução “racional” a respeito do seu alcance, segundo parâmetros encontrados no arcabouço do ordenamento jurídico. Recorde-se que consoante Villey (2019), na acepção clássica do Direito, o justo é extraído de um composto formado pela observância do comportamento da natureza, bem como da estrutura normativa dela deduzida, trabalhada segundo a prudência dos responsáveis por atribuir a cada um aquilo que lhe é de direito. Deste modo, consoante as palavras do autor abaixo transcritas, o aparecimento dos direitos inerentes ao ser humano atestou a decomposição do conceito de direito:

Seu advento foi correlato do eclipse ou da perversão, na filosofia moderna individualista, da ideia de justiça e de seu instrumento, a jurisprudência. Ela tinha por finalidade a mensuração das justas relações. Essa arte autônoma cumpria uma função própria, insubstituível. As filosofias da Europa moderna deixaram-na de lado. O cuidado de uma justa *repartição* desapareceu de suas obras. (Villey, 2019, 163)

Sob o enfoque villeyano, portanto, as reconfigurações presentes na perspectiva pós-positivista, com a visão acerca da necessidade de ampliação do contexto dos direitos fundamentais, a partir de um esforço interpretativo das normas constitucionais⁴, esbarram na problemática advinda da estrutura jurídica construída segundo o modelo proposto pela modernidade. Referido modelo, privilegiando a racionalidade humana e a correlata capacidade de nela buscar os fundamentos metafísicos do direito, deferiu à natureza

humana, em detrimento da natureza das coisas, a lógica conformativa dos direitos fundamentais, elevados à categoria de normas de natureza constitucional. Entre os desdobramentos daí decorrentes pode ser citado o ativismo judicial, que segundo Viaro (2017) corresponde a um termo cunhado na doutrina norteamericana, no trabalho desenvolvido por Arthur Shlesinger, em 1947, possuindo duas acepções diversas, uma positiva, indicando a proatividade do juiz no sentido de atribuir validade às normas constitucionais, e outra negativa, quando a atuação do julgador, sob o argumento da necessidade de conferir esta mesma validade às previsões de natureza constitucional, termina por ultrapassar os limites da função jurisdicional.

Não cabendo no escopo deste ensaio desenvolver a questão do ativismo judicial, sua menção presta-se a exemplificar a extensão das tribulações em torno da busca por novas formas de fundamentação do Direito, pois sendo ele um fato social inconcebível fora do contexto da sociedade, sua presença simboliza um aparato da cultura humana voltado à obtenção da pacificação do convívio social. Diante, pois, das questões trazidas à tona pelo pós-positivismo, é possível questionar se a conformação jurídico-institucional vigente demonstra-se apta a acolher o método do direito natural apresentado por Villey.

Conforme observado acima, para Villey os direitos humanos são irreais e puramente ideias. Em contrapartida, a atualidade pós-positivista abarca teorias dos direitos fundamentais pautadas pelo escopo de ampliar a efetividade destes direitos, a partir da primazia atribuída às normas constitucionais como elementos norteadores dos espaços normativos observados no âmbito do ordenamento jurídico. Resulta, pois, a necessidade de encontrar alicerces interpretativos capazes de produzir justiça de modo imparcial e coerente.

Assentindo com a perspectiva de Villey quanto à irrealidade e idealidade dos direitos do homem,

⁴ “El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, que parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países de América Latina. [...] Como corriente jurídica, se halla en pleno proceso de conformación y consolidación. Su origen histórico más inmediato puede hallarse en las valiosas elaboraciones jurisprudenciales del tribunal constitucional alemán, en los primeros años de labor jurisprudencial, luego de la sanción de la llamada ley de Bonn.” (Gorra 2019, 43)

especialmente diante do afastamento dos fundamentos propostos pela ideia de lei natural encontrada em Aristóteles, no Direito Romano e em Tomás de Aquino, permanece o dilema da efetividade destes direitos vigentes na atualidade, pois a reconstrução do ideal da justiça não mais se apoia no primado *jus suum cuique tribuere* “atribuir a cada qual o seu *jus*” (Villey 2019, 75). Isto porque, o método interpretativo derivado de Aristóteles e reproduzido no Direito Romano demonstra, consoante as lições traçadas por Villey a “tentativa de encontrar regras que manifestem a justiça e a coerência das soluções, mas desconfiança em relação às regras, que jamais atingem o justo e não devem ser confundidas com o *direito*” (2019, 73). Embora a racionalidade humana seja relevante neste processo interpretativo, ela se curva diante do primado da natureza, mesmo porque, observa Villey “essa ciência do direito não é concentrada no indivíduo. Não o considera isolado numa ilha. Herdeira da filosofia realista da Antiguidade, ela encara o indivíduo tal como é situado, dentro de um grupo” (2019, 79).

Villey, portanto, não se posta contra a presença de direitos atribuíveis aos seres humanos, mas contra a forma como são estruturados e seus respectivos fundamentos jusfilosóficos. O individualismo exacerbado, ao se afastar da questão da virtude como esteio da justiça e do direito, exalta soluções que, antes de se apresentarem como fomento à pacificação social e à distribuição equânime de prerrogativas, enseja discordâncias, dada a subjetividade observada na conformação dos parâmetros utilizados para a construção e a interpretação dos direitos fundamentais. Destaque-se, ademais, consoante menção feita por Brochado, que a felicidade em Aristóteles se refere à felicidade ética e não física, definida como “a plena realização da *natureza* humana ao atualizar sua capacidade inata de alcançar o próprio fim”, que deve

estar de acordo com a sua mais alta virtude” (2021, 37).

Nesse sentido, cumpre não descurar do fato de que a proposta de Villey, conforme se buscou demonstrar ao longo deste ensaio, não cuida de uma construção moralista do Direito, mas de um direito derivado da justiça, cujo esteio encontra-se na ideia da virtude. Encontrar o direito de cada um reclama, pois, praticar a justiça como virtude mais elevada, pois a justiça encerra, nas palavras de Aristóteles:

a virtude *perfeita*, ainda que com relação aos outros [e não no absoluto]. Eis porque a justiça é considerada frequentemente *a melhor das virtudes*, não sendo nem a estrela vespertina nem a matutina tão admiráveis, de modo que dispomos do provérbio: *Na justiça está toda a virtude somada*. (2014, 182)

Isto posto, trilhar o caminho do método do direito natural demonstrado por Villey implica somar aos esforços do pós-positivismo uma retomada das virtudes enquanto valores relevantes no âmbito da sociedade. Segundo Tomás de Aquino “a correção da ação humana não pode existir se ela não estiver ordenada em todas as suas circunstâncias, em conformidade com o modo que lhe é devido” (2013, 72). Não se trata de abandonar as construções normativas, pois mesmo na estrutura jurídica antiga vigia o direito posto pelo homem, muito embora sua referência maior se encontrasse no primado lógico da natureza, transcendente à efêmera existência humana. Por conseguinte, conforme observa Villey (2019), depreende-se da filosofia aristotélica que na natureza dos seres vivos há bem mais do que são estes presentemente, pois encontra-se nesta natureza aquilo que tais seres estão destinados a ser em sua realização plena, seu fim, identificável, igualmente, com a sua felicidade.

CONCLUSÃO

O surgimento do denominado pós-positivismo, aduz Almeida (2012), possui em seu nascedouro dois momentos essenciais, o primeiro deles decorrente do trabalho de Gustav Radbruch contra o positivismo

jurídico, após a Segunda Guerra Mundial, pois referido autor associava à rigidez normativa do positivismo a viabilização das regras do regime nazista e o segundo, do debate entre Hebert Hart e Ronald Dworkin, em

meados do século XX. Ainda segundo Almeida (2012), o pós-positivismo, preconizando o relaxamento do rigor normativo do positivismo jurídico, por meio da utilização de um escopo moral, possui estreito vínculo com o neoconstitucionalismo, posto que os direitos fundamentais, integrando o alicerce da Constituição, são otimizados como elementos estruturantes de todos os ramos do Direito.

As questões em torno da instituição do Direito, assim como da dinâmica dos direitos fundamentais, são objeto de atenção de Villey ao explorar o método do Direito Natural extraído da Antiguidade, especialmente da teoria aristotélica sobre a justiça e o direito. Deste modo, o presente ensaio teve por objetivo verificar de que maneira o método do Direito Natural trabalhado por Michel Villey contribui para a redescoberta do Direito no âmbito do pós-positivismo. A primeira parte do estudo, portanto, cuidou do método em questão, fundamentado nos ensinamentos de Aristóteles, enquanto a segunda procurou cotejar referida perspectiva com a problemática levantada pelo pós-positivismo acerca da fundamentação do direito, máxime, dos direitos fundamentais.

Situando o nascedouro do direito na descoberta da justiça aplicável às situações observadas, Villey (2019) considera que os direitos humanos são irreais e ideais. Irreais por se perderem em um rol

de promessas irrealizáveis e ideais por se atrelarem à volúvel renovação das ideologias praticadas na sociedade. O direito natural clássico, por seu turno, propondo um método onde a justiça representa a virtude mais elevada, a ser buscada como justa medida pelos julgadores, não deposita na norma ditada pela autoridade legitimada a capacidade de estabelecer os limites do justo, pois a busca por este se faz a cada demanda, distribuindo equanimemente a cada qual aquilo que lhe for de direito. A jurisprudência romana, assim, é apontada por Villey como adepta do modelo aristotélico, não sendo, por isso, representativa de uma estrutura pautada pelo livre discernimento daqueles aptos a julgar os casos concretos.

A perspectiva de Villey (2019), ademais, não preconiza um direito como sinônimo de moralidade, destacando a separação, embora não estanque, entre ambos os espaços, o da moral e o do direito. Encontrar o direito de cada um, assim, passa por uma elaboração de ordem prática, norteadas pela ideia de virtude, apoiada na transcendência da ordem natural presente no universo. Por conseguinte, entre a rigidez do positivismo jurídico, onde o fundamento do direito se afasta do ideal da justiça, e o abrandamento deste processo, por meio de uma proposta permeada por intensas variáveis, conforme se apresenta o pós-positivismo, resta a coerência de um método onde a compreensão da ideia de virtude desvenda o caminho da justiça.

REFERÊNCIAS

- Alexy, Robert. 2008. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.
- Almeida, Bruno Torrado Amorim. 2012. «Contra o Pós-Positivismo: Breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do Positivismo Jurídico». Revista IDB11: 6455-6506. Acesso em 19 set 2022. https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf
- Aquino, Santo Tomás de. 2013. Onze Lições sobre a Virtude: Comentário ao Segundo Livro da Ética de Aristóteles. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas/SP: Ecclesiae.
- Aristóteles. 2014. Ética a Nicômaco. Tradução de Edson Brini. São Paulo: Edipro.
- Bittar, Eduardo C. B. 2005. A Justiça em Aristóteles. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- Bobbio, Norberto. 2012. A Era dos Direitos. Tradução de Cláudio Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.
- _____. 1995. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone.
- Brochado, Mariah. 2021. Ética e Direito: pelas trilhas do Padre Vaz. Curitiba: Editora CRV.
- Cicco, Cláudio de. 2012. História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva.
- Facchi, Alessandra. 2011. Breve História dos Direitos Humanos. Tradução Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Loyola.
- Gorra, Daniel Gustavo. 2019. Neoconstitucionalismo: Concepción epistemológica. Buenos Aires: Astrea.
- Hesse, Konrad. 1991. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Hobbes, Thomas. 2009. Leviatã ou Matéria, Formas e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret.
- Kelsen, Hans. 1998. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes.
- Lumia, Giuseppe. 2003. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes.
- Maquiavel, Nicolau. 2015. O Príncipe. Tradução de Dominique Makins. Barueri/SP: Novo Século Editora.
- Naucke, Wolfgang e Harzer, Regina. 2008. Filosofía del Derecho. Traducida por Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Astrea.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. 2008. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Viaro, Felipe Albertini Nani. 2017. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. Em Interpretação Constitucional no Brasil. Editado por Renato Siqueira De Pretto, et al. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura.
- Villey, Michel. 2019. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2019. O Direito e os Direitos Humanos. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes.
- _____. 2019. Filosofia do Direito: Definição e fins do Direito. Os meios do Direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes.

LÍMITE A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE ALEXY El caso de la igualdad en Colombia*

LIMIT TO ALEXY'S WEIGHTING THEORY The case of equality in Colombia

LIMITE À TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY O caso da igualdade na Colômbia

*David Mercado Pérez** y Luis Fernando Bermeo Álvarez****

Recibido: 07/X/2022

Aceptado: 23/XI/2022

Resumen

Este trabajo expone una crítica al intento de objetivación del Derecho a partir de los Test de Ponderación de Robert Alexy, mediante un análisis sobre la potencial aplicación de estos, en el Derecho colombiano. Se parte de plantear brevemente el problema, a partir de las consideraciones de Alexy y luego se precisa el carácter paradójico de los derechos fundamentales, para después analizar algunas de las dificultades argumentativas en la aplicación de la igualdad en Colombia. Las conclusiones se concentran en mostrar porqué las particularidades del razonamiento jurídico hacen que la aplicación de estos test no puede eliminar del todo la subjetividad de la decisión judicial.

Palabras clave: Igualdad; Razonamiento; Jurisprudencia; Proporcionalidad; Argumentación

Abstract

This work exposes a criticism of the attempt to objectify the Law from Robert Alexy's Weighting Test, through an analysis of their potential application in Colombian law. It begins by briefly raising the problem, based on Alexy's considerations and then the paradoxical nature of fundamental rights is specified, to later analyze some of the argumentative difficulties in the application of Equality

in Colombia. The conclusions focus on showing why the particularities of legal reasoning mean that the application of these tests cannot eliminate the subjectivity of the judicial decision.

Keywords: Equality; Reasoning; Jurisprudence; Proportionality; Argumentation

Resumo

Este trabalho expõe uma crítica a intenção de objetivação do Direito a partir do Teste de Ponderação de Robert Alexy, mediante uma análise sobre a potencial aplicação destes no direito colombiano. Se parte de plantear brevemente o problema, a partir das considerações de Alexy y logo se aponta o carácter paradoxal dos direitos fundamentais, para depois analisar algumas das dificuldades argumentativas na aplicação da Igualdade na Colômbia. As conclusões se concentram em mostrar porque as particularidades do raciocínio jurídico fazem que a aplicação destes testes, não possam eliminar de seu todo a subjetividade da decisão judicial.

Palavras-chave: Igualdade; Raciocínio; Jurisprudência; Proporcionalidade; Argumentação

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación Los Test de Ponderación y Balanceo en el Derecho Colombiano, desarrollado por los autores como miembros del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional en la Universidad Libre sede Cartagena, Colombia.

** Abogado de la Universidad de Cartagena, Colombia; especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; profesor de planta de Derecho Constitucional colombiano y Teoría Constitucional en la Universidad de Cartagena, con más de cuarenta y seis años de experiencia; investigador y director del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Correo electrónico: davidmercadoperez@yahoo.com

*** Abogado de la Universidad de Cartagena, Colombia; docente de la Institución Universitaria Mayor de Cartagena, Colombia; Magister en Derecho con énfasis en investigación de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia; becario doctoral en Derecho en la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia; investigador del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Correo electrónico: lbermeo@uninorte.edu.co

Cómo citar este artículo: Mercado Pérez, David y Luis Fernando Bermeo Álvarez. 2023. "Límite a la teoría de la ponderación de Alexy. El caso de la igualdad en Colombia". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 55-65.

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hay una pregunta, sin embargo, que ninguna forma de dogmatismo solucionista podrá llegar nunca a resolver. Es la pregunta que La Boétie, en el siglo XVI, consideraba la raíz de toda insubordinación a la servidumbre voluntaria: ¿es esto vivir? Es una pregunta, como él mismo escribía, que está al alcance de cualquiera y que puede aparecer en cualquier contexto de vida. No apela a una objetividad calculable sino a una dignidad que siempre puede ser puesta en cuestión.

Marina Garcés (2017, 58)

Las diferentes propuestas teóricas de Robert Alexy han sido acogidas y criticadas por la comunidad académica jurídica latinoamericana, dada su relevancia para resolver casos relativos a derechos fundamentales, que están muy conectados con los ideales sobre: ¿cómo organizar el Estado? o ¿para qué existen el Estado y el Derecho? En la tradición política latinoamericana la construcción del Estado nación es algo aún muy nuevo, por lo que teorías jurídicas como las de Alexy ayudan a promover y practicar el constitucionalismo sobre la base de la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el concepto de derechos fundamentales no es una invención de juristas, sino de la Filosofía Contractualista que, al afirmar que todas las personas nacen con estos y que el Estado es producto del Contrato Social, creado para que estos se garanticen, constituye estos mismos derechos en naturales. De hecho, en dicho contrato su limitación es voluntad de sus titulares, por lo que las autoridades del Estado sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido y, en consecuencia, los derechos fundamentales son un límite de su poder político (Dippel 2009, 44-45). En este sentido se expresa la misma Constitución colombiana en su artículo 6, consagrando esto como principio:

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, concepciones como las de Alexy, sobre el Derecho, la decisión judicial y las normas jurídicas,

son importantes para ejercitar la argumentación jurídica en un Estado constitucional que se precie de valorar los derechos fundamentales de sus asociados y asociadas. Sin embargo, estas propuestas teóricas, en general, parecen tener una aspiración epistemológica que puede considerarse imposible de alcanzar en la realidad. Al respecto, véanse, por ejemplo, las reflexiones de Alexy al final de su obra Teoría de los derechos fundamentales:

*¿Acaso no debe exigirse siempre la convergencia entre lo que es válido en razón de los derechos fundamentales y lo que puede identificarse como válido? Esta exigencia no expresa nada distinto al postulado de que el operador jurídico debe intentar trabajar siempre sobre la base del conocimiento ideal. [...] Sin embargo, esta espina es el imprescindible tributo que los ideales *iusfundamentales* tienen que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es. (2007, 561-562)*

Para este autor, puede haber objetividad en el Derecho, propiamente en su aplicación, por lo que también puede encontrarse conocimiento objetivo a través de esta práctica social (Guibourg 2019, 22). En tanto, como lo manifiesta Escudero:

Alexy y McCormick consideran que la argumentación jurídica es un discurso práctico sustentado en la veracidad de los hechos y la seguridad de las premisas con las cuales se explican los hechos en relación con las normas (Alexy 1985), (McCormick 1997). (2017, 114)

Esta aparente aspiración de Alexy puede llevar a conclusiones erradas sobre el potencial del razonamiento jurídico y del ejercicio del Derecho respecto

a sus posibilidades como ciencia que pueda lograr conocimiento objetivo, mediante el uso de un método científico. Así mismo, la teoría de la ponderación se convierte, entonces, en el método propio de esta aspiración epistemológica de Alexy, en tanto permite decisiones judiciales más objetivables. De ahí que la ponderación tenga, en la propuesta de este autor, varios pasos y juicios indispensables para lograr el resultado más justo en cada caso (Alexy 2007, 297). Sin embargo, una interpretación más caritativa con los planteamientos del autor sería: que sus propuestas apuntan a afirmar la racionalidad del razonamiento jurídico (Sieckmann 2014), más no a eliminar del todo la subjetividad de la decisión judicial. En este sentido se expresa Espinosa:

En definitiva, para Alexy, es posible hacer juicios racionales y razonables a través del análisis de la estructura de la ponderación estableciendo grados de intensidad e importancia en los principios que entran en colisión, en contraposición a opiniones como las de Habermas, García Amado y Schlink que sostienen

que la ponderación es arbitraria, excesiva e irracional. (2017, 23)

En este contexto, en adelante se criticará esta aparente aspiración, poco reflexionada, sobre la posibilidad de eliminar del todo la subjetividad del razonamiento jurídico y así lograr conocimientos objetivos por medio del Derecho; especialmente mediante la teoría de la ponderación de Alexy, usando un análisis sobre la potencial aplicación del derecho a la igualdad en Colombia, como derecho fundamental. Para esto, metodológicamente, se hará uso de un análisis sobre algunas características esenciales del lenguaje jurídico y del Derecho en sí mismo, a partir de la bibliografía escogida sobre el problema referenciado.

Posteriormente, se expondrá un estudio de caso para comparar los planteamientos teóricos de Alexy, antes señalados, en el contexto de la aplicación del Derecho colombiano por parte de un Tribunal en el norte del país, en dos casos puntuales. Por último, se presentarán las conclusiones.

EL LENGUAJE PARADÓJICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde que nacieron las primeras constituciones liberales se constató que el lenguaje de la Filosofía y del Derecho sobre los valores jurídico-políticos fundamentales, no es del todo compatible. En efecto, aún positivizados, las normas que contienen derechos fundamentales carecen de supuesto jurídico y sin este, la norma no sirve para solucionar caso o problema jurídico alguno. Al adaptar el lenguaje filosófico contractualista al jurídico, el Derecho ha debido apelar a muchos artilugios que le permitan aplicar la teoría contractualista como si fuese una creación jurídica. Así, el concepto filosófico de libertad se convirtió en derecho a la libertad cuando se lo organizó en grupos, tales como las libertades físicas, espirituales, económicas, entre otras. Para ilustrar lo anterior, cabe la metáfora del Derecho como Rey Midas, utilizada por autores de la Filosofía del Derecho: todo lo que toca, lo vuelve jurídico (Martínez 1992; Bermeo y Ruiz 2018, 163); en especial a través la interpretación jurídica (Núñez 2022, 78).

Aun así, esta segmentación siguió careciendo de supuesto jurídico y, lo que es peor, el lenguaje jurídico tuvo que pagar un alto precio: el de generar paradojas (De Asís 2000). Además, este fenómeno históricamente ha pasado por tres fases: generalización, positivación e internacionalización. La primera va de la mano de la expansión de la ideología liberal; la segunda, del hecho político de que los nuevos Estados liberales adoptaron Constituciones escritas donde estos figuraban; y la tercera, con los Juicios de Núremberg, donde se juzgó y condenó a los criminales de guerra nazis.

A partir de lo anterior se puede afirmar que la existencia de paradojas en el lenguaje jurídico es inevitable (Lowenstein 1976). Sobre todo, porque el Derecho, desde la propia época romana antigua, ha sido considerado como un ámbito de la vida social relativo a lo sagrado o, mejor, como una forma de religión, por lo que fue considerado más bien como *tekné* (técnica, en griego) o *ars* (arte, en latín), como cualquier religión.

El uso de su lenguaje genera paradojas, en tanto que los lenguajes de base religiosa parten de postulados para justificar el discurso religioso, toda vez que son imposibles de demostrar por estar basados en sentimientos e ideales.

Lo antes expuesto lleva a una constatación: las religiones parten de consideraciones que se asumen como verdades, pero que son indemostrables. Son, por esto, auténticos elementos mitológicos (Schiaivone 2012). No obstante, estas irracionalidades son necesarias porque sobre ellas se elabora la racionalidad del Corpus Fides religioso. Y, en lo que al Derecho compete, se plasman como principios que adoptan la forma de enunciados razonables, sin los cuales es imposible la interpretación jurídica (Viehweg 1997, 15-22).

En este contexto, el citado Rafael De Asís (2000), apoyándose en la obra del profesor Umberto Cerroni, muestra ocho paradojas observables en la historia de los derechos fundamentales, que inciden sobre su práctica *iusfilosófica* y jurídica, inevitablemente:

- a) La paradoja del siervo: en tanto que, si se hace diferencia entre señores y vasallos, los derechos fundamentales no son universales.
- b) La paradoja del patrón: porque si los contractualistas afirman que la propiedad nace del trabajo: ¿cómo es que sus trabajadores nunca se convierten en propietarios?
- c) La paradoja de la tolerancia: porque para Locke y para la primera generación de contractualistas, la libertad de religión representaba el deber de creer en Dios; por lo que esa libertad solo era para escoger una confesión religiosa. Así, los ateos, los agnósticos y los no cristianos, quedaban excluidos.

- d) La paradoja de los derechos coloreados: en tanto que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y la Declaración de los Derechos del Hombre hicieron excepciones, por motivos raciales.
- e) La paradoja del Estado de derecho: porque esta figura originalmente se entendió como igualdad ante la Ley, por parte de la ciudadanía; pero nunca para que ésta decidiera sobre las leyes, por lo que la idea de democracia estaba desconectada de la de Estado de derecho (Fioravanti 2011, 163).
- f) La paradoja machista de los derechos fundamentales: porque el liberalismo mantuvo a las mujeres como no personas; es decir, sin titularidad de derechos, hasta el siglo XX.
- g) La paradoja del sufragio restringido: en tanto solo podían votar los que tenían renta o patrimonio.
- h) La paradoja de la autodecisión de los pueblos: porque en la Declaración Universal de 1948 se creó un status especial para Israel, Palestina y otros Estados, cuando la Organización de las Naciones Unidas dijo que: “Todos los pueblos tienen derecho a decidir por sí mismos sólo si están liberados” (De Asís 2000, 47). Esto equivale a afirmar que el principio de autodeterminación de los pueblos depende de quién los colonice.

En este sentido, De Asís Roig va incluso más allá y expone tres tipos de paradojas en el enunciado: los derechos fundamentales son un límite del poder; así: i) la del limitado límite, ii) la del límite delimitado y iii) la del limitador limitado, que a su vez comprenden otras (De Asís 2000)¹. Solo en la primera están las paradojas de positivización, internacionalización, regreso al infinito y disenso, que, por estar más allá del problema de este trabajo, no serán abordadas.

LA ARGUMENTACIÓN EN DERECHO: EL CASO DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN COLOMBIA

Obsérvese con lo dicho hasta aquí, un análisis con respecto al tratamiento jurídico del derecho a la igualdad en Colombia, como derecho fundamental,

expresado en la propia Constitución. Este derecho puede ser abordado desde varias pantallas del conocimiento o marcos de precomprensión o de referencia,

¹ La dificultad para entender esto ha llevado a que algunos *iusfilósofos* y teóricos enmarquen el Derecho dentro de límites reduccionistas de un único punto de vista, que solo tiene sentido si este se asume en forma dogmática.

integrados por una red de valores culturales, sociales y políticos; por lo que se partirá de los siguientes presupuestos para dicho análisis: i) existe una relación entre Derecho y poder, ii) el poder es el fundamento de la validez del Derecho y, iii) el Derecho es una racionalización del poder (García 2014, 100-118). Teniendo en cuenta esto, véase el art. 13 de la Constitución Política de Colombia:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De la lectura de esta norma se desprende la pregunta: ¿qué se puede entender por igualdad, según este artículo? Para responder a esta pregunta, el tratadista español Francisco Rubio Llorente dijo, hace años, que:

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad.

La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad. (1993, 640)

Más aún, el mismo Rubio Llorente profundiza sobre este punto incluyendo el concepto de *tertium comparationis*², así:

Toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos, y ello con absoluta independencia de que el *tertium comparationis* obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.). (1991, 13)

De este modo, cualquier juicio de igualdad parte de la desigualdad o, lo que es lo mismo, de la no identidad.

Luego, ¿cómo aplicar la igualdad?

Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará ahora: ¿cómo aplicar este derecho fundamental colombiano? Para ello, se debe tener en cuenta que la aplicación del derecho a la igualdad es siempre muy problemática porque, como se dijo, este carece de supuesto jurídico y es de estructura semántica absolutamente irreducible; en tanto no se puede disminuir la extensión del concepto y aumentar su comprensión. Cuanto más se delimite el concepto de igualdad, se creará más desigualdad, conceptualmente hablando, al dejar más elementos por fuera de este concepto, paradójicamente. ¿Cómo, entonces, determinar la aplicación de la igualdad como principio o establecer la violación del derecho a la igualdad? Una respuesta a esta pregunta se puede dar, declarando la filosofía que subyace al

² Este concepto fue doctrinariamente desarrollado por el Alemán Peter Häberle, como desarrollo filosófico de la Constitución alemana de 1949. Aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-422/1992: “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los ‘términos de comparación’. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad”.

mencionado artículo 13 y dividiéndolo en cuatro mandatos más específicos, como propone Bernal:

(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, siendo las similitudes más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes [...]. (2002, 51-52)

En este sentido, para este autor los problemas interpretativos se encuentran en el tercer y cuarto mandato (2002) de este artículo. Son estos dos mandatos, precisamente, los que le dan vida a la definición del principio de la igualdad en la Constitución Colombiana o, en palabras de Bernal:

El artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su primer inciso y, en sus incisos 2 y 3, el mandato de trato diferenciado. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario equivale a la prohibición de discriminación –correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho–, el mandato de trato diferenciado es sinónimo del deber de “promoción” y de “protección” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado. (2002, 53)

Aun así, estos mandatos están llenos de indeterminación y vaguedad al no incorporar definiciones, por ejemplo: ¿qué significa trato diferenciado?, ¿cuándo ese trato diferenciado es discriminatorio o no? o ¿cuándo se da un trato paritario entre diferentes? Tal vaguedad e indeterminación se debe a que los derechos fundamentales no pueden ser reglas, sino principios. Por ello, siguiendo a Alexy, los principios son entendidos como mandatos de optimización que imponen su desarrollo, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy 2002, 95). A su vez, el mismo autor manifiesta que:

Las posibilidades fácticas dependen de cursos de acción alternativos. Si no es necesaria la limitación de un derecho fundamental para alcanzar los objetivos del legislador, especialmente si hay medios aptos para alcanzar dichos objetivos que interfieran menos intensamente con el derecho en mención, entonces hay una posibilidad fáctica mayor de realización de este derecho y la delimitación queda prohibida por el principio que está en la base del derecho. Las posibilidades jurídicas de la realización, además de depender de reglas jurídicas, están determinadas esencialmente por medio de otros principios opuestos. Estos pueden ser bienes jurídicos individuales o colectivos. [...]

En la determinación, tanto de las condiciones fácticas como de las jurídicas, el Derecho constitucional posee *vis* Jurídica o fuerza por sí mismo. Esta es la razón para concebir a los derechos fundamentales como derechos *prima facie*, esto es, como derechos basados en principios. Si seguimos esta propuesta, la aplicación de un derecho es algo más que la mera subsunción de un caso en una regla, es un proceso de ponderación o balanceo. (Alexy 1994, 43-44)

Este método de resolución de casos generalmente implica el conflicto o tensión entre dos o más principios, o conflicto entre derechos fundamentales y la facultad legislativa del Congreso (Alexy 2007, 563); ponderación justificada por lo relativo de todos los principios; es decir, que ninguno es absoluto y que todos son derrotables. Con respecto al derecho a la igualdad, es este el problema fundamental, según lo analizado por David Mercado:

la expedición de legislación busca, al menos en teoría el logro de un fin constitucionalmente aceptable; pero a veces la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. Una respuesta legalista le daría prioridad absoluta a la Ley en virtud del principio democrático, una respuesta constitucionalista sería dar primacía a los derechos por razón de la supremacía de la Constitución. La dificultad con ambas soluciones está en que las dos son parcialmente correctas, por lo que para acomodar estos intereses en choque se debe ponderar la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado. (2009, 74)

Por ello, al ser paradójico el lenguaje de los derechos fundamentales y su asimilación por el Derecho, teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, la doctrina constitucional ha adoptado dos posibles respuestas al problema planteado; esto es: ¿cómo aplicar este tipo de normas a casos concretos? La primera se gestó en el Tribunal Constitucional Alemán y la segunda en la Suprema Corte de Estados Unidos, en desarrollo de la cláusula *equal protection*. Ambas consisten en un proceso argumentativo que trata de objetivar la decisión judicial, comparando las normas jurídicas aplicables al caso con las circunstancias fácticas del mismo; pero en ambas, la interpretación de las normas y la construcción narrativa del caso son operaciones subjetivas, que pueden variar según cada operador judicial.

La primera se relaciona con el antes mencionado *tertium comparationis*, descrito por Peter Habermas, (2019) y la segunda, con el juicio de proporcionalidad en sus diferentes versiones: débil, estricto e intermedio (Echeverría y Mercado 2015, 216-9). Sin embargo, lo sorprendente es que la escogencia del test predetermina la decisión (Echeverría y Mercado 2015, 223); por lo que, en últimas, por mucho que se intente eliminar la subjetividad de la decisión judicial, esto es imposible. Más aun tratándose de decisiones relativas a derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad de la Constitución colombiana, por ser estos, en sí mismos, valores filosófico-políticos; lo cual elimina la posibilidad de objetividad en su aplicación, porque

el operador judicial siempre deberá interpretarlos frente al caso concreto, a partir de su precomprensión hermeneútica.

Precisamente, la fuente principal de casos de la que se nutre el jurista alemán para plantear su teoría de los derechos fundamentales es la jurisprudencia alemana (Alexy 2009, 31; Alexy 2007, 22), por lo que esta no puede escapar a las características del lenguaje y razonamiento jurídico aquí expresadas, si de verdad aspira a tener un potencial ampliamente explicativo sobre cómo decidir en Derecho.

A su vez, otra premisa clave para criticar la mencionada aparente aspiración epistemológica de las propuestas teóricas de Alexy, como la ponderación, el juicio de proporcionalidad y la fórmula del peso, es la concepción según la cual: el ejercicio del Derecho está plagado de incertidumbre (Frank 2001, 136-137). Esto es muy fácil de constatar para alguien que ejerce el Derecho en cualquier sistema jurídico. En este contexto, como se mencionó en la introducción de este trabajo, conviene ahora estudiar un caso concreto y comparar los aspectos señalados de la teoría de Alexy, mediante la técnica de estudio de casos. Se ofrece aquí un ejemplo de un caso que se dio en Colombia y con el que los autores tuvieron contacto de primera mano y en el que la incertidumbre jurídica se expresó con mucha claridad: el caso de los guardias de un hospital público, en el norte de este país.

EL CASO DE LOS GUARDIAS DE UN HOSPITAL EN EL NORTE DE COLOMBIA: ESTUDIO DE CASO

Colombia es un país de regiones, dividido administrativamente en Departamentos y Municipios (ciudades o pueblos, grandes o pequeños), de forma general. En uno de estos municipios, al norte del país, un ciudadano prestaba sus servicios personales como guardia de seguridad en un hospital público, junto con otros compañeros que ejercían la misma actividad. Cada año recibían un contrato nuevo, de carácter civil y no laboral, que duraba un año completo; así habían completado tres años de trabajo continuo. Sin

embargo, un día el hospital decidió no renovar más sus contratos, dándolos por terminados por el cumplimiento del tiempo pactado de un año (término), sin que hubiera lugar a indemnización.

Ante esta situación, el ciudadano y otro compañero decidieron presentar una demanda ante los juzgados para que se reconociera que ambos habían sido trabajadores del Estado y no solo contratistas, lo que implicaba una indemnización por la terminación

unilateral del contrato, que debía considerarse como de carácter laboral y no simplemente civil. Ambos estaban en la misma situación. Las demandas individuales se presentaron con seis meses de diferencia entre uno y otro; pero, más allá de esto, los resultados judiciales fueron diferentes.

En el caso del primer trabajador que demandó, el tribunal al que correspondió el caso en segunda instancia, consideró que los contratos que había suscrito el hospital eran prueba de la mala fe del Estado en esta contratación, sin dar mayores razones para considerarlo así, por lo que condenó a este último a pagar la indemnización correspondiente a favor del trabajador. Sin embargo, solo cinco meses después, el mismo tribunal, también en segunda instancia, consideró, en el caso del otro trabajador, que los contratos que había suscrito el hospital con él, eran prueba de la buena fe del Estado; por lo que negó la indemnización a este trabajador, igualmente, sin ofrecer mayores explicaciones sobre por qué valorar la misma prueba de esa manera. Luego, ¿cómo es que una misma prueba puede valorarse de forma diametralmente opuesta en un caso igual?

En este ejemplo, no hubo circunstancias normativas diferentes que afectaran la segunda decisión; es decir, no hubo ni cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (última instancia en estos casos), ni cambios en las leyes sobre la materia, ni mucho menos una reforma constitucional. Entonces, ¿cómo se entiende esta diferencia de criterio jurídico de un mismo operador judicial frente a casos prácticamente iguales?

La clave para esto está en la caracterización del razonamiento jurídico como uno de tipo abductivo, que va de caso a caso y que no puede eliminar del todo la subjetividad. Aquí es importante, además, caracterizar al Derecho mismo como un arte de resolución de problemas (Theodor Viehweg 1997), más que como una ciencia. En este contexto, la decisión judicial está marcada por la precomprensión hermenéutica que tengan jueces y juezas, en tanto la cultura de una sociedad determina los valores con los que se toman las decisiones sociales; por lo que el Derecho, al ser también

un producto cultural, está incluido en esta afectación ideológica en su aplicación (Mercado, 2009). Para David Mercado:

En esta Precomprensión está la matriz del Derecho, entendido como de origen Pretoriano o Jurisprudencial. Al respecto, no existen ni reglas ni leyes que obliguen a 'Pre-Comprender' de cierta forma u otra. Ningún operador jurídico está obligado a aceptar mecánicamente la valoración de la mayor o menor relevancia de los 'Hechos' que otro hubiese efectuado. Los HECHOS, que son los que posibilitan la búsqueda de 'Semejanzas' y 'Diferencias' que conforman el precedente y el nuevo caso, no son realidades ontológicas sino reconstrucciones interpretativas del pasado que solo son posibles cuando se 'valoran' las pruebas, es decir, cuando se interpretan. (2009, 40-41)

Quienes deben aplicar el Derecho también hacen parte de la misma sociedad y, por lo tanto, de la cultura, por lo que es imposible escapar de estos condicionantes interpretativos. En este sentido, estos valores culturales que se expresan en el Derecho se convierten en lugares comunes, con los que se resuelven los casos, también llamados *topois* (valores) y *ceteis* (principios) por Viehweg, que luego son expresados en sentencias como argumentos normativos (Sieckmann 2014, 205). Si esto es así: ¿qué sentido tiene aspirar a un conocimiento ideal en la decisión judicial, si eso es inalcanzable? Cualquier propuesta teórica sobre el Derecho, que aspire a ser lo más precisa en la tarea de resolver problemas jurídicos por parte del Estado, debe siempre tener en cuenta estas características del Derecho y, por ende, también del razonamiento jurídico. De otro modo perderá su potencial como teoría que explique la realidad.

En este sentido, los Test de ponderación de Robert Alexy, aunque son una interesante propuesta teórica, no consideran ni la incertidumbre, ni la precomprensión, ni la subjetividad (del todo) en la decisión judicial, por lo que pierden su potencial explicativo como teoría; quedando, quienes aplican el Derecho, como siempre, determinados por las características de este fenómeno y las del razonamiento jurídico, libres de hacer uso o no de esta propuesta para fundamentar sus decisiones.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el maestro alemán en sus propuestas teóricas considera válido aspirar a alcanzar un conocimiento por medio de la aplicación del Derecho (Alexy 2007). Especialmente mediante la teoría de la ponderación, en tanto aporte como método de resolución de casos sobre derechos fundamentales. Sin embargo, esto es inalcanzable dada la propia caracterización del Derecho como lenguaje y cultura; que lo determinan como una disciplina no científica, que opera con elementos subjetivos como los valores sociales, aunque positivizados en normas jurídicas, mediante el razonamiento jurídico.

Más aún, los derechos fundamentales son paradójicos, en tanto dependen del lenguaje filosófico que los creó en un contexto histórico determinado, por lo que son aspiraciones políticas derrotables en cualquier sistema jurídico. En este sentido, el derecho a la igualdad en el sistema jurídico colombiano es de difícil aplicación, precisamente por las complejidades que trae consigo tratar de conceptualizar qué es la igualdad. De ahí que, la jurisprudencia de diferentes países, y con ello las teorías jurídicas, han tratado de proponer mecanismos para su aplicación, sin esquivar las consecuencias que tiene precisar este concepto, siempre que intentar definirlo implique comprenderlo; por lo que, entonces, quedan por fuera elementos de su conceptualización que potencialmente pueden significar desigualdades (aunque esto suene paradójico). Por ello, incluso en algunos casos, como el reseñado de los guardias del Hospital público en el norte de Colombia, donde las

circunstancias fácticas y normatividad son las mismas, los operadores jurídicos omiten estas consideraciones y se apartan racionalmente de las reglas con que han resuelto casos parecidos, plagando al Derecho de incertidumbre (Frank 2001, 72).

Lo anterior ha sido explicado por autores como Mercado, para quien:

Esto se debe a que el Derecho es, como se dijo antes, un sistema lingüístico abierto, que no tiene una regla omnicompreensiva que establezca criterios incuestionables para verificar las semejanzas de los 'supuestos fácticos' de casos distintos y, sin supuestos fácticos no puede existir una 'Base Objetiva' de la decisión judicial; en este sentido el Derecho no puede ser objetivo, sino, apenas objetivable. (2009, 41)

En tratándose de los test de ponderación, este asunto se observa de bulto, toda vez que los criterios de operatividad de los derechos fundamentales dependen del propio operador jurídico; lo máximo que es factible esperar es que jurisprudencialmente se determinen esos criterios y se respeten para casos posteriores. Pero, basta decir que el caso que se resolverá difiere del resuelto para que los criterios se amolden al nuevo. Por estas razones, no existe una teoría de la aplicación de los test, a pesar de los esfuerzos de Alexy para crear un sistema de principios, reglas y subreglas que intente objetivar su aplicación a casos concretos, toda vez que de esta técnica no se puede obtener conocimiento objetivo alguno.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 2009. "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 31-48. Madrid: Trotta.
- _____. 2007. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 2002. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. 1994. "Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional". *Isonomía*, n.º 1: 37-49.
- Bermeo, Luis y Paola, Ruiz. 2018. "La recepción de la teoría de los sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana". *Prolegómenos-Derechos y Valores*, n.º 21(42): 161-175.
- Bernal, Carlos. 2002. "El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana". En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*, coordinado por Juan Vega y Edgar Corzo, 51-74. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Asís, Rafael. 2000. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Dippel, Horst. 2009. *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons.
- Echeverría, Mario y David, Mercado. 2015. *La interpretación en el Derecho: El lenguaje como constructor de la realidad jurídica*. Cartagena de Indias: Universidad Libre. Acceso el 17 de mayo de 2022: <https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/INTERPRETACIONDERECHO.pdf>
- Escudero, Jhoel. 2017. "La legitimación política y argumentación jurídica en el control constitucional: un vistazo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 7: 110-121.
- Espinosa, Carla. 2017. "Ponderación y Proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 7: 19-30.
- Fioravanti, Maurizio. 2011. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Frank, Jerome. 2001. *Derecho e Incertidumbre*. México D.F.: Fontamara.
- Garcés, Marina. 2017. *Nueva ilustración radical*. Barcelona: Anagrama.
- García, Mauricio. 2014. *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá D.C.: Debate.
- Guibourg, Ricardo. 2019. "Función y Límites de La Argumentación Jurídica". *Revista de Derecho*, n.º 19: 17-30.
- Haberle, Peter. 2019. *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. Lima: Palestra.
- Lowenstein, Karl. 1976. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Ariel.
- Martínez, Jesús. 1992. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.
- Mercado, David. 2009. *Análisis Crítico sobre la coherencia del Derecho en la función judicial*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.

- Núñez, Álvaro. 2022. “El Conocimiento Jurídico a través del Rey Midas: Ciencia jurídica y Teoría del Derecho en la obra de Paolo Comanducci”. En *El encanto del método. Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci*, editado por Federico Arena, Edith Cuautle, Pablo Navarro y Alberto Puppo, 75-94. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rubio, Francisco. 1993. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____. 1991. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 11: 9-36.
- Sieckmann, Jan-R. 2014. *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Schiavone, Aldo. 2012. *Ius. La invención del Derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Viehweg, Theodor. 2007 (1997). *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Normativa y jurisprudencia**
- Constitución Política de Colombia. Colombia. 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-422, 19 de junio de 1992.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Colombia, Sala Laboral. Sentencia n.º 13244-40-89-001-2015-00084-01, 22 de febrero de 2018.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Colombia, Sala Laboral. Sentencia n.º 13244-31-89-001-2015-00037-01, 27 de septiembre de 2017.

LA OBJETIVIDAD EN LA PONDERACIÓN Y EN OTROS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS

OBJECTIVITY IN WEIGHTING AND OTHER ARGUMENTATIVE METHODS

A OBJETIVIDADE NA PONDERAÇÃO E EM OUTROS MÉTODOS DE ARGUMENTAÇÃO

*Iván Rodrigo Ávalos Barreno**

Recibido: 24/X/2022

Aceptado: 09/XII/2022

Resumen

En los últimos años la argumentación jurídica se ha convertido en una rama del Derecho muy relevante y ampliamente estudiada, a pesar de que su existencia data de mucho tiempo atrás. Este fenómeno, entre otras razones, se debe a la distinción que ha adquirido el constitucionalismo. En tal sentido, uno de los métodos argumentativos más analizados es el de la ponderación, propugnada por Alexy; que es, reiteradamente, criticado por su aparente falta de objetividad en tanto otorga un peso a principios jurídicos a fin de escoger uno en desmedro de otro. El artículo analiza si el mentado método argumentativo de la ponderación es realmente objetivo, haciendo lo mismo frente al método de la subsunción y el propuesto por Toulmin. La conclusión obtenida refleja que la mayoría de los métodos argumentativos, incluyendo la ponderación, son objetivamente observables en diferentes grados, ya que su objetividad difiere dependiendo de la dificultad del caso a resolver.

Palabras clave: Argumentación jurídica; Fórmula del peso; Subsunción; Principios; Reglas

Abstract

In recent years, legal argumentation has become a relevant and widely studied branch of the law, even though its existence dates back a long time. This phenomenon, among other reasons, is due to the distinction that constitutionalism has acquired. Thus, one of the most analyzed argumentative methods is Alexy's weighting, which is repeatedly criticized for its apparent lack of objectivity as it gives "weight" to legal principles in favor of choosing one at the expense of another. The article examines the objectivity of the argumentative

method of weighting by contrasting it with the Toulmin and the subsumption methods. The conclusion obtained reflects that most argumentative methods, including weighting, are objectively observable to different degrees since their objectivity varies depending on the complexity of the case to be solved.

Keywords: Legal argumentation; Weight formula; Subsumption; Principles of law; Rules

Resumo

Nos últimos anos a argumentação jurídica se converteu num ramo do direito muito relevante e amplamente estudado, apesar de que sua existência remonta de muito tempo atrás. Este fenómeno, entre outras razões, se deve a distinção que vem adquirindo o constitucionalismo. Neste sentido, um dos métodos argumentativos mais analisados é a ponderação proposta por Alexy, que é reiteradamente criticada pela sua aparente falta de objetividade uma vez que outorga um "peso" a princípios jurídicos a fim de escolher um em detrimento de outro. O artigo analisa se o método argumentativo da ponderação é realmente objetivo, fazendo o mesmo com o método da subsunção e a proposta de Toulmin. A conclusão obtida reflete que a maioria dos métodos de argumentação, incluído a ponderação, são objetivamente observáveis em diferentes graus, já que a objetividade difere dependendo da dificuldade do caso a resolver.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Fórmula do peso; Subsunção; Princípios; Regras

* El autor se ha interesado por la investigación jurídica, colaborando con artículos en diferentes revistas académicas del Ecuador; sobre todo, en el ámbito constitucional y el de la argumentación jurídica. Entre sus principales trabajos se pueden destacar los artículos: "La afectación al derecho humano a recibir información veraz causado por los políticos en sus campañas electorales", que recibió una mención de honor en el Premio Internacional Juan Larrea Holguín; y "Las TIC como medio para emitir publicidad engañosa sobre la Covid-19". Correo electrónico: ivanro41@hotmail.com

Cómo citar este artículo: Ávalos Barreno, Iván Rodrigo. 2023. "La objetividad en la ponderación y en otros métodos argumentativos". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 66-77.

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica tanto en el ámbito político, social o jurídico, ha provocado un cambio significativo en lo que respecta al campo de la argumentación jurídica, entendida como aquella forma en la que “jueces y abogados¹, por medio de la utilización del lenguaje, pretenden resolver un problema de carácter jurídico, de tal manera que logren convencer a los receptores del mensaje, para lo cual realizan un proceso que desencadena en la obtención de un resultado” (Ávalos 2020, 156). Al respecto, varios de los procesos ventilados ante jueces se refieren a principios y derechos fundamentales, área en el cual la argumentación jurídica tiene mayor cabida.

Dichos principios han adquirido total notoriedad y relevancia como consecuencia de causas externas como el constitucionalismo de posguerra (o neo-constitucionalismo), e internas, como la voluntad de nuestro constituyente de hacer de los principios, límites de hierro al ejercicio del poder” (Estrada 2016, 49). Es de conocimiento general que, a raíz de los atroces sucesos acontecidos en la Primera y Segunda Guerra Mundial, surgió la idea de blindar o tutelar a todos los seres humanos sin diferenciación alguna, tomando así protagonismo los principios y/o derechos fundamentales. Los procesos que hacen referencia a derechos fundamentales son en su mayoría los relativos a garantías jurisdiccionales; por ejemplo, la acción de protección, anteriormente conocida en el Ecuador como acción de amparo; la cual, dada su naturaleza, flexibilidad y procedimiento, es utilizada de manera indiscriminada, llegando al punto de obviar su naturaleza. En tal virtud, queda claro que los mentados principios del derecho han adquirido una relevancia que seguramente era inimaginable en épocas pasadas, llegando inclusive a abarcar gran parte de los procesos ventilados ante tribunales y juzgados.

Entre los métodos utilizados por altas cortes y tribunales, los cuales están dirigidos a tratar sobre principios

del Derecho, se encuentra la ponderación, la cual se ha convertido en “un ejercicio habitual en la teoría jurídica, en la práctica judicial de los tiempos actuales” (González 2020, 559). Basándose en ella, mediante un proceso complejo, es posible dotar de valores numéricos a ciertos parámetros adheridos a un principio en contraposición a otro; resultando así que cada uno de estos principios en pugna merezca un número; de tal manera que, aquel que obtenga el mayor vencerá a su semejante. El profesor alemán Robert Alexy es el máximo exponente de este método argumentativo, sin perjuicio de que varios otros tratadistas hayan aportado en su evolución.

La asignación de aquellos valores numéricos, a fin de averiguar el peso de un principio en determinado caso, al decir de varios estudiosos del Derecho, es un ejercicio totalmente subjetivo en el cual los magistrados tienen una posibilidad amplia y casi ilimitada de anteponer sus predilecciones y creencias so pretexto de ponderar; cosa que ha puesto en jaque a este método argumentativo. “La explicación de Alexy resulta rígida y excesiva y artificialmente refinada. Dicho refinamiento, por un lado, la aleja de la experiencia de los operadores jurídico” (Etcheverry 2021, 224).

Puesto que la afamada ponderación no es el único método argumentativo, ni mucho menos el más utilizado, en tanto que gran parte de los problemas jurídicos se dan en el campo de las reglas, quedando estas por fuera del accionar del método expuesto por Alexy, cabe preguntarse: ¿son acaso los demás métodos argumentativos, como la subsunción y el propuesto por Toulmin, observables en cuanto a su objetividad, al igual que la ponderación? Dicha pregunta nace porque existen varios autores, entre ellos Carlos Bernal Pulido y Juan Antonio García Amado (con sus notables diferencias), que han escrito ampliamente sobre la objetividad de la ponderación, haciendo así parecer que este es el único método argumentativo expuesto y flexible en cuanto a parcialidad judicial.

¹ Cabe aclarar que en el concepto citado no considera que no solamente los jueces y abogados pueden hacer uso de la argumentación jurídica. En realidad, cualquier persona en torno al complejo mundo del derecho puede hacerlo, inclusive aquellas que de manera independiente pretenden entablar un debate de esta índole.

Con la pregunta previamente expuesta surge otra: ¿la exigencia o dificultad del caso que está siendo abordado por el argumentador tiene relevancia alguna en cuanto a la objetividad del método utilizado? Y por último: ¿existe un método argumentativo totalmente objetivo y rígido que evite, por completo, la subjetividad judicial? Para dar respuesta a estas inquietudes el presente artículo se desarrolla de manera que; en un primer apartado,

se tratará sobre las generalidades tanto del método de la ponderación, de la subsunción y el de Toulmin. Posteriormente, se tratará sobre los parámetros por medio de los cuales es posible calificar a los métodos argumentativos en cuanto a su objetividad. Después, mediante aquellos parámetros, se los calificará; para, por último, tratar sobre la incidencia de la dificultad del caso a tratarse en cuanto a la objetividad del método.

DE LA SUBSUNCIÓN, EL MÉTODO DE TOULMIN Y LA PONDERACIÓN: GENERALIDADES

En todos y cada uno de los diferentes ámbitos de la vida cotidiana muchas de las veces un individuo que transmite un mensaje se ve en la necesidad de darle mayor fuerza o credibilidad; es decir, hay ocasiones en las cuales la sola enunciación de cierta afirmación o negación no es suficiente por sí misma. Por ejemplo, una persona que afirme ante los demás que pronto acaecerá una erupción volcánica, seguramente no obtendrá la mejor de las respuestas; por el contrario, si la misma persona efectúa igual afirmación, pero a ella le acompaña un estudio vulcanológico o noticias acertadas sobre la caída de ceniza, probablemente descubra que su mensaje es contundente y que los receptores confían en su enunciado.

Pues bien, cuando el emisor del mensaje, en el ejemplo previamente propuesto, anexó a su enunciado ciertos elementos que le dieron mayor fuerza, hizo uso de la argumentación, entendida como lo hace Neil McCormick:

la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse. (McCormick 2010, 66)

Dicho de otro modo, la argumentación en contexto especulativo es la utilizada de manera menos formal o técnica; o, visto de otra forma: la llevada a cabo para cuestiones alejadas del campo científico; pues esta, simplemente, afirma creencias con base en argumentos. La argumentación en contexto práctico, por su parte, o bien afirma o niega algo, emitiendo razones para ello. En tal contexto, está claro que la argumentación no solo se utiliza en el campo de la ciencia jurídica², sino en todas las ciencias, inclusive en cuestiones habituales del diario vivir.

Tomando en consideración lo dicho, en el año de 1958 hace una aparición importante el matemático Stephen Toulmin, tratadista ampliamente estudiado. Sobre él, Rodríguez comenta:

las argumentaciones cotidianas no siguen el clásico modelo riguroso del silogismo y crea uno adecuado para analizar cualquier tipo de argumentación en el marco de los discursos sociales: conversación, periódico, televisión, radio, prensa escrita, entrevista, interacción docente alumno, médico-paciente, abogado-cliente. Considera que un “argumento” es una estructura compleja de datos que involucra un movimiento que parte de una evidencia (*grounds*) y llega al establecimiento de una aserción (tesis, causa). El movimiento de la evidencia a la aserción (*claim*) es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad. La garantía permite la conexión. (2004, 5)

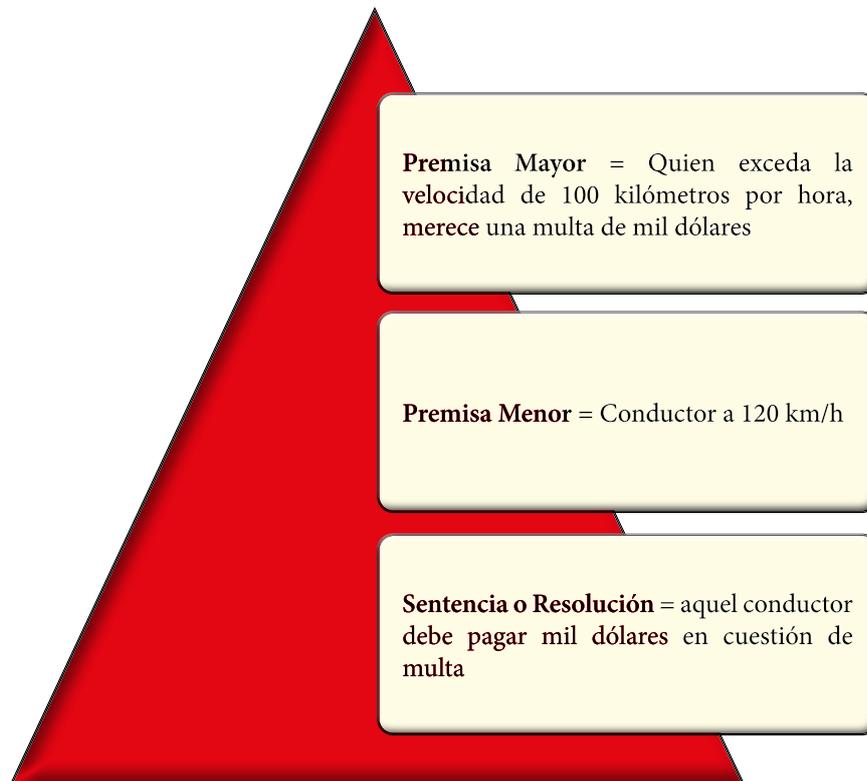
² Aunque la argumentación en la ciencia jurídica es más observada y calificada que en otros ámbitos de la ciencia, pues la aplicación del Derecho, ya sea por medio de las reglas o principios, siempre va a requerir un ejercicio argumentativo profundo.

En definitiva, Toulmin se opone a la clásica argumentación efectuada por medio de la subsunción, misma que responde a la corriente *iuspositivista* con sus elementos y características esenciales, las cuales arrojan una serie de tesis; según Guastini:

el Derecho es el conjunto de mandatos promulgados por una autoridad soberana; la fuerza vinculante de tales órdenes está garantizada por la amenaza de sanciones; el Derecho es un sistema completo y consistente, de tal manera que no existen lagunas ni conflictos normativos; [...] la aplicación del Derecho es una actividad eminentemente lógica, que consiste en (conocer hechos e) inferir prescripciones individuales a partir de reglas generales (“Todos los asesinos deben ser castigados. X es un asesino. Por lo tanto, X debe ser castigado”). (2021, 218)

Por lo dicho, la subsunción se efectúa a partir de dos premisas por medio de las cuales se obtiene la conclusión, o, en el campo de la ciencia jurídica, la sentencia o resolución.

En la primera premisa, se coloca a los hechos que motivan el caso; mientras que, en la segunda, la norma que abarca tales hechos. Por ejemplo, de los hechos se desprende que un conductor conducía su vehículo a 120 kilómetros por hora, cosa que sería el contenido de la primera premisa. La regla sostiene que quien exceda la velocidad de 100 kilómetros por hora merece una multa de mil dólares; por lo tanto, la conclusión será que aquel conductor debe pagar mil dólares en cuestión de multa. De forma gráfica se obtiene lo siguiente:



En este orden de ideas, el tratadista Josep Aguiló Regla, sobre la subsunción, sostiene que:

Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste

centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. (Aguiló 2007, 671)

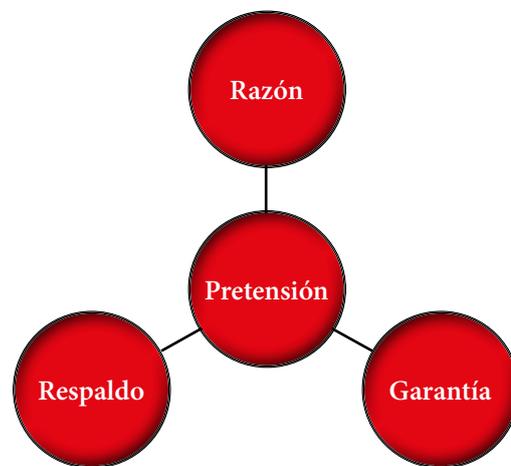
En síntesis, la subsunción de un caso concreto o de una situación vital, en el supuesto de hecho pensado

in abstracto de una proposición jurídica general dada, puede ser entendida como la ordenación de ese caso concreto o situación vital en el grupo de casos o situaciones vitales descritos en el supuesto de hecho y, para ello, previamente, se requiere, tanto de la determinación del caso o situación como de la interpretación de esa proposición jurídica general (Petzold 2011, 109). Por su parte, el método de Toulmin se compone de:

- Pretensión: es la parte medular que motivó la argumentación; es decir, es aquello de lo que el argumentador pretende convencer a los oponentes o auditorio. Por ejemplo, continuando con la

dinámica del caso anterior, el abogado del conductor pretenderá convencer de que su cliente no conducía a más de 100 kilómetros por hora.

- Razón: puede ser una o varias, las cuales consisten en fundamentos que dotan de justificación a la pretensión. Por ejemplo, afirmar que el medio electrónico por medio del cual se mide la velocidad de los vehículos tiene un desperfecto que provoca una medida errónea.
- Garantía: son elementos que apoyan o dan mayor fuerza a cada una de las razones y la dotan, a su vez, de sentido con relación a la pretensión.
- Respaldo: sirven como apoyo a las garantías.



Stephen Toulmin plantea una argumentación concatenada; pues, cada componente de su método se entrelaza y apoya al otro. El autor afirma que:

La pretensión implícita en una aseveración es como la pretensión o reivindicación de un derecho o un título [...] su valor depende de los méritos de los argumentos que puedan deducirse en su apoyo [...] en todos los casos se puede poner en entredicho la afirmación y exigir que nuestra atención se centre en aspectos básicos (fundamento o razones en los que se apoya, datos, hechos, pruebas, consideraciones, componentes) de los que depende el valor de la afirmación. (2007, 30)

Años más tarde, una vez que el método de Toulmin había sido ampliamente desarrollado y utilizado en diversas ciencias, alrededor de los años 1980, y debido a una gran influencia de lo suscitado en las dos guerras

mundiales, el importante tratadista Robert Alexy hace un cambio radical en lo que respecta a la argumentación jurídica. Así, hasta el momento analizada y ampliamente comentada, se da paso a la ponderación; cuyo punto de partida es abordar el completo sistema jurídico, de modo que a las normas se las divide en reglas y principios.

Tratar sobre la diferenciación entre reglas y principios es un tema que puede abarcar estudios y tratados completos, cosa que no es del interés del presente trabajo; por lo cual, es suficiente con diferenciarlos. Es relevante citar lo afirmado por el mismo Alexy:

los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades

reales sino también de las jurídicas [...] En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que expresamente ella exige, ni más ni menos. (1993, 87)

Por su parte, en cuanto a la forma en que se puede llegar a solventar los problemas suscitados entre el choque de reglas y principios, de forma muy acertada Borowski manifiesta:

Los principios son normas que llevan a sí mismas a la ponderación. De hecho, cuando los principios entran en competencia y el conflicto no puede resolverse al apelar a otras medidas entonces requieren de ponderación. En otras palabras, los principios, a diferencia de las reglas, muestran la dimensión del peso [...] las reglas no llevan a la ponderación. Los conflictos de reglas llevan a la invalidez de una de las reglas mediante la introducción de una cláusula de excepción. (2019, 89)

En suma, los principios son aquellos mandatos que componen el sistema jurídico mediante los cuales se dota de sentido a las reglas, pues en ellos se contempla el fin o meta de aquellas; sin que para ello sea necesario establecer una consecuencia jurídica en el caso de violentarlos. Por ejemplo, un principio es aquel que manifiesta que todas las personas tienen derecho a la vida o a la salud; en contraposición a estos, están las reglas, las que sí contemplan una sanción o consecuencia jurídica en el supuesto de que no se las aplique: el que exceda la velocidad de 100 kilómetros por hora se hará acreedor a una multa de mil dólares. Ahora bien, la diferenciación entre reglas y principios es de total relevancia para la ponderación; pues mediante esta, es posible escoger un principio en desmedro de otro,

en un caso específico donde exista una contraposición entre estos, dejando de lado, así, a los problemas suscitados en el campo de las reglas. Portocarrero afirma que:

Con frecuencia los derechos fundamentales entran en conflicto entre sí. El método que la teoría de los principios prevé para la resolución de estas relaciones de tensión entre derechos fundamentales o principios materiales es la ponderación. (Portocarrero 2016, 27)

Para escoger al principio vencedor, lo que hace la famosa ponderación³ es dilucidar el peso de un principio frente a otro en el caso concreto, hecho lo cual: vencerá el de mayor peso. Para ello Alexy ha planteado su famosa fórmula:

$$G_{pi, Je} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Según el autor colombiano Carlos Bernal Pulido, es posible obtener la solución a esta fórmula en tanto que:

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables mediante la escala tríadica. (Bernal Pulido 2003, 75)

¿EXISTE OBJETIVIDAD EN LOS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS?

Una vez expuestas las generalidades de los métodos argumentativos que están siendo tratados en el presente trabajo, es momento de entablar la difícil cuestión de su objetividad; para lo cual, inicialmente, es necesario hacer referencia a sus principales críticas;

pues, a partir de ellas, será posible referirse a los parámetros por medio de los cuales es posible calificarlos.

Iniciemos puntualizando que, como ya se dejó sentado previamente, la ponderación es, seguramente, el

³ Abarcar el tema de la ponderación de manera amplia y detallada es un trabajo extenso y específico, lo que no es fundamental en el presente artículo. Además, se trata de un método ya estudiado extensamente por otros autores; por ello, se aborda sus generalidades de forma rápida.

método argumentativo más vulnerable; dicho en otras palabras, es aquel que más críticas ha recibido por parte de sus acérrimos detractores. Al respecto, Salim Zaidan sostiene que la ponderación:

Al ser un método que se basa en el fortalecimiento de la posición del juez, le da valor determinante a sus apreciaciones subjetivas, se fundamenta en el realismo jurídico y en la dimensión axiológica del Derecho, es un método que puede derivar en una discrecionalidad o subjetividad valorativa altamente peligrosa si los operadores de justicia no tienen una buena formación o no ajustan su actuación a los parámetros del derecho preestablecido. (2010, 92)

En la misma línea, uno de los críticos de la ponderación más influyentes en la actualidad es, indudablemente, el profesor Juan Antonio García Amado, quien afirma:

Cuando pesamos normas del tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico. [...] Lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar [...] Valoro si es justa o no la norma que manda una cosa o la que permite otra. (2017, 58-59)

En definitiva, la ponderación tiende a ser ampliamente criticada; pues, no existe escala o enunciación jerárquica alguna en la cual se conciben a los principios del Derecho de modo que uno prevalezca ante otro en cualquier situación. Esto, porque la naturaleza de este método argumentativo supone aplicarlo únicamente en casos concretos y nunca en abstracto; lo cual, sumado a la compleja tarea a la que se ve sometido el argumentador para otorgar un peso al principio, provoca que muy difícilmente exista objetividad. A más de ello, varios tratadistas sostienen que la afamada ponderación es, incluso, innecesaria; pues, afirman que ejecutar fórmulas que se acercan más a otro tipo de ciencias que a la jurídica, provoca un esfuerzo superfluo; argumentando, además, que es posible

abarcar y dar solución a los choques entre principios si se hace uso de los métodos clásicos.

De forma personal, en base a la experticia adquirida, tanto en la doctrina como en la práctica cotidiana de la ciencia jurídica, considero que la debilidad sobresaliente, y por ende, la crítica más relevante del método argumentativo de la ponderación, se refleja al momento de intentar explicarla ante un tribunal o en cualquier otro ámbito; pues, se vuelve casi obligatorio adentrarse en cuestiones técnicas que provocan inobservar el principio de simplicidad; lo cual, a su vez, contribuye a que la argumentación se vea forzada y se reproche su objetividad.

En cuanto al método argumentativo de Toulmin, se puede aducir que no propone un sistema como tal, pues, a fin de cuentas, lo que plantea este autor es el establecimiento de un sinnúmero de argumentos en los que uno da fuerza al otro, sucesivamente; de tal forma que, parecerían formar una telaraña sin mayor detalle u orden alguno; haciendo notar que, posiblemente, mientras más argumentos existan, más fuerza tendrá la pretensión, cosa que en la práctica no es del todo cierta.

Toulmin en su intento por crear un método argumentativo sólido logró describir la forma en que las personas argumentan sin necesidad de recurrir a texto, experiencia o método alguno; es decir, obviando cualquier rama de la ciencia. Esto debido a que, por naturaleza, el ser humano, en su afán por convencer a sus oponentes, crea argumentos que se apoyan unos a otros; cosa que, *per se*, no es del todo un método, pues se aleja de la forma sistemática y ordenada en busca de un fin.

Es posible resaltar que, si la ponderación es considerada como compleja e innecesaria, muy por el contrario, el método de Toulmin puede ser visto como extremadamente simple; lo cual, en ciertas ramas de la ciencia es una ventaja, pero en lo que respecta a lo jurídico, puede convertirse en una desventaja al ser un método inexacto y poco elaborado.

Por último, en cuanto a la subsunción que predominó en el positivismo jurídico: es aplicable si tomamos

como punto de partida que el juez (o el argumentador) es un ente mecánico que adecúa los hechos a la norma previamente establecida por el legislador, convirtiéndose en un servidor que actúa como boca muda de la ley; de tal manera que, haría parecer al estudio del Derecho un mero aprendizaje memorístico de las diversas leyes, cosa que es por completo equivocada. En este sentido López considera que:

Este dogma, de que los jueces solo aplican el Derecho legislado, ha sido apoyado por un modelo subsuntivo-deductivo de argumentación con el fin de obtener su más obvia consecuencia jurídica de carácter procesal: la sentencia o fallo, evidenciada como el resultado de una fórmula aritmética que se obtiene de agregar hechos más normas. [...] De hecho, la práctica judicial

como una actividad relacionada con hechos reales y situaciones complejas no supone solamente una actividad lógica de subsunción y posterior deducción metodológica. (López 2015, 56-57)

A más de ello, la subsunción se torna totalmente ineficaz cuando del choque entre principios se trata; debido a que, es necesario tomar en consideración que en un sistema jurídico complejo, como el que rige en la mayor parte del mundo en la actualidad, no existen únicamente reglas, sino también principios, lo cual provoca que no sea del todo sencillo dilucidar entre la consecuencia jurídica a aplicar a un supuesto de hecho; en tanto que, la naturaleza misma de los principios es no contemplar resultado alguno en caso de inaplicación.

LA CALIFICACIÓN DE LOS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS. ¿OBJETIVOS O NO?

Si el hecho de entablar una argumentación jurídica en torno a un problema, ya sea en el campo de los principios o de las reglas, resulta una tarea compleja, no lo es menos determinar la objetividad del método o modelo utilizado para llevar a cabo tal argumentación; pues, al parecer, resulta menos complicado señalar las deficiencias de los precitados métodos que llevarlos a una especie de examen mediante criterios, mediadamente, sostenibles.

La ciencia jurídica, a diferencia de muchas otras, en especial aquellas denominadas exactas, no puede contemplar de manera uniforme e inequívoca un resultado; es decir, una fórmula aritmética o matemática siempre va a tener una respuesta general (a la que llegarían todos los entendidos en aquella labor), la cual va a ser la misma sin que sea relevante el momento o la persona que la resuelva. Aquello no ocurre en el ámbito jurídico, pues en este no hay cabida para una única respuesta (correcta). Al respecto, Manuel Atienza considera que:

La cuestión de si existe o no una única respuesta correcta (en los casos difíciles), o sea, si el Derecho es o no capaz de determinar una solución para cada caso

(o hasta qué punto es capaz de hacerlo), es una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho contemporánea. [...] la cuestión de si existe o no una única respuesta para cada caso (susceptible de ser resuelto judicialmente) no puede ser (no es) contestada simplemente con un sí o un no. (2011, 119)

La doctrina ha contemplado parámetros dentro de los cuales es posible, de la manera más objetiva, calificar a una argumentación en pos de resolver un problema jurídico; en tal sentido, el mismo Manuel Atienza propugnó que la universalidad (relacionada, de cierta manera, con la seguridad jurídica o, si se quiere en su sentido más filosófico, conexas al imperativo categórico), la noción de coherencia (que hace alusión a la lógica y la interpretación sistemática), la adecuación de las consecuencias y la moral social son los elementos claves para considerar a una argumentación como acertada o no.

Dichos elementos son de total aplicación y eficacia si lo que se pretende es discutir sobre una sentencia judicial, mas no lo son si se lo quiere hacer en torno a un método argumentativo. En este orden de ideas, Carlos Bernal Pulido sostiene:

resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecen indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro método alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. (2015, 66)

De lo expuesto, se colige que, el campo de la argumentación jurídica, en lo que respecta a los problemas entre principios, siempre va a tener una mayor carga de subjetividad. Esto, porque la propia naturaleza de dichos principios como mandatos de optimización, denota la posibilidad de que, dada su textura abierta, su aplicación sea inexorablemente condicionada; pues, para tal menester, es necesario atender las posibilidades y limitaciones tanto jurídicas, reales o de hecho.

Llevar a cabo una argumentación sobre principios, que sea del todo objetiva, requeriría que tales principios muten, dotándolos de rigidez y abarcando una significación estricta. Esto provocaría, entre otras cosas, un retroceso en la alcanzada evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos, aniquilando así el Estado de derecho(s), ya que es inherente a los principios de estos sistemas su carácter abierto, sin el cual se convertirían en otro tipo de reglas. Por ejemplo, se puede decir que el principio según el cual todos tienen derecho a la salud, no puede ser aplicado de la misma manera en un país con una seguridad social eficiente y en otro en el que el único profesional de la salud se encuentra a kilómetros de distancia. Esto es lo que se conoce como limitación fáctica. En el mismo ejemplo, denotando las limitantes jurídicas, se podría pensar que en el sistema jurídico de un país europeo en el que todos tienen ese derecho a la salud existe la posibilidad de decidir sobre continuar o no con la vida de uno mismo, encontrándose esta en un peligro tal que cause un gran sufrimiento y dolor (eutanasia); mientras que otro Estado, donde no se garantiza tal derecho, no cabría la posibilidad de la eutanasia.

No obstante, considero que la forma en la que es posible llevar a cabo la argumentación, de acuerdo con la objetividad aplicada, es no dejar de lado otros métodos

argumentativos más rígidos, como la subsunción; de tal suerte, que se evite flexibilizar o inobservar la norma con el pretexto de ponderar.

Por el contrario, la objetividad, en cuanto a los métodos argumentativos utilizados en pos de resolver problemas en el campo de las reglas, es mayormente probable, debido a que tanto la lógica deductiva como la propia naturaleza de las reglas así lo permiten. En efecto, estas contienen ya una consecuencia jurídica a cierto supuesto de hecho, provocando así que una vez esclarecidos los hechos, y mediante una adecuada interpretación de la norma, sea plausible obtener un resultado que seguramente va a ser uniforme en un gran número de personas, a pesar de que la quimera de objetividad siga siendo difícil de alcanzar ante los ojos de quien argumenta.

Un indicador (o variable) importante según el cual es posible determinar el grado de objetividad que debería estar presente en el método argumentativo a calificar es, indudablemente, la dificultad del caso resuelto. Por ello, cabe hacer mención a la diferenciación existente entre los casos denominados fáciles y los difíciles⁴.

Los casos fáciles son aquellos que “proveen una respuesta mediante la aplicación de un silogismo jurídico, por lo que el Juez simplemente se encarga de obedecer una regla, que se traduce en una simple operación de subsunción del caso” (Figueroa 2016, 140). Dicho de otro modo, un problema jurídico de solución sencilla es aquel que reúne, por lo menos, dos condiciones: la primera, que se encuentre en el campo de las reglas, porque solamente estas son susceptibles de ser evacuadas mediante la subsunción; y la segunda, que dicha regla encaje en los hechos sin esfuerzo alguno.

Por su parte, según Benfeld, los casos difíciles son aquellos que denotan “la falta de previsión legal del supuesto de facto constitutivo de la pretensión y la ambigüedad propia del lenguaje de las normas jurídicas” (2015, 402). En otras palabras, los condicionantes, que una vez constatados dan a entender que un caso es complejo son: la insuficiencia normativa, en cuanto a abarcar una norma para un supuesto de hecho, y la textura abierta

⁴ El profesor Manuel Atienza, a más de la diferenciación entre casos fáciles y difíciles ha profundizado el tema con la enunciación de los casos trágicos, en los cuales no existe solución sin que sea necesario sacrificar un valor jurídico relevante.

del lenguaje. Tales supuestos se acoplan casi de forma perfecta a los que conllevan los principios del Derecho,

dejando en claro que un choque entre ellos siempre va a ser considerado como un caso difícil.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La constante evolución propia del ser humano en sus diferentes ámbitos y ramas de la ciencia ha provocado que la argumentación jurídica mute, ajustándose a la compleja situación de los diversos sistemas jurídicos; de manera que, mientras los principios no hacían su aparición estelar, la subsunción parecía ser suficiente para resolver la generalidad de casos. Hoy, al parecer, las cosas han cambiado a favor de la ponderación.

La objetividad, en cuanto a la ciencia jurídica, aparece como una idealización en la cual desaparece la discrecionalidad judicial. De esta manera, el juzgador queda en plena capacidad de, mediante el uso de un método argumentativo, llegar a la solución de un caso que sería la misma a la cual llegaría otro juez. Pero este escenario se torna en una quimera, pues en el Derecho es muy poco probable hablar de una sola respuesta correcta, a diferencia de lo que sucede en otras ramas de la ciencia.

De manera innegable está claro que un mayor grado de objetividad se puede alcanzar en lo que respecta al campo de las reglas; a diferencia de lo que sucede en lo referente a principios, dada la naturaleza de cada uno de ellos. Destacando, a su vez, que la ponderación puede ser mayormente objetiva si no desplaza e inobserva a un método más rígido como la subsunción;

de tal manera que, no se inobserven so pretexto de ponderar a las normas.

La balanza o herramienta de medición de objetividad en los métodos argumentativos no puede ser la misma para la generalidad de casos, pues es evidente que es plausible acercarse a lo subjetivo y discrecional en aquellos casos considerados difíciles; lo cual difiere de los casos fáciles, en los que, tanto el método a usarse para resolver un choque entre ellos, como su lenguaje que evita la textura abierta, tienden a ser más objetivos.

Es recomendable que, con base en la filosofía del derecho, así como en la argumentación jurídica, se propenda a la creación de métodos argumentativos que se complementen. De tal suerte que la simplicidad del método de Toulmin, la rigidez de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación formen un método que se acerque, en el mayor grado posible, a la objetividad deseada.

Se recomienda que la creación de los nuevos métodos argumentativos tienda a dejar de lado la complejidad y tecnicidad en su aplicación; pues es necesario considerar que no es ilustrado aquel juez o argumentador que utiliza un sinnúmero de páginas para demostrar que conoce un vertiginoso método, cuando se podía llegar al mismo resultado de forma más simple y sin dejar de lado la correcta aplicación de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. 2007. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30: 665-675.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2011. "Cómo evaluar las argumentaciones judiciales". *Diánoia*, vol. 56: 113-134.
- Ávalos, Iván. 2020. "De la argumentación jurídica y los métodos alternativos. Una revisión a la Sentencia del matrimonio igualitario del Ecuador". *Revista Científica FEUCE*, vol. 1: 169-195. Acceso el 29 de septiembre de 2022. <https://issuu.com/feuce2020/docs/revista>
- Etcheverry, Juan Bautista. 2021. "El papel de los principios formales en la ponderación de los derechos fundamentales. Desafíos a la propuesta de Robert Alexy". *Prudentia Iuris*, n.º 92: 221-248. Acceso el 30 de septiembre de 2022. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.221-248>
- Benfeld, Johann. 2015. "Una aproximación a la disertación 'De casibus perplexis' de G. W. Leibniz como estrategia de solución al problema contemporáneo de los llamados 'casos difíciles'". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 37: 401-427.
- Bernal, Carlos. 2015. *La racionalidad de la ponderación*. Quito: Cevallos.
- Borowski, Martin. 2019. "La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad". *Ciencia Jurídica*, n.º 8: 81-98.
- Estrada, Sergio. 2016. "Los Principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas?". *Revista Opinión Jurídica*, n.º 15: 47-66.
- Figuroa, María. 2016. "De la noción del caso trágico en la teoría de la argumentación jurídica estándar y su proyección para el desarrollo de una categoría de análisis en el ámbito de aplicación de la norma". *Revista Temas Socio Jurídicos*, n.º 35: 133-150.
- García Amado, Juan. 2017. *Decidir y Argumentar sobre Derechos*. México: Tirand lo Blanch.
- González, Alejandro. 2020. "La ponderación en la aplicación judicial del Derecho". *Revista Derechos en Acción*, n.º 5: 558-655.
- Guastini, Ricardo. 2016. "El realismo jurídico como teoría positivista del derecho". *Revista Cubana de Derecho*, n.º 1: 216-227.
- MacCormick, Neil. 2010. "Argumentación e interpretación en el Derecho". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33: 65-78. Acceso el 18 de octubre de 2022. https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/Doxa_33.pdf#page=65
- López, Sebastian. 2015. "Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?". *FORO Revista de Derecho*, n.º 23: 53-68.
- Petzold, Hermann. 2011. "El problema de la subsunción o cómo se elabora la sentencia". *Academia y Derecho*, n.º 2: 109-125.
- Portocarrero, Jorge. 2016. *La ponderación y la autoridad en el Derecho*. Madrid: Parcial Pons.

Rodríguez, Luisa. 2004. “El Modelo Argumentativo de Toulmin en la Escritura de Artículos de Investigación Educativa”. *Revista Digital Universitaria*, n.º 5: 1-18. Acceso el 4 de septiembre de 2022. https://www.revista.unam.mx/vol.5/num1/art2/ene_art2.pdf

Toulmin, Stephen. 2007. *Los usos de la argumentación*. Traducido por María Morras y Victoria Pineda. España: Ediciones Península.

Zaidan, Salim. 2010. “Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional”. *Iuris Dictio*, n.º 9: 31-103. Acceso el 28 de septiembre de 2022. <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13>

LA PERCEPCIÓN GENERALIZADA DE CORRUPCIÓN DE LOS JUECES AL MOMENTO DE ADMINISTRAR JUSTICIA*

Al respecto de la irracional racionalidad de los criterios utilizados para evaluar sus decisiones

THE WIDESPREAD PERCEPTION OF CORRUPTION BY JUDGES AT THE TIME OF ADMINISTERING JUSTICE

About the Irrational Rationality of the Criteria Used to Evaluate Their Decisions

A PERCEPÇÃO GENERALIZADA DA CORRUPÇÃO DOS JUÍZES NO MOMENTO DE ADMINISTRAR JUSTIÇA

Ao respeito da irracional racionalidade dos critérios utilizados para avaliar suas decisões

*David Modesto Güette Hernández***

Recibido: 07/X/2022

Aceptado: 23/XI/2022

Resumen

En el presente trabajo se habla de corrupción como una forma de evaluación negativa. Se quiere mostrar el ideal de la buena decisión como una forma de otorgar al evaluador parámetros para determinar si una decisión es o no corrupta. Se pretende justificar que hablar de todos los jueces como corruptos es un error y que esa afirmación debe ser precedida por un juicio comparativo: que tome en cuenta el ideal de la buena decisión. Se trata de un trabajo descriptivo analítico, cuyo resultado gira en torno a mostrar el estado de un problema constituido por la desacreditación de los jueces y la errada visión que recae sobre estos cuando, por sus decisiones, son calificados como corruptos.

Palabras clave: Decisión judicial; Justificación interna; Justificación externa; Prevaricato; Razonabilidad

Abstract

This article discusses corruption as a negative form of evaluation. It intends to show the ideal of a good decision,

as a way of providing the evaluator with parameters to determine whether a decision is corrupt or not. The goal is to demonstrate why it is incorrect to generalize that all judges are corrupt, and that any generalization should be preceded by a comparative analysis that considers the ideal of a just outcome. This is a descriptive-analytical piece that aims to demonstrate the current state of a problem, made up of the false perception that judges are corrupt due to their decisions.

Keywords: Judicial decision; Internal justification; External justification; Prevaricate; Reasonableness

Resumo

No presente trabalho se fala de corrupção como uma forma de avaliação negativa. Se pretende demonstrar, o ideal da boa decisão, como uma forma de outorgar ao avaliador, parâmetros para determinar se uma decisão é ou não corrupta. Se pretende justificar que falar de todos

* Este artículo se basa en la tesis presentada y aprobada en 2019 por el autor, para la obtención del título de doctor en Derecho, en la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia: El mínimo argumental de la decisión judicial. Disponible en: <http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/11003/1129564660.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

** Abogado egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, especialista en responsabilidad y seguros, magíster en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad del Norte de Barranquilla. Es profesor de planta de la Universidad Libre de Barranquilla e investigador del Grupo INCOM. Correo electrónico: davidm.guetteh@unilivre.edu.co

Cómo citar este artículo: Güette Hernández, David Modesto. 2023. "La percepción generalizada de corrupción de los jueces al momento de administrar justicia. Al respecto de la irracional racionalidad de los criterios utilizados para evaluar sus decisiones". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 78-92.

os juízes como corruptos é um erro, e que essa afirmação deve ser precedida por um juízo comparativo, que leve em consideração o ideal da boa decisão. Se trata de um trabalho descritivo analítico, cujo resultado gira em torno ao estado de um problema, constituído pela falta de credibilidade

dos juízes produto de suas decisões, e muitas vezes pela equivocada visão que recai sobre eles como corruptos.

Palavras-chave: Decisão judicial; Justificação interna; Justificação externa; Prevaricar; Razoabilidade

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas constituyen el cuerpo de la ponencia presentada en el marco de la cátedra Europa, llevada a cabo en la Universidad del Norte en el año 2017. Estas tienen como propósito esencial abordar desde una perspectiva diferente (la del juez) la problemática existente en torno a la desacreditación de los jueces al momento de emitir sus decisiones, y su relación con los criterios utilizados para evaluar o determinar si estas (sus decisiones) son buenas o malas, o corruptas o no.

Se hace alusión a la manera cómo se relacionan las decisiones malas a las decisiones corruptas, sin ser esa una relación necesaria; y se hace ver que, más bien, es

una evaluación superficial que desconoce la verdadera complejidad que le subyace a ese acto procesal. Es por esto que se busca ahondar dentro de la complejidad de la decisión judicial como una forma de justificar que la percepción de corrupción que recae sobre su ejercicio es producto de no entender lo difícil de su tarea, y presentar un criterio evaluativo para tal actividad.

Para cumplir ese propósito, mostraré la complejidad de la decisión judicial y los elementos normativos y jurisprudenciales existente para superarla, dejando claro que, aunque cuentan con reglas que son de mucha utilidad, en general, lo que existe resulta completamente insuficiente.

IDENTIFICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

La arbitrariedad de los jueces y la desacreditación de la justicia es un tema que cada día más espacio gana en todos los ámbitos de discusión, dentro de ellos: la prensa general y jurídica. Se tilda a la justicia de corrupta y se hace referencia a corrupción de jueces, todo de cara a sus decisiones, y a las actitudes que asumen al interior de la jurisdicción.

Hablar de jueces corruptos o justicia corrupta es efectuar una evaluación negativa en torno a la actividad que desarrollan los administradores de justicia. En efecto, según Malem Seña “el término corrupción aparece munido de una carga emotiva de carácter negativo” (2014, 171). De esa manera, cuando se refiere a una actividad como corrupta no se califica un delito autónomo, sino a una conducta reprochable que puede ser subsumida en una serie de delitos, que para el

particular caso de las decisiones de los jueces, puede ser el cohecho, el prevaricato, el fraude a resolución judicial, entre otros.

Sostiene Malem Seña que existirá corrupción allí donde quien actúa busque obtener un beneficio irregular, no permitido por las instituciones en las cuales se participa o se presta servicio, sin importar si ese beneficio es económico, político, social, sexual, o si se obtiene de modo inmediato, o a futuro (2014, 171). El segundo aspecto que Malem Seña identifica como constitutivo de corrupción consiste en la pretensión de conseguir alguna ventaja través de la violación de un deber institucional (Íbid.). El tercer elemento de la actividad corrupta es la “relación causal entre la violación del deber que se imputa y la expectativa de obtener un beneficio irregular” (2014, 172). Por último, para la

corrupción se muestra como una deslealtad en secreto hacia la regla violada, la institución a la cual se pertenece o en la que se presta servicio (*ibidem*).

Con una noción de lo que entendemos por corrupción se quiere, en las líneas que siguen, mostrar el ideal que debe seguir una decisión judicial para no ser evaluada como corrupta, todo con el propósito de que el evaluador -que puede ser cualquier persona- consiga, con criterios suficientes, asumir una postura juiciosa que determine si la decisión emitida por un juez es negativa o positiva.

De aquí en adelante invitaré a los lectores a que se aventuren en una lectura teórica y argumentativa: viaje que va más allá del tipo penal. Los invito a

que se sumerjan en la teoría de la argumentación jurídica, que, por demás, es completamente aplicable para poder definir si una decisión es constitutiva de prevaricato.

Será difícil con esto lograr el objetivo más grande que es el de cambiar las percepciones del hombre común; pues éste llena sus pensamientos con recursos retóricos de emisores que ven una decisión compleja que les parece desfavorable, simplemente como corrupta. Se trata de relaciones *a priori* que no profundizan en la verdadera complejidad de la decisión judicial, porque no tienen el conocimiento, o porque no tienen la intención de conocer el tema. Se insiste en que el tema habla de percepciones, porque no hay una relación necesaria entre decisiones judiciales y corrupción.

IMPORTANCIA DEL TEMA

Reconocer la importancia de la actividad del juez en su función de garante en la aplicación de las leyes a las relaciones individuales, y su consecuencial importancia en el perfeccionamiento de la administración de justicia, genera que la atención de la comunidad se centre sobre él. De ahí que se exija de estas decisiones que permitan aplicar la voluntad del pueblo como miembro de una comunidad jurídica, y que éstas (las decisiones) se encuentren debidamente motivadas¹, y que, por sobre todo, esté alejado de los hilos de la corrupción.

La importancia de la actividad del juez es la causa inmanente de la gran notoriedad y repercusión social de sus decisiones y, por ende, de la movilización de la opinión pública, tanto particular como especializada, a favor o en contra de su actividad. Estos cuestionamientos pueden hacerse públicos de diferentes formas, ya desde la prensa en general o desde de la prensa especializada. En ambos casos, cuando se divulgan decisiones de amplia trascendencia, ora por su eco, en

tanto afectan a figuras o decisiones de interés público, ora por su relevancia jurídica y la incidencia de ellas en las funciones del juez, se cuestiona la actividad decisoria de éste, reprochándose el cumplimiento de su función endo-procesal o extra-procesal²; lo que, a su vez, genera que se asuma una postura respecto de ella, ya sea para considerarla buena o mala, corrupta o justa; implicando en tono con lo señalado con Atienza que en esos eventos se lleve a cabo una evaluación de la decisión (Atienza 2013).

Como ejemplo claro de esa notoriedad y gran trascendencia en torno a la divulgación de las decisiones, encontramos la noticia publicada por el diario colombiano El Heraldo, con fecha 15 de agosto de 2015, en la cual el periodista Corcho Trochez aludía a una red de corrupción conformada por cuatro jueces implicados en la revocatoria de la detención carcelaria que le había sido impuesta al empresario Alfonso Hilsaca Eljadue, investigado por presuntos nexos con una banda criminal; decisión de la que se adujo: estuvo

1 Cuando el juez se apega en sus decisiones a la ley, y cuando las decisiones se expiden de manera clara se cumplen con una función la función extraprocesal y endoprocesal de la motivación de la decisión judicial (Aliste Santos 2011, 157-159).

2 Estas funciones se garantizan al sujetarse el juez al imperio de la Ley, y al explicitar las razones que sirven de sustento a su decisión con el propósito que sean dadas a conocer y a la postre sujetas de evaluación (Aliste Santos 2011, 157-159).

rodeada de favorecimientos que derivaron en un caso de grave corrupción³.

Una vez puestos a disposición de un Juez de control de garantías, se resolvió imponer a los jueces investigados, medidas privativas de libertad, decisión que se asumió a partir de un juicio de probabilidad, que se lleva a cabo producto de una inferencia razonable de autoría o participación, efectuada bajo el amparo de lo establecido, principalmente, en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal colombiano y otras normas concordantes. Todas estas decisiones fueron revocadas por otros jueces de control de garantías, al considerar que no se daban los elementos o se habían modificado los fundamentos para mantener la privación de libertad, ordenando el reintegro al cargo de los mismos, lo que a la postre redundó en que estos

elevaron los posteriores reclamos indemnizatorios por la privación injusta de la libertad. Sucede, sin embargo, que solo se documentó la primera parte del evento, más no la segunda; situación que dejó en muy mal estado la credibilidad de los administradores de justicia frente a la sociedad en particular.

El objetivo que trazamos no es documentar el tema, es solo mostrar cómo decisiones cuestionadas, son más complejas en su análisis de lo que parecen; por esto, procederemos a sumergirnos en la complejidad de la decisión judicial, a efectos de escudriñar los elementos normativos con los que cuenta el juez al momento de dictar sus providencias, con el propósito de auscultar si estos son lo suficientemente claros, para evitar yerros sancionables con medidas tan graves como el prevaricato.

LA COMPLEJIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA EXISTENCIA DE CRITERIOS PARA EVALUARLA

Como primer punto, debe señalarse que el legislador, al momento de comunicar las reglas, pautas o criterios de conducta -incluidos los que regulan la decisión judicial- cuyo papel es servir de principal instrumento de control social, lo hace de manera general, en tanto solo de esa forma se puede dar a entender por multitudes. Este fenómeno, al que Hart denomina como textura abierta del lenguaje (1998, 155 y ss.), explica la razón por la que el juez, cuando resuelve, debe ser discrecional; esto, producto de la indeterminación de las reglas y la necesidad de identificar su sentido concreto en un marco de posibilidades que se componen por hechos y fines u objetivos sociales en conflicto, tomando en cuenta el caso concreto.

Lo dicho supone que, de contera, no exista algo así como un método preestablecido y fiable, a partir del cual implementar reglas objetivas para regular, y, a su vez, evaluar una argumentación efectuada en el marco

de una decisión judicial, y cualificarla como buena o mala; pues, no sucede como en otros ámbitos de la ciencia en los que una discusión puede reducirse a la simple tarea de medir con un cronometro a un velocista para establecer si es más rápido que otro; en tanto, al dirigirse estas (las reglas jurídicas) a una comunidad, con el propósito de regular situaciones en su mayoría generales y que no pueden determinarse con antelación (como lo sería en una carrera de velocidad), implica que no puedan establecerse parámetros o reglas objetivas y predeterminadas, a partir de las que pueda predecirse todas las variables con las que se encuentran los jueces; esto, aunado al tipo de debates que se presentan en el Derecho y a los criterios utilizados para valorar o definir lo bueno o lo malo, los cuales son propios del discurso práctico general⁴, que presuponen para cualificar una decisión como buena o mala, de la incidencia de valoraciones subjetivas (García Amado 2013, 81).

3 Cae red de corrupción de 4 jueces, un fiscal, funcionarios y abogados. 15 de agosto 20015. Acceso el 27 de diciembre de 2022: <https://www.elheraldo.co/judicial/fiscalia-libertad-hilsaca-develo-una-grave-corrupcion-judicial-211845>

4 Alexy plantea que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras, entre estas, la sujeción a la Ley (2007, 34).

De esa forma, hemos dejado atrás el arquetipo logista de la decisión judicial que se explicaba bajo el siguiente esquema:

1. Se debe obedecer a X, siempre que X sea un legislador elegido mediante un procedimiento democrático.
2. El legislador X ha sido elegido democráticamente.
3. X ha dictado una norma jurídica que dice «si p, entonces debe ser q».
4. Si p, entonces debe ser q.
5. p.

6. q (De Paramo Argüelles 1988, 99)

Lo anterior, por cómo se ha indicado, supone más que un juicio lógico⁵, lo que a su vez implica que regularla sea mucho más complejo. Por ejemplo, en una carrera de velocidad en la que se defina que el ganador sea quien llegue primero a la meta se pueden identificar las variables: la forma de llegar a la meta, la imposibilidad de hacerse daño unos a otros, la ruta que debe seguirse, el tipo de equipamiento que puede utilizarse, entre otras, contadas y limitadas, por lo que es dable regularlas de manera anticipada.

ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Las variables que deben tomarse en consideración a la hora de estudiar una posible regulación del espectro decisorio del juez giran en torno a las posibilidades de elección, o alternativas a las que debe someterse al momento de emitir una providencia. Así, asumiremos que la decisión judicial es, para los jueces, un proceso de elección de alternativas⁶; en la medida en que, cuando estos resuelven una controversia de su conocimiento, su proceso se reduce a elegir aquellas planteadas en la demanda la contestación de la demanda, el llamamiento en garantía, los terceros, el Ministerio Público o, incluso, una propia. Estas alternativas constituyen más que un acto procesal introductorio y su respuesta: cada una encarna una fuente del Derecho diversa, o la misma, pero asumida desde distintas interpretaciones, todas las cuales pueden regular el caso a resolver. Así, tanto la demanda, la contestación y los actos de acción que ejerzan los demás intervinientes, se basan en fundamentos de Derecho en los cuales se sustenta su pretensión, su excepción, o un concepto, imponiéndose al juez elegir entre una u otra. A su vez, puede acontecer que, ni la pretensión, ni la excepción, contengan el fundamento de Derecho adecuado que sirva o permita dar solución al litigio; por lo que

deberá proponer uno propio, interpretarlo y resolver con arreglo a ello. En unos y otros, la decisión judicial se constituye en un conjunto de decisiones o microdecisiones que relativamente se orientan en establecer: (i) si la norma invocada en los fundamentos de Derecho, es la adecuada; (ii) si la interpretación suministrada a la norma invocada en los fundamentos de Derecho (jurídicos y probatorios) es la adecuada; (iii) si debe asumirse una norma diversa a la establecida, tanto en la pretensión como en la excepción o en los diversos actos de acción; (iv) si habiéndose elegido una norma, el juez debe interpretarla; (v) si las pruebas permiten acreditar las pretensiones invocadas.

Para poder tomar todas estas decisiones, el juez, primero identifica la decisión a la que quiere llegar y luego exterioriza el razonamiento utilizado mediante argumentos justificatorios, los cuales tienen como propósito mostrar que la elección asumida no es un acto unilateral o arbitrario, sino el producto de un juicio racional. Estas justificaciones se llevan a cabo en dos niveles: un nivel lógico, o de justificación interna, y un nivel fuera de la lógica, o justificación externa⁷. El primer evento asume la lógica como herramienta

5 No puede confundirse la necesidad de utilizar razonamientos que vayan más allá de la lógica, con la falta de importancia de esta, pues si bien no se limita, debe siempre considerarse su función justificatoria, especialmente a la hora de construir argumentos y argumentaciones (Güette Hernández 2019).

6 Esta misma noción es desarrollada por Taruffo (2012) y Rodríguez Boente (2003).

7 Me parece apropiada la explicación que sobre el tema realiza Wiehweg cuando señala que “la tópica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas” (2007, 68). De esa forma identifica la decisión judicial en dos fases: la primera, que se encuentra por fuera de la lógica, tiene como propósito encontrar las premisas y presentar las razones de elección de ellas, en detrimento de otras, para luego, sí, permitirle a la lógica trabajar con ellas para arribar a la conclusión.

esencial, el segundo trabaja por fuera de la lógica y su papel consiste en fijar y justificar las premisas con las que trabajará la lógica. Desde esta perspectiva, la decisión judicial se constituye, por una parte, en un acto de identificación y elección de fuentes (fundamentos de Derecho) y, por otra, en un acto de justificación de las elecciones: entendidas todas estas como microdecisiones, concatenadas de manera que permitan derivar de ellas la decisión de fondo que se asumirá a partir de un juicio lógico. La primera etapa del segundo nivel (identificación y elección) se cumple dentro del contexto de descubrimiento; la segunda (justificación), dentro del contexto de justificación. Para nosotros el contexto de descubrimiento es un proceso mental, o psicológico que lleva a cabo el juez con el propósito de prefijar aquella decisión, o microdecisión, que será objeto de fundamentación dentro del contexto de justificación. Para la construcción de esta noción coincidimos, parcialmente, con García Figueroa cuando establece que “en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, análogamente, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica” (2014, 144). Sin embargo, y aun cuando es de nuestro parecer que el contexto de descubrimiento son motivaciones psicológicas que llevan a un juez a definirse por una u otra norma, la

explicación que de mejor manera da cuenta de este proceso mental la hace Kennedy cuando asegura que el juez, en el marco de la indeterminación de la norma y su discrecionalidad, utiliza percepciones psicológicas para indagar entre las interpretaciones disponibles, a efectos de elegir una y proyectar una decisión, o varias decisiones, o, como él lo señala: la sentencia a la que el juez quiere llegar (2005, 109); la cual se forma con base en el sentido personal de justicia, y es sometida a una construcción posterior de una especie de armazón o barrera protectora sobre la cual se cimentará la argumentación que se llevará a cabo. Se trata, sobre todo, de un proceso imaginativo donde no existen reglas diferentes a la inventiva o el ingenio, y su propósito es fijar premisas de cara siempre a la idea de lo que es justo aquí y ahora (Wiehweg 2007, 151).

El contexto de justificación, por su parte, se constituye en la exteriorización de la decisión o microdecisión prefijada, y se conforma por el conjunto de razones que forjan la armadura o armazón que tiene por propósito sostener y defender la tesis desarrollada y controvertir o derruir aquellas desechadas o no empleadas. Las principales herramientas con las que cuenta el juez para llevar a cabo este procedimiento se encuentran en la ley, la jurisprudencia y la teoría de la argumentación jurídica.

REGLAS PARA LLEVAR A CABO LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

En Colombia, desde la Constitución de mil ochocientos ochenta y seis (1886) se impuso el deber de motivar las decisiones judiciales, específicamente en su artículo 161⁸, generando con ello una obligación de rango constitucional; la que si bien no fue refrendada

en la Carta Política de mil novecientos noventa y uno (1991), sí fue objeto de desarrollo en las legislaciones procesales; de suerte que, el Código General del Proceso (2012) en su artículo 280⁹, el Código de Procedimiento Penal (2004) en su artículo 162¹⁰, el Código de

8 Congreso de la República, Constitución Política (1886), Artículo 161.- Toda sentencia deberá ser motivada.

9 ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutoria se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código. Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

10 Artículo 162. Requisitos comunes. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.
2. Lugar, día y hora.

Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (2011) en su artículo 187¹¹; la Ley estatutaria de administración de justicia (1996) en su artículo 55¹², regulan el proceso de justificación externa de la decisión: precisándolo como aquel que lleva a cabo una síntesis de la demanda y su contestación; hace referencia a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales; fundamenta fáctica, probatoria y jurídicamente la sentencia, con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas, a partir de un examen crítico de las pruebas y los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios, estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad, precisión, y citando los textos legales que se apliquen. Entonces, si bien estos representan una importante guía, no permiten cumplir, a cabalidad,

el propósito de servir como lineamientos necesarios para llevar a cabo, en forma completa, el proceso justificatorio que anunciamos. Esto debido a que, el cumplimiento de la obligación de motivar no se limita únicamente al deber de llevar a cabo (Ai) una justificación jurídica; (Aii) una justificación probatoria; y (Aiii) una justificación discursiva o procesal (como se establece en las regulaciones procesales); sino que, además, requiere identificar los parámetros que deben tenerse en cuenta al momento de fijar el contenido de cada uno de ellos; esto es: la forma de encontrar las premisas y las reglas para justificarlas.

Vale decir, sin embargo, que contamos con otros insumos, los cuales se encuentran en las causales que regulan la procedencia del recurso extraordinario de casación, tanto en materia civil¹³, penal¹⁴

3. Identificación del número de radicación de la actuación.
 4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.
 5. Decisión adoptada.
 6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso.
 7. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.
- 11 Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.
En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *no reformatio in pejus*.
Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.
- Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor
- 12 Artículo 55. ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.
La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:
"Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley"
La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.
- 13 El Código General del Proceso (2012) establece en su artículo 336 las siguientes causales de procedencia del recurso de casación:
Artículo 336. Causales de casación.
Son causales del recurso extraordinario de casación:
1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.
2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.
3. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.
5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.
La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Sin embargo, podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales.
- 14 El Código de Procedimiento Penal (2004) en su artículo 181 contempla como causales de procedencia del recurso de casación las siguientes:
Artículo 181. Procedencia. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:
1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.
2. Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.
3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
4. Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil.

y laboral¹⁵; en tanto, estas disposiciones se encargan de señalar condicionamientos que debe cumplir una decisión, a efecto de no ser expulsada (casada) del ordenamiento jurídico, lo que permite entender esas regulaciones como condiciones para la debida motivación de la decisión judicial, y, por consiguiente, como parámetros de justificación externa.

Las disposiciones a las que hago referencia (las reguladoras del recurso de casación) contemplan un catálogo de deficiencias que debe evitar el juez so pena de que su decisión sea invalidada por indebida motivación. Estas deficiencias son las siguientes:

1. Falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad llamada a regular el caso
2. Falta de aplicación de una norma constitucional llamada a regular el caso.
3. Falta de aplicación de una norma legal llamada a regular el caso.
4. Interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad llamada a regular el caso
5. Interpretación errónea de una norma constitucional llamada a regular el caso
6. Interpretación errónea de una norma legal, llamada a regular el caso.
7. Aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad llamada a regular el caso
8. Aplicación indebida de una norma constitucional llamada a regular el caso
9. Aplicación indebida de una norma legal llamada a regular el caso.
10. Desconocimiento de las normas que regulan el debido proceso.

11. Dictar sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados
12. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.
13. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio.
14. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación del apelante único.

Estas reglas, entendidas como límites o condicionamientos negativos a la función motivadora, identifican parámetros que debe contener la decisión judicial al momento de llevar a cabo el proceso justificatorio; de manera que, al no estructurarse, no se incurre en las causales de procedencia del recurso extraordinario de casación y, por ende, se puede considerar que la motivación se llevó a cabo de manera adecuada. Sin embargo, se trata de reglas insuficientes para cumplir la función de justificación que recae en cabeza del juez, en la medida que, la mayoría de ellas, tienen un contenido demasiado complejo y falta de claridad. Así, y solo por enfocarme en una (advirtiendo que existen varias), analizamos aquella que califica como causal de casación el error en la interpretación de una norma legal o jurisprudencial. De esta puede cuestionarse: ¿qué se entiende por debida interpretación? Solo por ejemplificar una respuesta dada a ese interrogante, traeré a colación una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que data del 24 de noviembre de 2004¹⁶ (rad: 24.323), en la que indica

15 El Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (1948) en su artículo 87. -Modificado. D.R. 528/64, art. 60, establece las Causales o motivos del recurso:

En materia laboral el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1. Ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.
Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.
 2. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia, o de aquélla en cuyo favor se surtió la consulta.
- 16 Explica la Corte la causal primera, señalando que la violación directa de la ley sustancial, el error del juez es de juicio o *in iudicando* al momento de aplicar o interpretar la ley (constitucional o legal) llamada a regular el caso a resolver, y puede acontecer por uno de estos sentidos:
- **falta de aplicación** -error de existencia-, cuando se ignora que la norma existe, se considera que no está vigente o se estima que está vigente, pero no es aplicable.
 - **aplicación indebida** -error de selección-, cuando la norma escogida y aplicada no corresponde al caso concreto. E,
 - **interpretación errónea** -error de sentido-, cuando la norma seleccionada es la correcta, pero el juez no le da el alcance que tiene o lo restringe.

que el error por indebida interpretación de una norma se genera cuando la norma seleccionada es la correcta, pero el juez no le da el alcance que tiene o lo restringe, sancionándose la falta de intelecto al momento de aplicar o interpretar la ley. Como se aprecia, se trata de una descripción muy genérica para constituirse en un criterio objetivo y, por ende, de una regla subjetiva.

Lo que convierte en más grave el asunto es que criterios como este (y que, insisto, son carentes de claridad) son utilizados para determinar la responsabilidad del administrador de justicia cuando es objeto de una denuncia por prevaricato. Encontramos, dentro de otras, una sentencia, que data del 25 de mayo de 2005¹⁷ (rad: 22855, 2005), en la que se dispuso, en torno a la debida interpretación de una norma, que esa valoración dependerá de la mayor o menor dificultad interpretativa y la divergencia de la resultante, tomando en cuenta criterios doctrinales y el contexto en que se efectúa. Nuevamente, puedo decir que, utilizar como criterio la mayor o menor dificultad interpretativa, en nada abona en pro de la claridad de la regla.

Otro parámetro utilizado para determinar cuándo existe una debida justificación lo encontramos en sentencias emanadas del Consejo de Estado, en las que se estudia la existencia del error judicial.

Para el máximo órgano de lo contencioso administrativo, en sentencias como la calendada 2 de mayo de 2007, expediente 15776, y del 14 de agosto de 2008, expediente 16594¹⁸, del 26 de julio de 2012 (rad: 22.581, 2012), 16 de Mayo de 2016, Radicación: 25000232600020040041002 (34818), la debida motivación de una decisión judicial depende de su grado de racionalidad: denotando ese concepto (racionalidad) en los términos que desarrolla Alexy y Dworkin¹⁹. Así, entonces, una debida argumentación será aquella que se ajuste al concepto de racionalidad desarrollado por Alexy y Dworkin. Parece fácil, pero no lo creo.

No solo el Consejo de Estado apela al criterio de racionalidad, también lo hacen el Consejo Superior de la Judicatura (órgano encargado de estudiar la responsabilidad disciplinaria de los jueces) y la Sala

Frente a esta causal la jurisprudencia viene enseñando que el demandante debe aceptar los hechos y la valoración probatoria tal y como fueron plasmados por los jueces de instancia en la sentencia, debiendo proponer una discusión eminentemente jurídica en la cual demuestre el error o errores del intelecto al momento de aplicar o interpretar la ley y la consecuente trascendencia del yerro en el sentido del fallo.

- 17 Señaló la Corte: “El examen subjetivo de la conducta señalada de prevaricadora, ha de partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada, así como de la divergencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre su sentido o alcance, elementos de juicio que no obstante su importancia, no son los únicos, imponiéndose avanzar en cada caso hacia la reconstrucción del derecho verdaderamente conocido y aplicado por el servidor judicial en su desempeño como tal, así como en el contexto en que la decisión se produce, mediante una evaluación ex ante de su conducta.”
- 18 Señaló el consejo de Estado en las citadas decisiones: “Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que, en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento –una justificación o argumentación jurídicamente atendible– pueden considerarse incursas en error judicial”.
- 19 El consejo de Estado, en sentencia del 26 de julio de 2012 (Rad: 22.581, 2012), al desarrollar el concepto de error judicial como límite negativo a la motivación del juez, supeditó el concepto a la racionalidad de la argumentación bajo el entendido de lo expresado por Robert Alexy y Ronald Dworkin, señalando: “7. [...] un error judicial comporta en muchos casos un juicio difícil, pues si bien el parámetro para definir el error es la norma jurídica aplicable al caso, no siempre ésta arroja resultados hermenéuticos unificados, con lo cual distintos operadores jurídicos pueden aplicar la misma norma a partir de entendimientos diferentes, con resultados igualmente dispares”.
18. Este asunto de la banalización del error judicial adquiere un carácter superlativo si se tienen en cuenta no solo los distintos métodos de interpretación jurídica existentes –que llevan a juicios concretos distintos–, sino también la variedad de concepciones del derecho que circulan en el mundo académico y que tienen gran incidencia en cuestiones prácticas como las judiciales. Si según alguna versión del realismo jurídico el derecho es lo que diga el juez y para el *iuspositivismo* existen varias respuestas correctas en derecho, entonces la pregunta por el error judicial puede quedar en entredicho, pues en el primer caso no sería posible juzgar a quien estipula el derecho y en el segundo el intérprete siempre quedaría justificado porque básicamente escogió una de las posibilidades hermenéuticas de las varias que ofrece la norma.
19. Para darle sentido y justificación a una norma como el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 que ve materializado el error judicial a través de una providencia contraria a la ley, la concepción del Derecho que mejor explica el fenómeno es el *iusnaturalismo* en su versión moderna *iusracionalista* que apuesta por la corrección de las decisiones jurídicas sobre la base de una argumentación razonada. Como es sabido, la tesis de la única respuesta correcta desarrollada por la concepción *iusracionalista* del Derecho, con Dworkin a la cabeza, tiene como su variante más influyente, la propuesta de Alexy sobre la respuesta correcta como idea regulativa: la que a su turno es un desarrollo de su tesis filosófica sobre moral correcta
20. De modo que, a diferencia de la corrección sustancial a la que sería capaz de llegar el juez Hércules, de Dworkin, en Alexy se propone una corrección como idea regulativa a la que es posible llegar en un escenario ideal de diálogo, a partir del cumplimiento de las reglas y formas de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta que esta no es más que un caso especial de la argumentación general, caracterizada por la racionalidad; esto es, por el uso de la razón práctica.
22. En suma, mejor que otras concepciones del Derecho, la *iusracionalista* permite justificar la existencia y sentido de normas sobre el error judicial y explicar adecuadamente las propiedades mismas de este fenómeno jurídico en el que, eventualmente, pueden incurrir las autoridades judiciales, independientemente de su nivel jerárquico.

Disciplinaria, entre otras. En la sentencia del 18 de mayo de 2016 (rad: n.º110010102000201100610 00/1944F), al estudiar una acción disciplinaria que inició como consecuencia de una queja contra magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, se endilgaba la comisión de una falta producto de una indebida interpretación y se sostuvo que la discrecionalidad del juez, al interpretar una disposición normativa, se evalúa según el grado de razonabilidad con que asume cada uno de los asuntos que se encuentran a su cargo; siempre estando sujeto al imperio de la Constitución y la Ley, que es límite dado al principio de autonomía judicial. Además de las señaladas,

encontramos a la tan reconocida y prestigiosa Corte Constitucional, que al regular los defectos en que puede incurrir el juez al justificar sus decisiones, establece normas que no gozan de la claridad suficiente para ser aplicadas; por ejemplo, cuando conceptualiza la violación directa de la Constitución, se limita a señalar que se genera en aquellos casos en los cuales la decisión aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución²⁰, deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto²¹; y cuando el juez se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión resulta cercenadora de derechos fundamentales.

LA VERDADERA COMPLEJIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Como lo he querido mostrar, las reglas enunciadas no permiten constituir un parámetro objetivo para determinar la forma en cómo estructurar y evaluar la decisión judicial; reiterando que las reglas que regulan la debida motivación, en su gran mayoría, tanto las legales como las jurisprudenciales, no son claras. Lo previo, incide en la percepción de corrupción que se tiene sobre los jueces, pues puede, a discreción de quien se encuentra evaluando una decisión como prevaricadora o constitutiva de una falta disciplinaria, asumir que ella, efectivamente, incurre en el defecto, y a la postre incidir en la percepción generalizada que existe sobre ellos; sin embargo, el propósito del presente es mostrar cómo la complejidad que abarca la decisión no permite que esa generalización sea del todo válida.

Sobre la complejidad de la decisión judicial hemos sostenido que el juez, al momento de decidir, debe llevar a cabo una justificación de tres niveles: (Ai) una justificación jurídica; (Aii) una justificación probatoria; y (Aiii) una justificación discursiva o procesal, en la que debe identificar el trámite procesal que debe seguirse, la regla probatoria que rige la distribución de las cargas, la valoración de las pruebas y la regla jurídica que determina a quién le asiste el derecho reclamado (Güette Hernandez 2019). Además, en cada

una debe elegirse entre las alternativas presentadas en la demanda, la contestación de la demanda, las intervenciones litisconsorciales y los llamados en garantía, e inclusive aquellas propias que pueda aplicar, se genera un escenario decisorio.

Y si dudan de lo que expreso, asumiendo que se trata de un escenario irreal, piensen en el caso de un Concejal que solicita por la vía ejecutiva, ante el Juez promiscuo municipal, el pago de las sesiones a las que asistió durante el periodo por el que fue elegido. Para el efecto, aporta como título la resolución de nombramiento y solicita que se libere mandamiento de pago no solo por los salarios dejados de percibir, sino además por la sanción moratoria producto del pago extemporáneo de las cesantías. En este caso los problemas jurídicos que deben resolverse se enmarcan en los tres niveles antes esbozados; de suerte que, deberá indagarse si el proceso ejecutivo es el adecuado para llevar a cabo el reclamo, y si el Juez promiscuo municipal es el competente. En el nivel probatorio, el mérito de la resolución aportada; además, si esta es plena prueba de la obligación reclamada, y, de no serlo, a quién corresponde aportar los documentos que hagan falta. En el nivel jurídico, propiamente dicho, deberá indagarse si existe mérito para librar mandamiento de pago, si la obligación es

20 Al respecto, ver sentencia T-490 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

21 Al respecto, ver sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

clara, expresa y exigible, y, de serlo, si a partir de ella puede reclamarse, además de los salarios dejados de percibir, la sanción moratoria.

Supongamos ahora que, en ese caso, el juez toma la decisión de asumir la competencia y, a su vez, ordena librar orden de pago, por considerar que los documentos aportados tienen el mérito de convicción para demostrar la existencia de la obligación. Esta decisión, a su vez, es cuestionada por el perjudicado, al punto

de interponer una denuncia ante la Fiscalía General de la nación, aduciendo que hubo un detrimento patrimonial en las arcas del Estado, por lo que solicita, ante un Juez de control de garantías, se inicie una investigación por prevaricato; evento en el cual, el Fiscal procede a interrogar al juez, y, por si acaso, se dirige ante un Juez de control de garantías, a efectos de solicitar se libere orden de captura, a lo que se accede, materializándose la privación de la libertad mientras se lleva a cabo el juicio.

DE NUEVO AL PRINCIPIO

Retomando, asumamos que estamos ante una situación similar a la mostrada en la noticia periodística antes citada en este trabajo, aclarando que aquella consistió en supuestos fácticos completamente distintos. Empero, quiero llevarlos a cuestionar si las reglas establecidas para justificar, en debida motivación de una decisión judicial, son suficientemente claras como para imponer como medida cautelar, en un juicio por prevaricato, la privación de la libertad. La respuesta que anticiparán los que, de manera atenta, han seguido mis líneas, es una negación rotunda: más aún en el contexto propio de un Juez de control de garantías. Para explicar mi conclusión se debe precisar que un Juez de control de garantías, al momento de librar una orden de captura, debe tener en cuenta lo establecido en los artículos 297²², 308²³, de la Ley

906 (2004), y estudiados de manera armónica con los artículos 295²⁴ y 296²⁵ de la misma legislación; los que, en síntesis, precisan: la necesidad de llevar a cabo una inferencia razonable de autoría o participación. Así, cuando se le solicita se libere una orden de captura por la presunta comisión de un prevaricato por acción, deberá el Juez de control de garantías, realizar una inferencia razonable de autoría o participación para verificar si este profirió resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley²⁶. Téngase en cuenta que, en las etapas iniciales, donde se solicitan esas medidas cautelares, no existen medios de prueba, sino elementos materiales probatorios y evidencia física, los cuales son medios de convicción que no han sido sujetos a contradicción. Por lo tanto, una orden de captura dictada contra un juez al que se le investiga

22 Artículo 297. Requisitos generales. Modificado por el art. 19, Ley 1142 de 2007. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirige la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

23 Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

24 Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

25 Artículo 296. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

26 El prevaricato por acción se encuentra regulado en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Este señala:

Prevaricato por acción. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

por haber prevaricado se lleva a cabo, a partir de un juicio de probabilidad (en esto consisten las inferencias), supeditado a elementos de convicción que no han sido objeto de contradicción, en el marco de un conjunto de reglas complejas y con falta de claridad. No es de extrañarse que decisiones como la utilizada como ejemplo hayan sido revocadas por otros jueces.

Quiero puntualizar que mi tesis no asegura que es imposible evaluar una decisión judicial y que no hay posibilidad de corrupción al interior de la judicatura. Más allá de eso, trato de evidenciar que, en el escenario actual, la complejidad de la decisión judicial no puede ser superada de manera fácil con las reglas existentes: por lo que no pueden hacerse juicios de probabilidad, ni mucho menos *a priori*, al momento de evaluar la debida motivación, para cualificarla como buena o

mala; mucho menos, imponer medidas cautelares que se aplican a partir de juicios inferenciales, donde los hechos indicadores se constituyen en medios de convicción que no han sido objeto de contradicción.

Además, y aun cuando existan medios de prueba y deba dictarse una sentencia: no puede una decisión que condene a un juez por prevaricato desarrollarse solo en el marco de la disparidad de criterios, de manera que el evaluador se limite a imponer su criterio sobre el del juez. Lejos de eso, debe respetarse la autonomía e independencia con la que este cuenta, siempre y cuando se desarrolle con sujeción a la ley; entendida esta, en el marco de la indeterminación de la misma, como aquel juicio al que no puede endilgársele la naturaleza o condición de descabellado o desproporcionadamente arbitrario.

CONCLUSIÓN

Para concluir, quiero reproducir los terminos con los que Villamil Portilla se refiere a la garantía de la motivación; en especial, cuando precisa que esta es importante y necesaria para un sistema jurídico, en tanto significa “proscribir la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la dedcisión pueden seguir el camino que llevó al juez a determinado tipo de solución, para así acreditar que a ella no se llegó por mera coincidencia, por un arrebato de adivinación o cuestión similar, sino siguiendo caminos que pueden ser rastreados y reconstruidos racionalmente” (2008, 40).

Empero, arbitrariedad no puede connotarse como arbitrario en un sentido negativo²⁷, sino como una forma de ejercer el arbitrio o independencia²⁸ bajo unos límites que impidan calificar el ejercicio en el marco de

la corrupción. Sucede, sin embargo, tal y como se ha mostrado, que los criterios que se utilizan para evaluar una decisión como irracional, son insuficientes; por lo tanto, y en ese escenario: es irracional catalogar de irracional la argumentación inmersa en una decisión (y mucho menos catalogarla de corrupta). Esta condición de irracional a la que me refiero, y que es distinta a la que debe aplicarse en la evaluación de argumentaciones, es, eminentemente, comunicativa y se genera por la existencia de una ambigüedad semántica que impide el entendimiento entre dos o más sujetos; en este caso, evaluador y evaluado, permitiendo catalogar de irracional a quien evalúa sin darse a entender o, lo que es lo mismo, quien juzga de irracional a otro, sin expresarle qué se entiende por racional.

Por consiguiente, cuando, ya disciplinaria o patrimonialmente, se sanciona a un administrador de

²⁷ Manrique Muñoz explica al adentrarse en la escuela de la exégesis que su fundamento partió de entender que la interpretación es una forma de permitir el arbitrio judicial, que es algo así como arbitrariedad, por lo que se buscó fuera restringida, por lo tanto, se limita la interpretación, para evitar que la voluntad del legislador y por ende del pueblo sea restringida (2014).

²⁸ Esta es una de las grandes controversias que existen entre Dworkin (Dworkin 2014) y Hart (1998), pues el primero de ellos, al criticar la función de los jueces en el marco de la textura abierta del lenguaje sostenía que esa llamada discrecionalidad que el segundo pregona, debe entenderse como arbitrariedad, al no existir límites sobre ella; para lo que Hart propone los llamados estándares de lo razonable como límites a la actividad de los jueces, entendidos estos como son sucesos o estados de cosas fácilmente identificables, producto de una convención artificial, explícita o implícita que culmina “en un procedimiento fácilmente identificable y uniforme y que por virtud de ello, este claramente deslindado lo que está bien y lo que está mal en estas cuestiones” (Hart 1998, 167).

justicia, se debe, como condición mínima en términos argumentativos, sentar las bases claras, precisas, y determinadas de los criterios utilizados; y no limitarse a utilizar categorías abstractas que hacen mucho más confuso el escenario. Así, es posible construir el marco de constatación o subregla de Derecho a partir de la cual se definirá el asunto; más, cuando se hace referencia a estos como licencia de inferencia. Esto debe ser así, en la medida que la constatación o evaluación realizada en estos ámbitos es propia de la teoría del Derecho y no del Derecho en sí mismo; en tanto, y como ya lo afirmé: no existe una norma positiva en el ordenamiento jurídico colombiano que establezca criterios para cualificar una argumentación de buena o mala y, consecuentemente, como sancionable penal

o disciplinariamente, o constitutiva de error judicial; aunado a que esta condición (lo bueno o lo malo) se cataloga tomando como referencia otro concepto subjetivo, como es, lo caprichoso, arbitrario, flagrante, violatorio, manifiesto, grave o grosero.

Así, y aun cuando sea una autoridad de cierre la que evalúe, no genera ello, como condición *per se*, que la evaluación realizada sea racional. Por eso, insisto, deben definirse con claridad los criterios de evaluación utilizados para que luego esas subreglas de Derecho le sirvan a los evaluados para ajustarse a ellas; de lo contrario, se abona el terreno para que esa irracional racionalidad se abra paso con efectos devastadores a la independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 2007. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Aliste Santos, T. 2011. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, Manuel. 2013. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- De Paramo Argüelles, Juan Ramón. 1988. "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, n.º 22: 91-122. Acceso el 10 de septiembre de 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79365>
- Dworkin, Ronald. 2014. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- García Amado, Juan A. 2013. *Razonamiento jurídico y argumentación*. León: Eolas Ediciones.
- García Figueroa, Alfonso. 2014. "Contexto de descubrimiento y contexto de justificación". En *Argumentación jurídica*, coordinado por Marina Gascón Abellán, 137-155. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hart, Herbert L.A.. 1998. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kennedy, Duncan. 2005. *Libertad y restricción de la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Malem Seña, Jorge Francisco. 2014. *La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales*. *Illes i imperis*, n.º 16: 169-80. Acceso el 10 de septiembre de 2022. <https://raco.cat/index.php/IllesImperis/article/view/284890>
- Manrique Muñoz, Carlos. 2014. *El libro negro de la interpretación jurídica*. Bogotá: Abadía Jurídica Limitada.
- Rodríguez Boente. 2003. *La justificación de las decisiones judiciales*. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela.
- Taruffo, Michele. 2012. *Proceso y decisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Villamil Portilla, Edgardo. 2008. *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Wieweg, Theodor. 2007. *Tópica y jurisprudencia*. Pamplona: Arazandi.
- Normativa y jurisprudencia**
- Código de Procedimiento Penal, Ley 906. Colombia. Diario Oficial número 45.657. 2004.
- Código General del Proceso. Colombia. 2012.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Colombia. Diario Oficial n.º 44.64. 1948.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270. 1996.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 906. 2004.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1437. 2011.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1564. 2012.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia n.º 15.776, 2 de mayo de 2007.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia n.º 16.594, 14 de agosto de 2008.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia n.º 22.581, 26 de julio de 2012.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia n.º 34.818, 16 de mayo de 2016.

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Colombia. Radicación: n.º 110010102000201100610 00 /1944F, 18 de mayo de 2016.

Constitución Política de Colombia. 1886.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia n.º 24.323, 24 de noviembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia n.º 22.855, 25 de mayo de 2005.

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ACTIVIDAD DEL JURISTA PRÁCTICO
Una mirada desde el postpositivismo

PHILOSOPHY OF LAW REGARDING THE ACTIVITY OF THE PRACTICAL JURIST
A view from postpositivism

FILOSOFIA DO DIREITO NA ATIVIDADE DO JURISTA PRÁTICO
Um olhar desde o pós-positivismo

*Jaime Rosero Cabezas**

Recibido: 27/X/2022
Aceptado: 22/XII/2022

Resumen

Este artículo intenta abordar los principales motivos para entender la conexión existente entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico. El autor fija su atención en desarrollar un camino que llegue a establecer que la transformación social es el objetivo primordial de la nueva corriente del Derecho. Además, conecta el desarrollo del Derecho actual (constitucionalismo y giro argumentativo), con un fuerte apego a temas filosóficos del Derecho.

Palabras clave: Transformación social; Constitucionalismo; Giro argumentativo; Práctica; Juez; Abogado; Rol transformador; Saberes sociales

Abstract

This article addresses the main reasons for understanding the connection between the Philosophy of Law and the activity of the practical jurist. An attempt is made to establish that social transformation is the primary objective of the new legal current. Additionally, the article connects the development of current legal practice

(constitutionalism and the argumentative approach) with a strong bond to philosophical law topics.

Keywords: Social transformation; Constitutionalism; Argumentative approach; Practice; Judge; Lawyer; Transforming role; Social knowledge

Resumo

Este artigo tenta abordar os principais motivos para entender a conexão existente entre a Filosofia do Direito e a atividade do jurista prático. Nesse sentido, se tenta desenvolver um caminho que chegue a estabelecer que a transformação social é o objetivo primordial da nova corrente do Direito. Ademais, se conecta ao desenvolvimento do Direito atual (constitucionalismo e giro da argumentação) com um forte apego a temas filosóficos do Direito.

Palavras-chave: Transformação social; Constitucionalismo; Giro da argumentação; Prática; Juiz; Advogado; Função transformadora; Saberes sociais

* Abogado por la Universidad Central del Ecuador; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Palermo, Italia. Es coordinador académico de Unión Académica Profesional (UNAP Seminarios), presidente honorífico de la Academia de Derecho y Argumentación. Correo electrónico: jroseroc@unapseminarios.com

Cómo citar este artículo: Rosero Cabezas, Jaime. 2023. "Filosofía del Derecho en la actividad del jurista práctico. Una mirada desde el postpositivismo". Revista de estudios jurídicos Cálamo, N° 18: 93-105.

INTRODUCCIÓN

La Filosofía puede ser entendida como una parte fundamental del desarrollo de la sociedad. Su búsqueda de respuestas racionales a los problemas del mundo y su interés en ofrecer repuestas a fenómenos y situaciones sociales, la convierten en la base de toda colectividad. Sin embargo, para efectos prácticos, la Filosofía no genera mayor interés en las personas que forman parte de una sociedad (por lo menos en su gran mayoría), pues es común observar un desarraigo total a temas filosóficos, lo que ha desembocado en un desentendimiento hacia los temas que le ocupan y, sobre todo, a un alejamiento de las bondades que la Filosofía puede aportar a la sociedad en todos los niveles.

Misma suerte se observa en la Filosofía del Derecho y en su relación con la parte práctica: existe una desconexión total y evidente entre la práctica del jurista y el estudio filosófico del Derecho. Esta realidad ha marcado el desarrollo del proceso judicial en muchos contextos y ha dado cabida a un posicionamiento enorme del empirismo en la práctica diaria de abogados y jueces. En este sentido, los cuestionamientos que podemos tener frente a esta realidad pueden ser muy variados y dependen de la posición desde donde se los realiza (filósofos del derecho o juristas prácticos). Considero que lo importante es poner en la mesa del debate este tema, y para ello es necesario ver las posibles causas de esta realidad.

En primera instancia, el rol de la Filosofía del Derecho es fundamental y su entendimiento brindará mayor valía al ejercicio profesional. El problema radica en que la Filosofía del Derecho no es del todo valorada por el jurista práctico y, entre un cúmulo de motivos, puedo distinguir cinco que considero importantes:

1. La estructura de los textos jurídicos sobre Filosofía del Derecho son, en gran medida, poco entendibles o su lectura se torna pesada; esto causa un efecto distancia-desinterés de parte de quienes ejercen la profesión y produce un alejamiento marcado entre estos¹.
 2. Este alejamiento ha permitido que se intente suplir su falta con cuestiones meramente accesorias; por ejemplo, manuales de litigación, formato de demandas, técnicas de argumentación y litigación etc.; cuestiones que a lo único que motivan es a un ejercicio limitado e inercial del Derecho. Similar es el caso de la teoría de la argumentación jurídica (por desconocimiento o no), pues se cree que es netamente práctica y no se visualiza que tiene una fuerte carga *iusfilosófica*.
 3. Existe un fuerte apego a entender el Derecho como un conjunto de normas autoritativas reguladoras de las sociedades (normativismo), y producto de aquello se ha dejado de lado una realidad evidente: no existe institución social en cualquier nivel en donde el Derecho no tenga incidencia y juegue un rol transformador, en otras palabras, no se entiende que el Derecho tiene una carga social alta y que por esa cuestión su actividad es práctica (Atienza 2018, 15).
 4. Todo el conocimiento filosófico del Derecho ha sido gradualmente encasillado en una idea especulativa lineal, principalmente porque se dejó de lado la idea de una construcción sistematizada del Derecho apegada a los saberes del jurista práctico y su desarrollo alrededor de sistemas jurídicos (Nino 2018, 315).
 5. La realidad de nuestra práctica jurídica es hacer Filosofía sin saberlo. En el ejercicio de la profesión se utilizan ideas filosóficas y teóricas, pero las mismas carecen de análisis o conciencia de su uso.
- Tratar de encontrar el camino para una solución a estos problemas es algo complejo; no obstante, se lo debe intentar. En este punto, considero que uno de los mecanismos idóneos para encaminar la discusión, es entender o mirar el problema desde las teorías postpositivistas del Derecho (he ahí el nombre del artículo); por ello, la propuesta que quiero presentar está guiada por lo escrito, disertado y publicado por los referentes de esta corriente, de la cual me considero un adherente.

¹ Cuestión que ya ha sido expuesta por el profesor Manuel Atienza en varios espacios académicos; a lo que yo podría agregar (sobre todo en el espacio latinoamericano) que es una falacia creer que mientras más complicado el texto, mayor conocimiento o erudición tiene el autor.

Debo aclarar, mi intención es acoplar las bondades de la Filosofía del Derecho a la actividad del jurista práctico; en especial, a la actividad del abogado, a quien

imagino como pieza fundamental del proceso judicial y, por ende, del proceso argumentativo, idea que he defendido en varios espacios académicos.

LA DEMANDA (NECESIDAD) DE FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL CONTEXTO ACTUAL

Hablar de demanda de Filosofía del Derecho resultaría un tanto contradictorio, dadas las circunstancias explicadas en la introducción de este artículo. Sin embargo, hay que remarcar, si hoy hablamos de una necesidad es, en gran medida, por el desarrollo y evolución que ha tenido el Derecho en las últimas décadas. Esa desenfrenada necesidad de explicaciones base sobre cómo funciona el Derecho², cuál es su finalidad y cómo se lo debería entender, nace con las mismas teorías precursoras de la argumentación³, la entrada en escena del constitucionalismo, los derechos fundamentales, la visión integradora de los derechos humanos y, en esencia, el cambio latente en la manera de entender la interpretación de derechos (Ródenas 2017, 34).

Como sostiene la profesora Ángeles Ródenas: “La incursión de este nuevo panorama en el Derecho ofrece una nueva edad de oro a la Filosofía del derecho. La Filosofía del Derecho del siglo XXI se encuentra ante el reto evolutivo de reinventarse a sí misma para facilitar la comprensión teórica de todos estos fenómenos, o dejarse extinguir, convertida en un saber de arcanos” (Ródenas 2017, 34). Está claro que las condiciones actuales del estudio y práctica del Derecho dan cabida a una necesidad filosófica base; sin embargo, esto no significa que todos los intervinientes en la práctica jurídica sean conscientes de aquello o que, al menos, se den cuenta de esta necesidad. Al hablar de demanda, me quiero referir a que las condiciones actuales del Derecho requieren de temas filosófico-jurídicos para su entendimiento o desarrollo, lo que no está del todo claro para quienes ejercen. Creo que el reto va por este

camino, hacer visible esta necesidad y, desde de ahí, construir una vía conectada a los saberes jurídicos prácticos y teóricos.

Por citar un ejemplo, en un Estado constitucional de derecho, tanto la actividad del juez como la del abogado sufrieron un cambio radical; sea en su proceso interpretativo, comunicacional (lenguaje) o procesal, lo que obligo a entender de manera diferente la práctica del jurista. En este contexto, la Filosofía del Derecho se convierte en un mecanismo de dotación de herramientas (sobre todo teóricas) para afrontar los nuevos retos que el constitucionalismo requiere: lo mismo se puede traducir al auge de los derechos humanos, de las teorías de la argumentación jurídica, etc. Lo que se debe entender es que todo esto ha abierto las puertas a una mejor visualización del Derecho como práctica.

En ese sentido, todos estos cambios en la Teoría del Derecho nos han permitido fijar nuestro punto de atención a cuestiones relevantes (lo cual no sucedía antes) y ha consentido, de manera indirecta, a un progreso en la actividad del jurista práctico. Hemos pasado de un ejercicio inercial de la profesión a uno mucho más crítico y analítico; sobre todo en el caso del abogado, pues nuestro ejercicio práctico, de a poco, abandonó esa idea, muy arraigada en nuestra cultura, de creer que el Derecho se aprende en los juzgados. Hoy damos cabida a un análisis mucho más preciso, técnico y teórico de cada caso; cabe aclarar, esto se ha dado más por la necesidad y el avance del Derecho que por voluntad propia. Sin embargo, las condiciones son propicias para el desarrollo de una Filosofía del

2 Según el Profesor Rodolfo Vigo, ante la consulta sobre si el jurista debe conocer de Filosofía del Derecho, lo mínimo que un jurista debe procurar entender son cuestiones esenciales acerca del Derecho; es decir, temas que la Filosofía del Derecho trata y estudia a plenitud: concepto del Derecho, teoría de la justicia, escuelas del Derecho, etc. (entrevista al profesor Rodolfo Vigo por el Dr. Guillermo Tenorio Cueto, realizada en el programa Ante la Ley, de la Alianza para la Excelencia Académica del DE, 2015; disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0Y3xkjZIK-k&t=1955s>).

3 Teorías que promulgaron la idea de superación de la lógica formal en el razonamiento jurídico y pusieron en la palestra del Derecho, nuevamente, temas como la retórica, tópica, dialéctica, etc. Entre sus máximos exponentes tenemos a Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Stephen Toulmin.

Derecho apegada a la práctica del jurista, situación que se ha dado durante algún tiempo, aunque muchos de sus intervinientes no tengan un sentido real de su dimensión.

En consecuencia, la necesidad de la que hablamos es real y tangible, pues resulta evidente cómo se ha enriquecido el debate jurídico apegado a la Filosofía del Derecho. Respecto a esto, la profesora Ángeles Ródenas señala: “En suma, existe una demanda real y efectiva de un análisis filosófico que haga emerger toda esa parte del fenómeno jurídico cuya novedad plantea serias dificultades en su manejo a dogmáticos y juristas prácticos. Esta tarea constituye un nuevo y atractivo reto para la investigación en Filosofía del Derecho: de que este reto sea adecuadamente atendido dependerá, en buena medida, el futuro de nuestra disciplina” (2017, 36). Esta reflexión nos deja dos ideas: si la Filosofía del Derecho logra incrustarse en el ejercicio diario del jurista, podrá tener un amplio campo de aplicación; lo mismo se podría ver reflejado en la actividad dogmática, pero dependerá de cómo se lo intenta. En ese sentido, si seguimos con la misma intención de crear una ciencia genuina del Derecho, apartada de los propósitos y funciones que aportan los juristas prácticos (Nino 2018, 315), el resultado no será distinto a lo que sabemos; es por ello que su vínculo debe estar ligado a las teorías que le permitan esa fluidez o ese libre desarrollo. Lo que quiero resaltar en este punto es que, una visión práctica del Derecho es la que se conecta a esta idea; por ende, la teoría postpositivista es la que más se ajusta a esta realidad (como lo explicaremos más adelante).

Con lo indicado, sin pecar de optimista, considero que las realidades actuales ayudan a un posicionamiento de la Filosofía del Derecho en los saberes jurídicos y, en consecuencia, dependerá de quienes estamos interesados o inmersos (en distintos niveles) en estos temas, el trabajar para cumplir con esta necesidad. Coincido con el profesor Manuel Atienza en entender que Filosofía del Derecho no puede quedar exclusivamente en manos de filósofos; más bien, debe ser democrática y compartida (Otálora Malassis 2018, 244).

En conclusión, la actividad del jurista práctico siempre va a requerir de Filosofía del Derecho, y creería

que esta necesidad (por lo menos en el futuro cercano) seguirá en aumento, pues la evolución que estamos presenciando del derecho nos ha orillado (consciente o inconscientemente) a mejorar nuestra actividad práctica: siendo la opción *iusfilosófica* la vía para lograr aquello. Recojo lo escrito por el profesor Jesús Vega al señalar: “Pero lo cierto es que los juristas-filósofos han seguido echando mano de Filosofías generales vigentes o no tan vigentes (así, no se entendería a Kelsen sin Kant, a Hart sin Wittgenstein, a Finnis sin Tomás de Aquino, a Alexy sin Habermas, a los hermenéuticos sin Gadamer), Filosofías a las cuales sin embargo dan giros diferentes y novedosos, impulsados por el interés reflexivo en función del Derecho y los desarrollos de la práctica jurídica” (Vega 2018, 5). Lo cierto es que, mientras la práctica jurídica avance, los temas de Filosofía relacionados al Derecho siempre serán útiles y necesarios, incluso en la dogmática jurídica (como lo veremos), por lo que debemos entender esta demanda como una necesidad imperante.

Dogmática jurídica en la práctica del jurista: ¿es necesaria en el contexto actual?

Con el avance del Derecho que hemos mencionado, resulta improbable que la dogmática jurídica no sienta un cambio o una necesidad de expandir sus áreas de desarrollo. En este caso es forzoso realizar varias puntualizaciones *a grosso modo*, sobre todo para encastrar el desarrollo de este artículo, y no dejar de lado el aporte que brinda la dogmática jurídica al ejercicio práctico y los beneficios que tendrá al conectarse con ciertos saberes de la Filosofía del Derecho. Ante esto, entiendo el arraigo, entre los juristas prácticos, del término dogmática jurídica; sin embargo, considero que hay elementos que se debe tomar en cuenta para dar una idea del cambio que debe tener para acoplarse a las realidades teóricas actuales, ante esto puedo indicar:

1. La intensión de una construcción de ciencia jurídica, por varias escuelas del Derecho, tiene real incidencia en el desarrollo y evolución de la dogmática jurídica. Ese objetivo de dar un sentido de cientificidad al Derecho ha construido el camino en que la dogmática jurídica ha desempeñado su desarrollo. En consecuencia, en el modelo de

Kelsen, la idea de ciencia jurídica se construyó apartada de elementos extra-normativos, sociológicos, económicos e ideológicos (Nino 2018, 315), con vistas a un modelo de descripción normativa; así, la dogmática jurídica tuvo en el positivismo jurídico un desarrollo amplio⁴ y al mismo tiempo se limitó a ser una disciplina del Derecho cuyo objetivo primordial fue la extracción de contenido y significado de las normas jurídicas positivas. Al respecto, Carlo Nino indicó lo siguiente: “El calificativo de ‘dogmática’, con que se suele señalar la clase de investigación jurídica que venimos analizando, constituye un indicio de una actitud que puede considerarse típica de esta modalidad de ciencia jurídica: la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo” (2018, 322). Estamos, por tanto, ante una adhesión de la dogmática jurídica al Derecho positivo; y es que no podía ser de otra forma, pues son las normas el punto de partida desde donde los dogmáticos ejercen su labor y operan (Atienza 2018, 167).

Sin embargo, esto no quiere decir que la dogmática jurídica no haya realizado, esté realizando o pueda realizar, actividades fuera de la interpretación normativa. De hecho, pese a la limitación presentada (concepción dominante teñida por un tipo de positivismo), la dogmática jurídica ha buscado los modos y brindado un aporte al ejercicio del Derecho (pese a que su naturaleza no lo requiere) (Aarnio 1991, 53). En este contexto, logró reformar el Derecho, brindando precisiones a conceptos vagos de las normas, ayudó en el campo de las lagunas jurídicas y aportó con ideales axiológicos a las normas (Nino 2018, 326); todo esto tuvo como resultado un ajuste del Derecho hacia ideales racionales desde un uso de la norma positiva.

2. Es innegable que el uso recurrente de la dogmática jurídica ha visto su máxima difusión en la actividad de los juristas prácticos y se han notado algunas conexiones con la aplicación del Derecho (sobre todo de los jueces) (Aarnio 1991, 55),

pues en el desarrollo práctico de su actividad (al estructurar sentencias) usan dogmas jurídicos en sus ideas y proposiciones, del mismo modo que los abogados en sus alegatos. Empero, pese a su innegable utilidad en la práctica, la dogmática jurídica ha empezado a ser cuestionada, sobre todo en el punto de la justificación de sus presupuestos y en el hecho de que su descripción del Derecho no es realmente fiel a la realidad de este; en otras palabras, el avance del Derecho que hemos mencionado en líneas anteriores, ha puesto en evidencia que la dogmática jurídica se ha estancado en los saberes jurídicos actuales; un ejemplo claro de esto se puede ver en la altísima necesidad que los juristas prácticos han puesto en la jurisprudencia constitucional. Se ha dejado de lado el trabajo dogmático y hemos puesto nuestra atención a la labor teórico-práctica de las altas cortes: quizá esto se deba a la necesidad de darle fuerza de autoridad a nuestros argumentos, al trabajo filosófico jurídico que desempeñan la jurisprudencia actual, la entrada en vigencia del constitucionalismo y el rol que juegan los principios actualmente, entre otras cuestiones. El profesor Atienza indica: “Sea como fuere, lo que parece claro es que hoy en día el uso de la expresión ‘dogmática jurídica’ resulta sumamente inadecuada para dar cuenta del saber característico de los juristas que tradicionalmente se denominó más bien jurisprudencia” (2018, 170).

Pareciera que los estudios actuales del Derecho ya no se acomodan a lo que conocíamos como dogmática jurídica o, por lo menos, son insuficientes para dar cuenta justificada de cierta postura, lo que podría lograrse desde la Filosofía del Derecho o la teoría del Derecho (*ibidem*). Pero esto no significa, de ninguna manera, que debemos prescindir de la dogmática jurídica en la actividad práctica del Derecho, se la debe readecuar y entender de diferente manera; como se mencionó, la dogmática jurídica nos ha demostrado que puede ser versátil y ampliar su campo de acción dentro de sus propios límites: tomar el camino para entender a

⁴ Aclaro que la dogmática jurídica no nació con el positivismo, su inicio data de mucho antes, con la consolidación de la escuela histórica del Derecho de los siglos VVIII y XIX, corriente doctrinal que afirma que el estudio del Derecho debe realizarse visualizando el avance histórico de cada pueblo en conjunto con sus tradiciones y costumbres.

la dogmática jurídica más afín a la realidad práctica y social del Derecho, sería (por lo menos en teoría) lo adecuado.

3. En el punto uno de este apartado indiqué que la idea de científicidad del Derecho tuvo incidencia en el desarrollo de la dogmática jurídica; por ende, es común que se trate de dar un valor científico a su actividad, pero los cuestionamientos que hablamos sobre la dogmática jurídica, apuntan también a esta situación. Resulta que la dogmática jurídica es más una técnica social que una ciencia y, como consecuencia, se desarrolla en el ámbito de toda la razón práctica, lo que la convierte en realidad en una tecno-praxis⁵ (Atienza 2018, 186). En este punto se debe entender que la actividad de los dogmáticos jurídicos es mixta (por así decirlo), pues usan conocimientos científicos y prácticos para la solución de problemas. Esta combinación de saberes y usos ha logrado que la dogmática no solo se limite a elementos técnicos⁶, se la entiende también desde una visión ética y política (Filosofía práctica) que busca justificar esos procedimientos técnicos a través de valores fin, esto lo hace incompatible con el positivismo jurídico (obviamente) (Atienza 2018, 190); por ello, la discusión filosófica del Derecho, que aborda los

temas del constitucionalismo y las teorías de la argumentación jurídica, han incidido claramente en el camino hacia donde la dogmática jurídica se dirige.

Sería entonces una dogmática jurídica mucho más apegada a la Filosofía del Derecho, con lo cual seguiría cumpliendo con la función social que desarrolla. Carlos Nino lo avizoró de este modo: “requiere, obviamente, que los juristas tengan una preparación teórica bastante compleja. Ellos deben manejar herramientas conceptuales y lógicas relativamente sofisticadas, estar familiarizados con elaboraciones de las ciencias sociales, concierne a su área de estudio y, sobre todo, tener una buena formación en filosofía política y moral” (2018, 346). En consecuencia, la dogmática jurídica actual necesita de la Filosofía del Derecho para que siga siendo una disciplina del Derecho útil para el ejercicio práctico del jurista. A mi parecer, la dogmática jurídica sigue siendo necesaria, pero debe acoplarse para que su trabajo tenga incidencia en el desarrollo de los saberes jurídicos actuales, y el único camino en donde mejor verá ese acoplamiento es en el sistema que ahora conocemos como Estado constitucional de derecho (postpositivismo).

DES-CONEXIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CON LA ACTIVIDAD DE LOS JURISTAS PRÁCTICOS

El profesor Manuel Atienza indica lo siguiente: “Entre nosotros, lo más frecuente ha sido entender la Filosofía del Derecho como una actividad de filósofos del Derecho (a decir verdad, no siempre interesados por lo que puede considerarse como la vida – la realidad- del Derecho) y dirigida también a filósofos del Derecho” (2020, 170). Si hablamos de un desinterés por parte de los juristas prácticos hacia temas de Filosofía del Derecho, debemos también hablar de un desinterés por parte de los filósofos del Derecho en difundir sus conocimientos a sectores que no sean

sus propios auditorios particulares. Esta realidad encasilló los saberes del Derecho, básicamente a un espacio exclusivo, lo que limitó su expansión a todas las esferas de la vida práctica, creando una especie de escudo frente a otras zonas del Derecho, sobre todo la procesal; cuya tendencia es no reconocer su utilidad o calificar como no interesantes los temas que toca la Filosofía del Derecho, mucho de esto debido a su alto grado de sofisticación. Cabría aquí la referencia que el profesor Atienza realiza sobre las burlas de Von Ihering dirigidas a los formalistas, que, a decir de este

⁵ La tecno-praxis a la que hace referencia el profesor Atienza, hace alusión a su idea de dogmática jurídica, situándola en una posición mixta o híbrida entre los saberes técnicos sociales y la Filosofía práctica.

⁶ Ayudar a la interpretación de la norma adecuada, creación de leyes sin lagunas y contradicciones, etc.

último, pasan entretenidos en el cielo de los conceptos y en sutilezas carentes de cualquier interés práctico (Chaumet 2018, 4).

Nos encontramos, entonces, frente a una complicidad compartida en el contexto de esta desconexión entre estos saberes filosóficos y prácticos del Derecho; subsiguientemente, si hablamos de una necesidad en la práctica jurídica de la Filosofía del Derecho, esta última también necesitaría de los juristas para que sus saberes sean expandidos, comprobados y útiles para la sociedad, pues los juristas prácticos son en esencia participantes directos de una práctica social muy compleja llamada Derecho (Aguiló Regla 2008, 24), por lo que no son meros observadores o aplicadores de la ley, su compromiso va mucho más allá de una simple actividad lineal: sus intervenciones y acciones han contribuido (desde siempre) al desarrollo del Derecho (aunque no sean conscientes de esto). En este contexto, creo que el rol del jurista práctico contribuirá al posicionamiento de la Filosofía del Derecho en el mundo práctico: esto último es una labor que ni la dogmática jurídica podría hacerlo de manera independiente. Y para lograr este objetivo (que, muy en su interior, es, más bien, una evidente conexión entre estos dos saberes) necesitará de una estructura del Derecho que prime los valores fin, la actividad social y práctica del Derecho.

Lo que se quiere decir con esto es que un modelo positivista del Derecho resulta insuficiente (otra vez) para dar cuenta de hacia dónde se dirige una actividad del jurista práctico, actividad que actualmente va mucho más apegada a los saberes de la Filosofía del Derecho y a lo que hoy conocemos como postpositivismo. Para graficar este punto, desde una visión estática y dinámica del Derecho como ejercicio práctico, se pueden contraponer cada uno en sus fines teóricos, así: en el positivismo, el Derecho siempre se objetiva en normas (Aguiló Regla 2008, 25). Es decir, su base es la norma escrita, y las valoraciones que se realicen en su actividad de manera dinámica no se saldrán de los lineamientos de estas, lo que da como resultado un proceso valorativo casi nulo. Mientras que en el postpositivismo el Derecho tiende a verse como una realidad social compleja y dinámica (*ibidem*) en donde se entiende que no solo existen reglas, sino valores fin

(principios) que juegan un rol decisivo en la estructura del Derecho: aquí se pasa a tener una actividad constructiva de una práctica social apegada a los saberes jurídicos, actividades que requerirán en gran medida justificación en sentido amplio (argumentación). Entonces, si el postpositivismo pone mucha atención a la actividad práctica del Derecho, y la actividad de los juristas prácticos es en esencia una práctica social, la desconexión se convierte en conexión, pero hay que entenderla y para ello me permito desarrollo lo que sigue.

En la introducción de este artículo tracé cinco puntos que establecían las posibles causas de una desconexión entre estos saberes, si se presta atención a los mismos, ninguno de ellos corresponde a un factor infranqueable, es decir, no son realidades inquebrantables con presupuestos invariables, considero más bien, que son de fácil superación y de hecho esto es lo que se busca dejar sentado en este artículo. Se podría citar o analizar algunas causas más, sin embargo no lo haré, específicamente porque el objetivo en este punto es centrarme en la parte menos apreciable de este tema, que es la conexión que puede existir entre la Filosofía del Derecho y la actividad del jurista práctico, que como se indicó es más amplia de lo que se cree. Entonces, para sentar las bases de una conexión, debemos razonar el rol y actividad del jurista práctico (juez o abogado) y el espacio en donde realizan su actividad, los medios utilizados y la realidad de los mismos. En un trabajo anterior propuse la idea de un Auditorio Judicial, como una variante al auditorio particular de Perelman, estableciendo que este sería el espacio (proceso) en donde el jurista práctico ejerce toda su actividad; intenté darle un rol fundamental y poner sobre la mesa de la discusión por qué el proceso argumentativo del abogado es trascendental para una Litis (Rosero Cabezas 2021, 11). Siguiendo esa misma línea puedo distinguir una diferencia inicial entre la actividad de los juristas prácticos sean estos jueces o abogados; en consecuencia, el juez tiene una actividad tendiente al conocimiento del Derecho, una actividad de sapiencia, mientras que el abogado tiene una actividad de construcción, dirigida en gran medida a la persuasión.

Con ello, la actividad de cada uno tiene las siguientes características: 1.- el juez ha tenido toda la atención

de la teoría, sobre todo de las teorías estándar de la argumentación, su rol es entendido como el medio preciso para visualizar un proceso argumentativo, y para este efecto se le exige un proceso de motivación amplio y suficiente, en otras palabras el juez tiene el rol de presentar de manera correcta su sentencia, con argumentos claros, precisos y que versen sobre el desarrollo de la Litis, amén del desarrollo probatorio que haya tenido lugar y la aplicación del conocimientos con manejo adecuado de las normas vigentes (Rosero Cabezas 2021, 12); 2.- El abogado por su parte tiene una actividad mucho más amplia (en relación al proceso de construcción referido); pues, trabaja esencialmente para su argumentación estratégica, con un objetivo claro tendiente a una labor de persuasión, en el sentido de que es a él (juez) a quien se apunta todo el esfuerzo para demostrar o persuadir que nuestros argumentos son los correctos y los que han brindado justificación en todo ámbito (Rosero Cabezas 2021, 15), es su actividad por tanto amplia en todo sentido.

Resulta obvio a estas alturas (sobre todo para quienes litigan) que la actividad del Juez y del Abogado es una práctica social por excelencia, en donde todos sus intervinientes interactúan y llevan a cabo un proceso que tiene lugar en un mismo espacio; por ello es necesario y urgente prestar atención con más detalle el aparataje que comprende el proceso en general; pues, en este confluyen una alta gama de conocimientos tanto **filosóficos, científicos, técnicos**, en otras palabras, el desarrollo de una Litis no es (ni debe ser) estático o simple. Con lo indicado, la Filosofía del Derecho desde una visión de transformación social

apegada al postpositivismo, aporta de buena manera elementos nuevos para la práctica jurídica, tanto para jueces y abogados, lo que da paso a un modo de ejercer el Derecho mucho más apegados a las realidades sociales, el profesor Manuel Atienza sostiene: “Y adonde quiero llegar con todo esto es a la necesidad de configurar los programas de Filosofía del Derecho de nuestras facultades como programas de Filosofía del Derecho para juristas y no para aquellos interesados más bien en el desarrollo técnico de la materia: para los propios filósofos del Derecho” (2020, 171), se avizora entonces una reestructuración del aprendizaje del Derecho tendiente a tomar la parte práctica en serio.

Podremos concluir, que en la actualidad y dentro del contexto de la realidad jurídica, son más las conexiones entre la actividad de la Filosofía del Derecho y el jurista práctico. Adicional, resulta un tanto claro observar, que los problemas que hablamos en la introducción del artículo, son más accesorios y superables de lo que parecen; que una mirada hacia una práctica social del Derecho es el camino hacia donde apunta esta unión; que el jurista juega un rol fundamental en este proceso de socialización de los conocimientos jurídicos, por lo que, conocer donde desempeñan su actividad, como lo hacen y el rol que cumplen para su desarrollo es totalmente necesario, si lo que se busca es transformar la sociedad (Garza 2015); en este contexto ¿Cuál es el objetivo de lograr todo esto? ¿A qué Filosofía del Derecho apuntamos?, sus respuestas no son claras, ni mucho menos consensuadas, pero intentaré contestarlas en el punto que viene.

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TRANSFORMACIÓN SOCIAL: UNA MIRADA DESDE EL POSTPOSITIVISMO

Como se ha indicado, el desarrollo del Derecho tuvo en las últimas décadas un avance sumamente importante, una evolución en la forma de pensar y repensar los problemas, haciendo uso de otros puntos de vista (generalmente marginados por ellos mismos). Así, la ciencia del Derecho se abrió a los saberes sociales como la sociología, política, psicología, etc., pues nuestra actividad corresponde en definitiva a una

ciencia social esencial que juega un rol transformador, incluso más decisivo y determinante que la sociología teórica (Atienza 1998, 430), pues la sociedad toma su identidad y desarrollo siempre a través de la estructuración del Derecho.

Dentro de esta realidad, se ha propuesto la idea de una nueva teoría del Derecho que algunos llaman

constitucionalismo y otros prefieren referirse a ella como postpositivismo, sea como fuere, esta idea del Derecho a entrado con mucha fuerza en los saberes jurídicos actuales, constituyéndose en una vía alternativa para su aprendizaje, fuera del “quietismo formal

y aséptico del positivismo analítico” (Buzón y Garza 2022, 15). Para efectos del presente artículo creo que es necesario delimitar lo que es postpositivismo (por lo menos en sus cuestiones más básicas), para ello me permito graficarlo en la siguiente tabla:

Tabla 1: Principales características del postpositivismo

POSTPOSITIVISMO	
1. Derecho como práctica social	El derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja, por lo que este depende de su propia práctica y de altos procesos justificativos.
2. Teoría integradora	Resulta ser en alguna medida una combinación de las corrientes del realismo, del positivismo y del propio iusnaturalismo, entre otras.
3. Relaciones lógicas y relaciones de justificación	En un sistema jurídico no solo se dan relaciones lógicas de deducibilidad, se recurre también a la idea coherencia valorativa
4. Reglas y principios	Para entender un sistema jurídico, hay que tomar en cuenta que además de reglas, existen principios, se busca guiar la conducta mediante principios.
5. Ponderación vs subsunción	Los problemas entre principios se solucionan con ponderación, las reglas aplican la subsunción, esto significa que la dimensión valorativa y justificativa del derecho adquiere una relevancia fundamental

Fuente: Aguiló Regla 2008.
Elaborado por el autor.

Dentro de este gran aparataje teórico y filosófico que es el postpositivismo, que tiene entre sus máximos exponentes al profesor Manuel Atienza y la escuela Alicantina, se ha concebido la idea, que el Derecho puede ser una herramienta para la transformación social apoyado en la Filosofía del Derecho.

Filosofía del Derecho postpositivista: una propuesta de transformación social

Entiendo que la idea de una transformación social vaya de la mano con una idea de Filosofía del Derecho postpositivista; pues, si se busca transformar la sociedad a través del Derecho, se debe entender la importancia de los saberes sociales y acoplarlos a una nueva ciencia del Derecho para su progreso. Por tanto, una Filosofía del Derecho postpositivista, sería (a breves rasgos) aquella que contempla en la enseñanza de sus saberes,

a más del estudio del orden normativo y el derecho reflexionado, cuestiones relacionadas a la función de los saberes sociales en el desarrollo de los saberes jurídicos, mirar el Derecho con valores de fin (principios) y efectivizar su dinamismo en la realidad jurídica. Por su parte, la transformación social a la que se apuntaría sería fundamentalmente aquella que ponga énfasis en los procesos de reconstrucción de saberes para la base de una nueva relación social y en el punto del uso del Derecho para este objetivo, tener claro que la vinculación con la sociedad para la viabilidad de estos ideales, se haría con elementos propios de la sociedad con valores de fin.

Aclaradas estas dos cuestiones, debemos fijar nuestra atención a quienes serán los elementos efectivos para lograr la idea de transformación a través del Derecho. Si miramos el desarrollo que hicimos sobre la

conexión entre los saberes de los filósofos del Derecho y los jurista prácticos, podremos determinar que quien ejerce la practica seria el que puede ayudar en la trasformación social, en ese sentido, los juristas son los encargados de aplanar el camino para que esto suceda, eso sí, siempre apegados a los saberes filosóficos jurídicos. Esto lo sostengo porque para la actividad que desarrollan, se toman diferentes decisiones que inciden en la vida de la gente (Atienza 2018, 345-348), un ejemplo claro de esto es la actividad de los jueces, quienes a través de sus decisiones (sentencias) cambian condiciones, sin embargo, no solo los jueces son parte activa de este cambio social, los abogados, fiscales y todo aquel que tenga incidencia en el sistema judicial, tiene un rol activo en el ejercicio de los derechos (*ibidem*), todo este conglomerado denominado juristas prácticos, son potenciales opciones para hacer efectivo el cambio social.

Con lo indicado, entender el sentido de transformación social desde la Filosofía del Derecho, supone (necesariamente) pegarnos a la idea postpositivista, pues es la que brindará mayor movilidad para este objetivo. En ese sentido, debemos ser claros en señalar que, ni el *iuspositivismo*, el positivismo jurídico, el *iusnaturalismo*, las teorías críticas del Derecho etc., entre otras corrientes (Atienza 2018, 345-346), dan resultado a este objetivo, en esencia por las mismas falencias que estas presentan; Es entonces el Postpositivismo la teoría que mayormente se ajusta a este fin, a la idea de transformar la sociedad desde el Derecho. Manuel Atienza sostiene que: “En todo caso, me parece que el postpositivismo está en principio en mejores condiciones que las otras concepciones del Derecho para articular un modelo de Filosofía del Derecho que pueda contribuir a la transformación social” (Atienza 2018, 345-347), estas condiciones a la que se refiere el autor tienen que ver con el sentido “integrador” de esta concepción; pues, si bien realiza fuertes críticas a otras corrientes, se entiende que mucho de ellas es útil para mejorar la teoría del Derecho, un ejemplo de esto puede ser, que del positivismo jurídico resulta ventajoso todo lo desarrollado sobre el método jurídico, incluso

la misma concepción o necesidad de las normas, entre otras cosas. En definitiva, se sigue necesitando una buena organización de enunciados jurídicos (teoría de las normas) para el desarrollo de toda ciencia del Derecho, sin embargo, queda claro que esta por si solo resulta insuficiente para el propósito.

La concepción postpositivista del Derecho, con errores y aciertos ha contribuido a sentar la base para la idea de la transformación social, y para eso se ha apoyado en los valores del constitucionalismo (Atienza 2018, 345-357); ahora resultaría un poco obvio conectar todos estos puntos, y vislumbrar que el constitucionalismo y que la prevalencia de los derechos fundamentales, fueron el punto de inflexión para conectar el sentido social del Derecho a la práctica, y esto es algo que se ha visto en los tribunales y en el modo en que se ejerce en la actualidad, pasamos (los juristas prácticos) de mero aplicadores de la norma, a ser partes activas de su interpretación, uso, manejo y cambio.

El postpositivismo se apoya en el giro argumentativo del Derecho; su incidencia en la vida procesal, a mi entender, abrió el camino para que notemos la necesidad de temas filosóficos para nuestro ejercicio. En otras palabras, desnudó una realidad del proceso y la litis a nivel general. En relación a esto, el profesor Jesús Vega señala: “Pues la concepción más coherente con la verdadera posición que el Derecho ocupa dentro del espacio político-moral –precisamente por la centralidad que para él tienen los valores–, esto es, la concepción postpositivista que llamamos constitucionalismo o la visión argumentativa del Derecho, supone trascender ese planteamiento metódico avalorativo del positivismo para concebir la Filosofía del Derecho como Filosofía práctica integrada con la Filosofía moral y política” (2018, 19). Si de todo esto se podría obtener una respuesta a la interrogante: ¿hacia dónde va la Filosofía del Derecho?, no dudaría en indicar que la misma se va a encasillar en la práctica del jurista, apoyada con elementos del constitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica⁷.

7 Esta idea tiene sus detractores, y la mayoría de los ataques es, sin duda, a la libertad que se daría a los intervinientes en el proceso. En el caso de los jueces, se corre el riesgo que su actividad se encajone en un activismo judicial, lo que desvirtuaría su rol. Desde ese punto de vista, concuerdo en que existe un riesgo, y, por tanto, hay una línea delgada entre caer en este problema o evitarlo. Creo que la solución es prestar atención a los modos de actuaciones individuales y, sobre todo, diferenciar un jurista (juez) activo de uno activista, siendo el primero el ideal a seguir.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

No hay duda que el giro argumentativo tiene, actualmente, un posicionamiento primordial en el estudio del Derecho; sea por moda, necesidad o porque, en efecto, se ha calado en la actividad diaria de este. Lo cierto es que su estudio y utilidad, forman parte del compendio base para entender el Derecho y su práctica.

Como he mencionado anteriormente, este giro viene de la mano con otros cambios. No es coincidencia que a mayor evolución o mejora de una idea, se tenga como efecto el nacimiento de otra que se conecta o mejore la misma. Esto sucede con el constitucionalismo y el giro argumentativo, pues, si el primero nace como una contraposición al positivismo jurídico y a la idea unívoca del Derecho; el segundo, se transforma en el modo de hacer viable esa idea. En otras palabras, si lo que se busca es la prevalencia de los derechos fundamentales, el giro argumentativo pondrá las herramientas para su camino. Si el constitucionalismo pone en evidencia la necesidad de justificación de las actuaciones de los juristas, es el giro argumentativo quien lo podrá hacer. Se debe entender, incluso, que en este punto se unen más cambios, por ejemplo: la prevalencia de los derechos humanos.

Lo que quiero indicar es que estos cambios (sean por el avance desmesurado de las tecnologías, de los derechos, de los cambios culturales o por la globalización), tienden a tener un efecto en el cómo se aplica y entiende el Derecho; pues si aceptamos que es una actividad social, es obvio que cualquier cambio en su base tendrá incidencia, y, por ende, generará algún tipo de cambio. Mírese la política: su relación e incidencia en el Derecho es fuerte, pero su conexión con el mismo no se ha tomado en cuenta lo suficiente.

En definitiva, se debe entender que este giro argumentativo del Derecho lleva en su estructura una fuerte base *iusfilosófica*, lo que conecta directamente con la Filosofía del Derecho. Esto quizá, nos ayude a comprender que para poder argumentar en el Derecho y,

sobre todo, poder desempeñarse como jurista práctico (sea abogado o juez), se necesita partir de respuestas a los problemas centrales de la Filosofía del Derecho.⁸ En base a esto podremos determinar que uno de los puntos centrales de esta, en la actualidad, es el estudio de las teorías de la argumentación jurídica; sin embargo, esto no significa (desde ningún punto de vista) que la Filosofía del Derecho se reduzca únicamente a argumentación. Asumir esto sería un error y una limitación a las bondades de cada una; pues, como sostiene el profesor Atienza: “El Derecho no es solo argumentación y, en consecuencia, la Filosofía del Derecho no puede reducirse a considerar esa dimensión del Derecho, por importante que esta sea” (2020, 174). En consecuencia, se le debe ver como un mecanismo de ayuda a la práctica del jurista y como una herramienta de acercamiento a los saberes sociales y jurídicos, apoyados en los esquemas de la argumentación; si se quiere, darle un rol metodológico.

Cabe recalcar que todavía hay un camino largo por recorrer, si bien todo lo dicho se constituye en trabajos que ha cimentado el conocimiento de la argumentación jurídica. Aún hay bastante trabajo teórico por hacer, pues el giro argumentativo no ha llegado a espacios del Derecho que lo necesitan; por ejemplo, el proceso argumentativo de los órganos administrativos (Atienza 2018, 115), cuerpos colegiados, medios alternativos de solución conflictos, entre otros.

Para concluir, tomaré lo indicado por el profesor Atienza al señalar: “El -giro argumentativo- tiene que significar también un giro de carácter moral y político; y todo ello debería tener un reflejo en la enseñanza del Derecho” (2018, 116). Entre los muchos cambios que constituye el giro argumentativo, creo que el que se indica en este punto es medular: sobre todo si se quiere entender el rol de la Filosofía del Derecho y de la argumentación jurídica en la transformación social. No se debe limitar el conocimiento del jurista a cuestiones meramente legales o a un conocimiento pleno del sistema; la enseñanza del Derecho debe guiarse a

⁸ Conferencia del 13 de octubre de 2021, dictada por Manuel Atienza en la Universidad Privada de Santa Cruz, Bolivia: “Filosofía del Derecho y Transformación Social”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ons58HbkaJ8&t=4834s>

entender de manera profunda la realidad social en la que se maneja, y la solución a esos problemas a través de un uso adecuado de los fines del sistema, con juristas argumentativos (Atienza 2018, 116). Es decir, jueces y abogados que sepan realizar procesos argumentativos solventes, preparados; pero que, sobre todo, cumplan con un objetivo primordial: la defensa del Estado constitucional y sus derechos fundamentales.

He intentado dar claridad a temas complejos y ambiguos y espero haberlo logrado o, por lo menos, haber puesto una interrogante sobre estos temas. Lo dicho y desarrollado en el presente artículo no constituye una idea unívoca, está, por supuesto, sometida a refutaciones. Es más bien una construcción de una idea que busca mejorar la actividad del jurista práctico apoyado en lo que conocemos como postpositivismo.

CONCLUSIONES

Para concluir, quiero recalcar que apuntar a un papel de la Filosofía del Derecho más apegado a la actividad del jurista práctico significaría un mejor desarrollo profesional. Con ello, jueces, abogados, fiscales, defensores públicos y otros actores del sistema de justicia, podrían hacer efectivo el ejercicio de derechos en todos los niveles procesales. Y es que prescindir de la Filosofía del Derecho es un error, pues esta sigue presente en muchas esferas de la actividad del jurista práctico. De hecho, la necesidad de trabajar la Filosofía del Derecho en el contexto actual ayudaría, en gran medida, a mejorar la situación en la que muchos sectores del saber jurídico se encuentran ahora; es decir, estancados o limitados a un ejercicio monótono.

Las teorías postpositivistas han sentado las bases para entender al Derecho como una actividad social y para dejar de lado la construcción unidireccional de la norma. Estas, junto con los saberes sociales, nos abren el camino para una transformación social desde el Derecho.

En cuanto a estos saberes sociales, la mencionada transformación social tiene que ir de la mano con conocimientos sociológicos y políticos; saberes sociales que, muchas veces, han estado alejados del Derecho. Para terminar, espero que este artículo deje clara su conexión; que debería resultar evidente, por lo necesaria que es.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis. 1991. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguiló Regla, Josep. 2008. *Sobre Derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner.
- Atienza, Manuel. 2020. *Una apología del Derecho y otros ensayos*. Madrid: Trotta.
- _____. 2018. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- _____. 1998. "Entrevista a Aulis Aarnio". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-1: 429-37. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.23>
- Buzón, Rafael y Juan Garza. 2022. *La escuela de Alicante de Filosofía del Derecho. Argumentación jurídica y postpositivismo*. México: Tirant lo Blanch.
- Chaumet, Mario. 2018. "Derecho y transformación social (un camino abonado por iusFilosofías latinoamericanas premonitorias)". Texto no publicado. Acceso el 20 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.academia.edu/49443537/Derecho_y_transformaci%C3%B3n_social_MChaumet_
- Garza Onofre, Juan Jesús. 2015. "Entrevista a Manuel Atienza". *Ciencia Jurídica*, vol. 4, n.º 8: 169-83. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.156>
- Nino, Carlos Santiago. 2018. *Introducción al análisis del Derecho*. Madrid: Ariel.
- Otálora Malassis, Janine. 2018. "Filosofía del Derecho y transformación social (El Derecho como transformador de la sociedad y la realidad, en el pensamiento de Manuel Atienza)". *Revista mexicana de estudios electorales* 2(20): 241-250. Acceso el 7 de octubre de 2022. <http://www.rmee.org.mx/index.php/RMEstudiosElecttorales/article/view/278>
- Ródenas, Ángeles. 2017. "Desafíos para la Filosofía del derecho del siglo XXI". *Derecho PUCP*, n.º 79: 33-46. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>
- Rosero Cabezas, Jaime David. 2021. "Auditorio judicial: una aproximación retórica a la actividad procesal". Trabajo de fin de máster presentado en la Universidad de Alicante. Disponible en: https://www.academia.edu/83143441/EL_AUDITORIO_JUDICIAL_UNA_APROXIMACION_RETORICA_A_LA_ACTIVIDAD_PROCESAL
- Vega, Jesús. 2018. "La Filosofía del Derecho como Filosofía práctica". *Revus*, n.º 34. <https://doi.org/10.4000/revus.3859>

ENSAYO

una

PROBLEMAS EN LA IMPLANTACIÓN DE TRATADOS EN DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES

Dificultades y desafíos en Argentina

PROBLEMS IN THE IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Difficulties and Challenges in Argentina

PROBLEMAS NA IMPLEMENTAÇÃO DOS TRATADOS EM DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Dificuldades e desafios na Argentina

*Jolurdimar Dos Santos**

Recibido: 26/IX/2022

Aceptado: 30/XI/2022

Resumen

En el presente ensayo se analizará cómo la implantación de tratados de derechos humanos internacionales –sea cual fuere la forma jurídica en que se lo haga, con jerarquía constitucional o supraconstitucional– genera dificultades y desafíos, pues en toda la región, aun cuando los derechos humanos se reconozcan como garantías constitucionales –y a nivel internacional y regional–, se vulneran, en muchos casos, los denominados derechos de primera generación, ligados a la dignidad humana. Se focalizan dos áreas o ámbitos de intervención en los cuales el Estado argentino se ha mostrado ineficiente para proteger las mencionadas garantías: la violencia institucional, fruto de la adopción de un control social punitivo, y la confrontación de derechos de minorías con derechos de corporaciones.

Palabras clave: Protección; Dignidad humana; Violencia institucional; Control social punitivo; Derechos de minorías

Abstract

This essay examines the difficulties and challenges associated with implementing international human rights treaties, regardless of the legal framework in which they are constitutionally instituted. Human rights, including the so-called first generation of rights, which are connected to human dignity, are frequently violated throughout the region, even though they are acknowledged as constitutional protections at the national, international, and regional levels.

Two areas of intervention in which the Argentine State has shown itself to be inefficient in protecting the previously mentioned guarantees are institutional violence, the result of the adoption of punitive social control, and the confrontation of minority rights with the rights of corporations.

Keywords: Protection; Human dignity; Institutional violence; Punitive social control; Minority rights

Resumo

No presente ensaio se analisará como a implementação dos tratados de direitos humanos internacionais – seja qual for a forma jurídica que se faça, com hierarquia constitucional ou supraconstitucional – gera dificuldades e desafios, pois em toda a região, ainda quando os direitos humanos se reconhecem como garantias constitucionais – e a nível internacional e regional –, se vulneram em muitos casos, ainda os denominados direitos de primeira geração, ligados à dignidade humana. Se focaliza duas áreas ou âmbitos de intervenção nos quais o Estado argentino vem se mostrado ineficiente para proteger as mencionadas garantias: a violência institucional, fruto da adoção de um controle social punitivo, e a confrontação dos direitos minoritários com direitos de corporações.

Palavras-chave: Proteção; Dignidade humana; Violência institucional; Controle social punitivo; Direitos minoritários

* Abogado en Brasil, estudió Derecho en la Universidad Federal de Roraima (2010) y Administración de Empresas en la Universidad Federal de Amazonas (1996). Tiene una especialidad en Derecho Tributario por la UNAMA (2007) y en Derecho Administrativo por la Universidad de Araras (2010). Ha realizado varios cursos de extensión y actualmente es doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde desarrolla su tesis sobre control de convencionalidad en Argentina y Brasil. Correo electrónico: jolurdimar@gmail.com

Cómo citar este artículo: Santos, Jolurdimar. 2023. "Problemas en la implantación de tratados en derechos humanos internacionales. Dificultades y desafíos en Argentina". Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 108-121.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de las constituciones modernas –al menos en América Latina– hemos visto cómo los tratados de derechos humanos, tanto de orden regional como internacional, se han ido incorporando a los marcos normativos nacionales, como garantías constitucionales orientadas a proteger estos derechos en todas sus dimensiones: económicas, sociales, culturales, políticas, etc. (Santos 2021).

Actualmente, los tratados y acuerdos internacionales son considerados como la principal fuente de derecho internacional, basados en un creciente movimiento de constituciones en todo el mundo, que se proponen incorporar derechos y garantías básicas para la dignidad. El acuerdo o tratado internacional es válido solo entre Estados que, en el ejercicio de su soberanía, se han comprometido a incorporarlo en su sistema legal actual; por lo tanto, por el principio de buena fe, están obligados a cumplir el acuerdo en detrimento de su Derecho interno, si entra en conflicto con esto, haciendo uso del principio de *pacta sunt servanda*¹ (Piovezán 2018).

Más allá de la legislación común tradicional, que puso en valor la importancia del ser humano, el derecho internacional actualmente constituye una organización jurídica entre los Estados. Entonces, desde el sistema legal clásico, el ser humano, *per se*, no se ubicaba en la centralidad del escenario jurídico. Su relevancia no obedecía a su humanidad, sino más bien al carácter o condición representativa del Estado. Es decir, por ser gobernante/funcionario que detenta algún nivel de autoridad (embajador, jefe de fuerzas expedicionarias, parlamentario, etc.); en otras palabras, como la encarnación/representación del Estado, no como sujeto que exclusivamente se represente a sí mismo.

Lo cierto es que el individuo en el orden público internacional adquiere cierta relevancia a partir de los abusos y violencia ejercida de forma institucional.

La consecuencia de ello supone la reacción desde el sistema legal, rescatando la dignidad del individuo mediante la denominada personalidad jurídica. La primera etapa del largo camino que ha recorrido la dignidad humana se limitó al derecho interno; la segunda, corre por el orden internacional. Porque como consecuencia de esta evolución, a medida que el derecho internacional humanitario fue adquiriendo cuerpo y alcanzando jerarquía constitucional en los Estados, se visibilizaron y tramitaron una importante serie de casos de violaciones a derechos fundamentales, que a la vez son garantías constitucionales. No es solo una proliferación de casos, sino más bien la constatación de un fenómeno que parece ser una parte determinante de las sociedades democráticas contemporáneas: al mismo tiempo constituye una respuesta jurídica local e internacional hacia el fenómeno. Ello genera la impresión de más cantidad de violaciones en términos históricos; pero en verdad no es un aumento cuantificable, lo que aumenta es la respuesta legal al problema. De hecho, se habilitan formas más rigurosas de constatar eventos históricos que, directa e indirectamente, se vinculan con la violación o vulneración de derechos básicos.

En este sentido, resulta importante contrastar lo que ocurre en un país sudamericano como Argentina, para hacer una referencia sobre la que comprender y debatir la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos. Planteado en estos términos, parece insoslayable pensar que el conjunto de tratados resulta relevante. Sin embargo, puede ser útil jerarquizar algunas problemáticas como más importantes, en tanto que sus efectos en el conjunto de la sociedad afectan de mayor forma. Por ejemplo, la violencia institucional. Ello porque supone la utilización particular (arbitraria e injustamente, por decir ejemplos), del poder estatal para menoscabar derechos básicos. Este tipo de violaciones a los derechos humanos se caracteriza por sus dramáticas consecuencias en la vida de

¹ Aparecido en la ley romana, en un clima de formalismo de inspiración religiosa, el contrato se estableció en la ley canónica, asegurando la posibilidad de crear derechos y obligaciones a la voluntad humana. Viniendo de los canonistas, la teoría de la autonomía de la voluntad fue desarrollada por los enciclopedistas, filósofos y juristas que precedieron a la Revolución Francesa y afirmaron la naturaleza obligatoria de las convenciones, equiparándolas a las partes contratantes de la ley misma. Así surge el principio: *pacta sunt servanda* (Wald 1992, 152).

las personas y sus comunidades. Sin embargo, existen otras formas de vulneración de derechos básicos que se encuentran menos visibilizadas. Quizás por traer consecuencias indirectas y más a largo plazo.

Un desastre ambiental y/o sanitario, se podría estar diseminando sin evidencias claras de su existencia. Incluso las decisiones económicas, políticas y sociales que califican para su judicialización (como corrupción,

evasión o tráfico de influencias), no siempre se evidencian su impacto. Pero ambas problemáticas comparten a los tratados internacionales en derechos humanos como instrumentos para su resolución legal, sabiendo que no se agota en la perspectiva jurídica. Lo relevante es conducir el/los debate/s en torno al tema de los derechos humanos a terrenos prácticos, pragmáticos, que busquen su abordaje desde lugares posibles y prevenibles.

CONFORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El individuo pasa a integrar el derecho internacional de los derechos humanos a través de diversas convenciones y declaraciones. Se consideran fundacionales el documento constitucional de las Naciones Unidas; la Carta de San Francisco, en 1945; también con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; pero más precisamente, cuando se emitió la Declaración Universal de 1948.

Sin embargo, no debemos olvidar que la Declaración de los Derechos Humanos no pudo ser aprobada por unanimidad aquel diciembre de 1948 en París, porque el bloque socialista consideraba que si se daba primacía a los derechos individuales se actuaría en detrimento de los colectivos. Había, por lo tanto, una división filosófica que no pudo resolverse sino hasta el término de la Guerra Fría. También resultaría costoso reconocer, por parte de los Estados, que, para protección eficiente de los derechos humanos, se tenían que delegar facultades a una serie de órganos.

Posteriormente, para dar certidumbre a los derechos y llevar adelante, sin ambigüedades, los compromisos y exigencias, se impulsó: la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma 1950), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales

(1996), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973), entre otros.

Así es como surgen garantías genéricas o difusas de los derechos humanos, que, a su vez, pueden ser jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

Las garantías jurisdiccionales se constituyen en tribunales específicos que ejercen control sobre los actos del poder. En tanto que, en las denominadas no jurisdiccionales, *ombudsman* (en todas sus variantes), se ubican autoridades legitimadas con determinado sustrato jurídico. Ejemplo de ello es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), más otros órganos que abundan a la par de tratados y protocolos (Castañeda 2015).

Ahora bien, más allá de la consolidación de un régimen internacional de protección de derechos humanos y de su incorporación a los respectivos órdenes jurídicos en sus textos constitucionales, son cotidianos los casos en que se registran serias violaciones a los derechos humanos, y, como tales, a las garantías constitucionales que los sustentan.

Este desfasaje entre el orden normativo y constitucional vigente, y el real respeto de los derechos humanos, será analizado en los siguientes apartados.

EL CONSTITUCIONALISMO Y SU PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

Como movimiento filosófico-político, el constitucionalismo, sustentado jurídicamente por Constituciones y el derecho constitucional, aborda los aspectos conflictivos de las relaciones entre la sociedad y el Estado; según Haro (2003, 1), lo hace mediante dos premisas que han guiado su evolución:

La primera, consiste en la afirmación y protección de la dignidad de la persona humana, como modelo fundante que conforma un sistema jurídico-institucional progresivo. El mismo, se nutre en valores y fines antropológicos, políticos, sociales, económicos, culturales y morales, estableciendo derechos individuales y sus correspondientes garantías.

La segunda, para Haro, es el establecimiento y sostenimiento de la división y equilibrio de los poderes y sus funciones, que se atribuyeron a diversos órganos, procurando limitar y controlar cada uno de los poderes; evitando que alguno de ellos pueda abusar de la dignidad humana o, en otros términos, vulnerar derechos o garantías fundamentales.

Es por ello que el constitucionalismo clásico –o también identificado como liberal– toma como principios organizadores del Estado de derecho, ideas que giran en torno a la libertad, la seguridad y la propiedad. Más tarde, desde mediados del siglo pasado, la tendencia o predominio de cierto individualismo, aparece en escena la denominada: cuestión social, impulsando un giro en las concepciones ideológicas del constitucionalismo, propendiendo al denominado constitucionalismo social –en esa corriente, precisamente, se inscribe la Constitución peronista de 1949–. Junto a las ideas-fuerzas mencionadas, se tornó necesario incorporar al rango constitucional los valores de la justicia social y la solidaridad. Esta perspectiva le confirió una dimensión social al derecho constitucional, dando lugar a la expresión: “nuevo Estado Social de Derecho”, tal como lo definió Heller (1985).

Una manera de dimensionar el abanico de posibilidades que se le abren al individuo, para que pueda ser lo

más pleno posible, se encuentran, tal como identifica Haro (2003), rastreando las fuentes filosóficas. Así, Miguel de Unamuno (1966), considera que la vida del hombre puede manifestarse en cuatro grandes dimensiones de la existencia, las cuales complementan las que señalaba Kant con las estudiadas por Max Scheler. Estas dimensiones son:

- a) dimensión individual, el yo, consigo mismo, en una relación de identidad, de autenticidad;
- b) dimensión social, que necesita el hombre para ser pleno, en una relación de fraterna solidaridad con los demás;
- c) dimensión cósmica, que lo une en una relación de señorío, de *dominus* con la naturaleza, el universo, el cosmos; y
- d) dimensión trascendente, con el misterio del Ser, que según Kant es lo Absoluto para el filósofo y el Dios de los creyentes, donde básicamente se establece una relación de filiación.

Estas dimensiones abarcan el conjunto de derechos humanos cuyo ejercicio posibilita la realización humana, y siempre creciente, del derecho inalienable a ser persona. Esos mismos derechos, identificados también por el tiempo en el que han sido reconocidos –derechos de primera, segunda o tercera generación de reconocimiento–, explícita o implícitamente legitiman la Constitución Nacional argentina, a la par de los tratados de derechos humanos que, con jerarquía constitucional, se incorporaron en la reforma de 1994. Con este trasfondo ideológico ya se puede explicar el proceso de constitucionalización e internacionalización de los derechos humanos en el marco normativo argentino.

La Constitución Nacional de 1853 enuncia los derechos y garantías propios del constitucionalismo liberal decimonónico en varios artículos tales como: art. 14, que establece los derechos que hacen a las libertades de trabajar, de industria, de navegar y comerciar; art. 26, libertad de peticionar a las autoridades, de tránsito, de prensa; art. 32, derecho de propiedad, de

asociación, de culto y de enseñar y aprender; arts. 16 y 17, al prescribir diversos aspectos de la igualdad ante la ley y de la propiedad, respectivamente; art. 18, sobre las garantías constitucionales individuales del debido proceso; art. 19 sobre la libertad (Haro 2003).

Como es posible que esa enumeración no alcance a comprender el universo de manifestaciones de la dignidad humana para el potencial desarrollo del sujeto como persona y, en consecuencia, su vulneración; hay un artículo de la Constitución Nacional que contempla la posibilidad de legitimar la plena vigencia de los derechos no enumerados, pero que “nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33). En todo caso, para Haro (2003), actualmente existe una forma más inclusiva de considerar estos dos últimos estándares jurídico-políticos y pueden ser sustituidos por el de la dignidad de la persona: por ser este el fundamento más alto de todos los derechos del hombre.

Así, se guarda un razonable potencial para el continuo desarrollo y protección de distintos derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino, lo cual se cristalizó con la incorporación de diez trascendentes tratados de derechos humanos que adquirieron jerarquía constitucional, de acuerdo con lo estipulado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Con el transcurso de los años, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional, así como la doctrina especializada, han considerado a los tratados con parte de un cuerpo constitucional denso que abarca la protección de los derechos humanos elementales.

En síntesis, tradicionalmente, la Constitución Nacional supo incorporar tempranamente los derechos humanos provenientes del liberalismo constitucional clásico. Pero, al mismo tiempo, se estableció la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales y la igualdad jerárquica de éstos con las leyes. Sin embargo, esta jerarquía fue modificada a partir de 1992, cuando la Corte Suprema declaró la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de Derecho interno; a la vez que, a partir de 1993, condiciona esta primacía a la conformidad que debe tener el tratado con los principios de derecho público del art. 27 de la Constitución Nacional, aceptando

categoricamente la plena jurisdicción de un tribunal originado en un tratado internacional, como puede ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (Haro 2003).

La inclusión de Nuevos Derechos y Garantías, en la reforma constitucional de 1994 (cap. II de la primera parte, arts. 36 al 43), dota a esos derechos y garantías de una mayor robustez jurídica. Si bien algunos ya habían logrado consagración a nivel legal y otros se incorporan por primera vez al orden jurídico positivo nacional, actualizan y refuerzan las políticas estatales en materia de derechos humanos. Así, algunos derechos ya históricos como el derecho a la resistencia (art. 35); a libertades políticas y partidarias (art. 37 y 38, respectivamente); se activan también nuevas modalidades que habilitan una mejor participación ciudadana, como la iniciativa popular y la consulta popular (art. 39 y 40 respectivamente), introduciendo vigentes demandas ciudadanas que se expresan más problematizadas, como los derechos ecológicos (art. 41) y los derechos de los usuarios y consumidores (art. 42). En tanto que, acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data, se amplían (art. 43). Así también, el reconocimiento expreso de los pueblos originarios (art. 75 inc. 17); las acciones positivas para el pleno goce de los derechos reconocidos en tratados internacionales que se incluyen

De esta forma, los tratados que le corresponde al Congreso reconocer, según el mismo art. 75, en el inciso 22 son los siguientes: 1) la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre; 2) la Declaración Universal de los derechos Humanos; 3) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 4) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; 6) la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 7) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 8) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 9) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; 10) la Convención sobre los derechos del Niño. El mismo inciso indica que todos ellos tienen jerarquía

constitucional y se consideran complementarios de los derechos y garantías ya reconocidos en la Constitución Nacional. También establece que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22).

Al establecer un orden de prelación, tanto la propia Constitución Nacional, con sus 129 artículos, como los diez Documentos Internacionales de Derechos Humanos (ratificados según los criterios del inc. 22 art. 75) poseen la misma jerarquía, participando del principio de supremacía constitucional. Paralelamente, en Belem, (Brasil) la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adopta la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (el 9 de junio de 1994); al año siguiente, la Argentina aprueba y promulga por la ley n.º 24.556, en febrero de 1996 el gobierno la ratifica y en 1997 le otorga jerarquía constitucional (ley n.º 24.820). De esta manera la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos conforman un núcleo de constitucionalidad abierto, por la posibilidad de incorporar nuevos tratados en materia de derechos humanos que tenga status constitucional, análogamente a la doctrina francesa con su denominado: bloque de constitucionalidad (Haro 2003).

Al mismo tiempo, dado que todo Estado necesita controlar que las futuras normas sean acordes a lo emanando en términos jerárquicos, se realiza lo que se denomina: control de convencionalidad. En el caso de Argentina, comparte con Estados Unidos un modelo de control de carácter difuso, porque ubica al

conjunto de jueces en el rol de interpretar y determinar la coherencia jerárquica de las normas inferiores para con las superiores; en tanto que otros países (europeos y latinoamericanos) aplican un modelo de control más concentrado, constituyendo exclusivamente para esa tarea de supervisión a un cuerpo específico. Sin importar el estilo adoptado por cada país, existe un consenso sobre su valoración como herramienta esencial para interpretar y aplicar el derecho internacional para ésta actividad.

Aun cuando el instrumento de control sea más o menos efectivo, también hay que considerar que los mecanismos de control no se agotan aquí; sino más bien, sirven como referencia y argumento para otorgar mayor flexibilidad a las instituciones democráticas que deben monitorear la evolución de mecanismos de control tan complejos.

En este marco, la Comisión Bicameral de monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal emite una resolución donde incorpora (art. 366, inciso F) la posibilidad de revisión de sentencia en firme (a favor del condenado) cuando existe una sentencia de la Corte IDH o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual (Resolución 1/2020 Cámara Bicameral).

Si bien es posible dar cuenta de una evolución a través de distintos fallos de la Corte Suprema, de la implementación y consolidación del control de convencionalidad en Argentina (Pittier 2016, 166); también veremos, más adelante, de qué manera una Corte Suprema reducida a su mínima expresión ofrece fallos que resultan contradictorios a esta legitimación del instrumento de control.

POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y CRIMINALES QUE VULNERAN DERECHOS HUMANOS (Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES)

Al analizar la problemática del control social punitivo en la contemporaneidad, se observa la existencia de una amplia participación en el ejercicio del poder penal: que no se restringe a los sistemas formales, toda vez que las agencias que lo conforman actúan

siguiendo lógicas funcionales diversas. En efecto, desde una perspectiva crítica, que es la que se asume en el presente trabajo, es posible detectar y analizar cómo los controles punitivos formales ejercen cierta violencia institucional, vinculada al manifiesto conflicto

entre los mecanismos de control social y los valores éticos y jurídicos legitimados dentro de una sociedad democrática.

Ello se explica, fundamentalmente, desde el carácter selectivo y parcial del sistema penal, que se centra en el castigo hacia los estratos de población en condición de pobreza. Al mismo tiempo, tiende a soslayar y dejar impune una gran cantidad de delitos; por ejemplo, los de cuello blanco: evidencia de la contradicción que presentan los postulados jurídicos constitucionales que –en teoría– consagran garantías individuales y seguridad jurídica de carácter ciudadano universal. En contrapartida, las prácticas concretas de las políticas criminales, de forma recurrente, violan y vulneran dichas garantías. Se evidencia, de esta manera, algunas de las falencias más graves del sistema penal vigente, dada esa falta de coherencia y su carácter ideológico en la manera de justificar el modelo punitivo vigente. No se puede tampoco soslayar la complejidad que supone el despliegue de un amplio y diverso sistema penal donde participan, desorganizadamente, las distintas agencias penales y extrapenales, cuyos límites e intenciones no siempre son los declarados por el orden jurídico (Leal y García 2004).

De todos modos, la dificultad para desplegar una teoría sobre el control social coherente, eficiente y democrático, termina desgastando el discurso crítico, por falta de consensos cuando se pretende delinear propuestas para el ejercicio del control social. En este sentido, lo clave en el debate criminológico es, básicamente, la conformación de mecanismos para la resolución de conflictos sociales de carácter alternativo en sus fundamentos y estructuración. A su vez, los problemas de inseguridad que padecen los Estados conspiran a la hora de priorizar demandas que son fuertemente influenciadas por la opinión pública. Si el saber criminológico se propone dar respuestas y garantías funcionales a la preservación del orden social, la relación entre ambos términos se revela francamente indisoluble y coloca en el centro de la escena al sistema penal, el aparato represivo por excelencia de los Estados nacionales y de la comunidad internacional (Elbert 2001).

Cualquier abordaje de las políticas de seguridad pública en las últimas décadas requiere de una contextualización de los debates y posturas en torno a las ideas sobre la seguridad. En esta perspectiva, tanto la OEA como la ONU, reconocen como tarea prioritaria trabajar para consolidar la paz, alcanzar un desarrollo integral de la justicia social basada en valores democráticos, promover la solidaridad, la cooperación y el respeto por la soberanía, y, sobre todo, velar por el respeto, la promoción y la defensa de los derechos humanos (Protocolo de Managua, OEA 1993).

Pero en el presente global, las estrategias de soberanía estatal se manifiestan con las singularidades de cada país y el particular impacto del fenómeno de securitización que transita cada región. Si en Europa la crisis migratoria desatada luego de la Primavera Árabe se aborda como un tema de seguridad, en Latinoamérica, el narcotráfico, los homicidios y los robos son preocupaciones generalizadas, así como la violencia institucional de las fuerzas policiales (Pérez 2016). Por ello, también los organismos multilaterales expresan que: “Cada Estado tiene el derecho soberano de identificar sus propias prioridades nacionales de seguridad y definir las estrategias, planes y acciones para hacer frente a las amenazas a su seguridad, conforme a su ordenamiento jurídico, y con el pleno respeto del derecho internacional y las normas y principios de la Carta de la OEA y la Carta de las Naciones Unidas” (OEA, 2003, II.4).

En una revisión del papel de las agencias del sistema penal, Eugenio Raúl Zaffaroni precisa que, si bien todas ellas inciden sobre el poder punitivo, las que realmente lo ejercen son las policiales en el sentido amplio de la expresión (policía, servicio penitenciario, gendarmería, aduana, tributaria, etc.). Las otras agencias no ejercen directamente el poder punitivo, a lo sumo influyen sobre el trabajo policial, limitándolo o impulsándolo. “Los jueces y fiscales no salen a la calle a buscar delincuentes, sino que las policías les seleccionan los candidatos a condenados”². En este sentido, el necesario sometimiento a un régimen disciplinario se explica porque de otro modo la actuación policial

² Eugenio Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Suprema de Argentina, escribió veinticinco fascículos semanales sobre la seguridad en sociedades democráticas, para la revista *Página 12*. Uno de ellos aborda la cuestión criminal. Los fascículos están disponibles en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/especiales/18-175157-2011-08-23.html>.

podría afectar el correcto funcionamiento de la misma, generando actuaciones que vulneran los derechos de las personas. Es por ello que la profesionalización requiere de un riguroso apego a la normativa vigente, necesaria para garantizar un cuerpo disciplinado que respete y haga respetar el imperio de la ley; así como también, el desarrollo de políticas de derechos humanos que aborden la denominada violencia institucional.

Analizando las políticas de seguridad pública se observa cómo se ha consolidado la entrega, por parte de los gobiernos, de tareas básicas del área, conformando lo que Sain (2008) define como: policialización de las políticas públicas. Este fenómeno no sólo incorpora mayor cantidad de policías como respuesta a las demandas de mayor seguridad; también otorga a las mismas, un funcionamiento cuyo empoderamiento pone en riesgo su eficiencia, otorgando una discrecionalidad en la actividad que la ubica demasiado vinculada a los mismos actos criminales que se pretenden controlar. En la complejidad de la trama social, respecto al problema de la seguridad, existe un escaso margen de acción entre la represión y la gestión de los delitos, fenómeno que históricamente muchas instituciones policiales han ejercido. Por ello, no es casual que el Estado deba, recurrentemente, revisar y perfeccionar el monopolio del uso de la fuerza legitimada. Como política pública, el incremento de efectivos resulta ser un indicador negativo, en tanto que las incorporaciones pasen a formar parte de una policía que conserva como rasgos principales: el dominio territorial en base a prácticas ilegales o arbitrarias, su vínculo con el delito y la gestión de mercados ilegales, además de su involucramiento en homicidios y casos de gatillo fácil. A esto se agrega otra medida: la descentralización de las policías locales; que, en los hechos, se limita a una desconcentración o, peor aún,

fragmentación de recursos, sin una estrategia organizacional efectiva y de respeto a los derechos humanos (Carrasco y Schleider 2017).

En materia de derechos humanos, en Argentina existen problemas históricos, incluidos abusos policiales, condiciones de detención deficientes y violencia contra las mujeres. Igualmente, persisten conflictos ligados a restricciones al aborto y dificultades en el acceso a servicios de salud reproductiva. Sin embargo, se han logrado avances significativos en la protección de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT) y en el juzgamiento de abusos cometidos durante la última dictadura militar (1976-1983), si bien se registran demoras en algunas de las causas (Human Rights Watch 2020).

En cuanto a los crímenes cometidos por fuerzas policiales en Argentina, abarcan aproximadamente el 20% de los casos que se presentan ante la Corte IDH (Santos 2021). Según informa la CORREPI (Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional), la escalada represiva en el período 2015-2019 culminó con los peores indicadores desde el regreso de la democracia. A fines de 2019 se reportaron 1.833 personas asesinadas, con un promedio de un asesinato cada 18 horas a manos de las fuerzas represivas, marcando un récord deleznable. A lo largo de este período se criminalizó la protesta social, el gobierno defendió el gatillo fácil y lo legalizó a través de la Resolución 956/2018, mediante la denominada doctrina Chocobar, que es el apellido de un policía involucrado en un caso de estas características (CORREPI 2021). Esta vía libre otorgada a las fuerzas policiales para su accionar sólo agudiza el conflicto social, disuelve la disciplina de los cuerpos policiales y da cuenta de la inutilidad de los cuerpos normativos constitucionales y convencionales para proteger la vida de los ciudadanos.

CONFRONTACIÓN DE LOS DERECHOS DE MINORÍAS CON LOS DE LAS GRANDES CORPORACIONES

Desde el sentido común, en una Constitución liberal como la Argentina y las de la mayoría de los países de la región, la conciliación de los derechos de

minorías y los de las corporaciones debería depender de la orientación ideológica y política del juzgador, de su exégesis de la norma y, como planteamos en este

ensayo, de su humanidad; entendida como la capacidad para generar empatía entre los contendientes y proponer las mejores soluciones y alternativas a los conflictos y casos que se plantean. De cualquier modo, cabe hacer una reflexión acerca de qué se entiende por liberal, a nivel político, y cuáles son las características esenciales de una legislación liberal. En ambos casos, se han suscitado enormes controversias.

Lo cierto es que las democracias latinoamericanas han sido heredadas de modelos liberales europeos, donde las personas “sin propiedad ni esperanza de adquirirla no pueden esperar que se simpatice con sus derechos lo bastante para ser depositarios seguros del poder sobre ellos” (Chomsky 2007, 84). En otros términos, son democracias que han desarrollado legislaciones donde se equipara o, incluso resulta más importante la protección de los derechos de propiedad, por sobre las garantías y derechos básicos y universales de ciudadanos en general. Ya Adam Smith, padre del liberalismo, había planteado que la gobernanza civil, fundada con el propósito de garantizar la seguridad de la propiedad, en los hechos se termina constituyendo para la defensa de los ricos y en contra de los pobres (Chomsky 2007).

Paradójicamente, en Estados Unidos, modelo de país y legislación liberal, ya no existe entonces un escenario de primacía de lo. En este sentido para este autor “el sueño americano” se ha desvanecido y sólo un reducido grupo de personas, al mando de grandes corporaciones –militares, farmacéuticas y de recursos energéticos–, ejercen un poder y control sobre la riqueza y las oportunidades empresariales, y hasta se podría decir militares, del país (Chomsky 2007).

Este panorama no es muy diferente en los países de la región, donde también prevalece la hegemonía de grandes corporaciones, incluso sobre los poderes e instituciones públicas. Y añadiría que incluso en el ámbito jurídico, donde las leyes terminan expresando, con mayor frecuencia, los intereses y voluntades de los mercados y/o de los lemas discursivos preferidos de los grupos dominantes, quedando banalizada la democracia. Se subordina así el poder público, donde el orden estatal se ajusta a un modelo neoliberal que vulnera derechos sociales y de ciudadanía, reduciendo a

los ciudadanos a su cualidad de consumidores. En este contexto, la defensa de los derechos de las minorías podría implicar una amenaza para la sustentabilidad y la gobernabilidad.

El juez argumentador y creador de Derecho, por más que falle en un caso específico a favor de las minorías, no podrá revertir la desigualdad imperante y la naturaleza irreconciliable de los derechos de las minorías con los de las grandes empresas transnacionales, lo que se plasma, sobre todo, en el sector energético y minero. En efecto, en muchos países latinoamericanos la aplicación de modelos económicos neoliberales impulsó un amplio proceso de privatización de servicios públicos, con una regulación extremadamente permisiva. Esto permitió la participación de empresas privadas y la creación de asociaciones público-privadas en la prestación de servicios básicos que son imprescindibles para el disfrute de los derechos humanos. En efecto, tal como advierte la CIDH (2019), ese modelo privatizador es una fuente de conflictos de intereses, los cuales suelen resolverse en los sistemas judiciales nacionales a favor de las empresas y en detrimento del bien e interés común.

Considerando esta situación, (y el caudal de casos y conflictos que se elevaron a la Corte IDH) la CIDH y la Relatoría especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), identificaron deberes estatales para dar cumplimiento a la obligación de garantía de protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Son cuatro deberes específicos: a) prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; b) fiscalizar tales actividades; c) regular y adoptar disposiciones de derecho interno que favorezcan el interés público; y d) investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas del accionar empresarial (Iglesias Márquez 2020).

Como problema compartido en toda la región, hay una escasa supervisión de las actividades empresariales por parte de los gobiernos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha postulado que es fundamental tomar medidas más rigurosas de control y vigilancia de aquellas actividades que

ponen en riesgo los derechos humanos y el medio ambiente, como pueden ser; por ejemplo, los proyectos extractivos de recursos naturales y otras actividades peligrosas. De hecho, la Corte IDH (2015) se ha pronunciado, en diversas ocasiones, sobre el deber de los Estados de fiscalizar las actividades empresariales desarrolladas en su territorio, en particular aquellas que puedan afectar a comunidades indígenas.

En Argentina, el protocolo a seguir frente a estas violaciones ha sido denunciado en primera instancia en el ámbito local, y, cuando no resulta suficiente, ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Contra lo que podía esperarse, el reconocimiento jurídico de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, han encontrado numerosos obstáculos. El principal es la falta de identificación de violaciones directas a los mismos, solo se reclaman por su vinculación con determinados derechos civiles y políticos. Algo que hasta hace poco tiempo la Corte IDH no había reconocido: las vulneraciones de estos derechos de manera directa (por aplicación del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La forma de reconocimiento (por conexidad) ha cambiado sustancialmente con la sentencia pronunciada en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (Corte IDH 2020).

En este caso, las comunidades indígenas de la provincia de Salta conformaron en 1992 la Asociación *Lhaka Honhat*, con el propósito de obtener el título único de su propiedad territorial y continuar con un reclamo por los territorios ancestrales que data, al menos

judicialmente, de 1984. Posteriormente, en 1998, denunciaron al Estado ante la CIDH, que, recién, en 2012 dictó el Informe de Fondo, donde emitió una serie de recomendaciones al Estado argentino. Frente al persistente incumplimiento, la CIDH sometió el caso a la Corte IDH en febrero de 2018. Así se constituye la primera sentencia contra el Estado argentino vinculada a derechos de los pueblos indígenas, poniendo fin a un reclamo de larga data (Ronconi y Barraco 2021).

En esta sentencia, la Corte IDH advierte que el derecho a la propiedad comunitaria indígena viene negándose más de 28 años. Sostiene que el Estado argentino no otorgó la suficiente seguridad jurídica en el reconocimiento de la propiedad territorial comunitaria. Por lo que las comunidades no pudieron accionar su derecho frente a terceros, que en este caso puntual eran familias criollas y empresas transnacionales. Pero no solo limitaron el derecho de sus propietarios originarios, sino que la explotación productiva de gran parte de esos territorios reclamados provocó una evidente degradación ambiental: afectando el derecho al agua, obstaculizando (alambrando) el acceso a la alimentación de las comunidades e impidiendo que desarrollen su vida cultural. Por lo tanto, existió una clara omisión del Estado en garantizar el derecho de propiedad de las comunidades indígenas (Ronconi y Barraco 2021). Este es uno de los diversos ejemplos en donde el tiempo transcurrido y las escasas reparaciones materiales y simbólicas han dado muestra de la manera en que funciona, en la práctica, la incorporación de instrumentos jurídicos para un mejor ejercicio de los derechos humanos básicos.

HALLAZGOS Y CONCLUSIONES

Una primera conclusión que se puede formular es que los tratados internacionales de derechos humanos, técnicamente no es que se incorporaron al texto constitucional argentino, aunque sí constituyen un núcleo constitucional de igual jerarquía. Además, esos tratados son normas que habilitan al sistema judicial para resolver conflictos de trascendencia fundacional, inherentes a la dignidad de las personas. La diferencia con la Constitución Nacional, a pesar de su igual

jerarquía, es el carácter contractual de los tratados; por ello, son comprendidos como complementarios a los derechos (y normas) reconocidos en el texto constitucional (Haro 2003).

La Constitución puede definirse como un contenido rígido y codificado en 129 artículos, siendo la suprema y unilateral manifestación normativa de la voluntad del pueblo argentino. En la misma se establece el reparto

de las competencias supremas del Estado. Por su parte, los tratados de derechos humanos son documentos jurídicos emanados de actos complejos, convenidos por los Estados en distintos tiempos y vinculados a diferentes cuestiones ligadas a la protección de los derechos humanos. Posee, además, la flexibilidad de incorporar, según los contextos históricos, nuevos derechos y garantías. Esto puede ocurrir tanto en el orden internacional como local, a partir de cualquier amenaza que se perciba y posibles nuevas agresiones a la dignidad humana, directa o indirectamente.

En relación a las políticas de seguridad pública, el Derecho necesita ser menos racionalizador y asumir un rol crítico de legalidad percibida de forma unidimensional (Ibáñez, Greppi y Ferrajoli 2011). Para ello, y muy a pesar de las críticas y debates superficiales, es posible asumir una realidad normativa basada en el modelo garantista que ofrecen las democracias constitucionales. A su vez, demanda, a quienes legisla: el desafío de pretender satisfacer en algún nivel las expectativas que genera su intervención. La norma penal no sólo debe ser estudiada previo a su legislación, sino también, comprendida en sus valores y por su funcionamiento concreto. Sucede, en demasiadas ocasiones, que quienes aplican o son responsables de esas normas, contradicen principios básicos de tratados de derechos humanos internacionales y propician violaciones a estos derechos.

Por ello, resulta necesario revalorizar la teoría garantista en el ámbito de la protección de los derechos humanos, pese a las críticas basadas en una reorientación iusnaturalista de la pena y de la concepción del Estado derivada del contrato social. Resulta de vital importancia un paradigma que, mediante la crítica, tanto de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales inválidas, logra reducir la grieta que se abre entre el plano normativo constitucional y lo que ocurre con demasiada regularidad en la vida de los ciudadanos. Para Rafecas (2006), todo Estado constitucional de Derecho que pretenda un real progreso comunitario en el ámbito de la seguridad, no debe limitar a la simple formalidad los derechos naturales, que en el presente constituyen parte del derecho positivo vigente. Tampoco debe centrar el poder de decisión y participación en los gobernantes

y los reducidos grupos dominantes. La escasa participación ciudadana solo incrementa la impunidad en las violaciones a los derechos humanos; conformando una crítica superficial, caótica e improductiva sobre los verdaderos problemas del sistema judicial; distanciando el carácter simbólico del Derecho, con sus resultados concretos. Es decir, dejando sin un referente real los valores (de justicia, libertad y dignidad) en los que se sustentan las instituciones y los agentes. Se requiere articular alternativas democratizadoras en la política criminal; especialmente, si tenemos en cuenta que el concepto de delito y/o criminalidad es una construcción no natural provista desde las esferas de poder (Leal Suárez y García Pirela 2014).

La vulneración de derechos humanos por parte de actores poderosos en el escenario económico-judicial (transnacionales, grandes empresas y conglomerados) y su convalidación por parte de los poderes judiciales, impacta sobre todo a comunidades y/o colectivos mediante la afectación del medio ambiente, además de otros derechos económicos y culturales referentes a la dignidad humana. En este sentido, la corporación judicial conserva formas de administración y organización que impactan de manera desigual sobre las personas involucradas, cosa que se corrobora cada vez con mayor frecuencia. Sucede, por ejemplo, cuando los problemas de orden climático, económico y político provocan daños de corto y largo plazo, y no existen los recursos suficientes para su correcta valoración (mediante informes o peritajes técnicos rigurosos), cuando no es posible producir pruebas o presentarse jurídicamente como víctima. De esta manera, se trunca de forma constante el acceso a la justicia.

Cuando se observa la práctica y la jurisprudencia asentada en los últimos años, se advierte cómo el Poder Judicial actúa en forma afín a los intereses de los sectores más favorecidos, siendo funcional a sus demandas y cercenando derechos de los sectores desfavorecidos. Ejemplo de ello: las acciones judiciales de empresas e individuos que utilizan el sistema judicial, aprovechando sus aceitadas vinculaciones para obstaculizar la implementación de leyes que se diseñan con el objetivo de limitar sus poderes (principalmente económicos). Así ocurrió, por ejemplo, con la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual; la que nunca

llegó a ser aplicada, por decisiones judiciales de carácter cautelar. Existen otros ejemplos en los que grandes empresas, como la minera Barrick Gold, o la compañía Monsanto, lograron dilatar, durante años, medidas que pretendían mayor fiscalización de sus actividades (López Cabello et al. 2016).

No se puede soslayar, en el presente, el grado de deslegitimación que existe en una Corte Suprema reducida a un mínimo de miembros porque no existen acuerdos políticos necesarios para su renovación. De hecho, los actuales cortesanos han tenido varios desempeños que han sido severamente cuestionados en términos de legitimidad jurídica. En un fallo del 2017, rebotan una derogada ley (n.º 24.390, vigente entre 1994 y 2001) para aplicarle el 2x1 a un condenado por delitos de lesa humanidad, reduciendo su encarcelamiento (caso Muiña); lo que provocó un repudio masivo expresado en manifestaciones callejeras, una ley sancionada por el Congreso, varios fallos de tribunales que la contradijeron y críticas de todos los partidos políticos. También emitió un pronunciamiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresando “preocupación y consternación”³.

Más recientemente esa misma Corte Suprema declara, en 2022, inconstitucional la ley que estipula la actual composición del Consejo de la Magistratura. Se trata del organismo encargado de la selección y remoción de los jueces y de la administración del Poder Judicial. Y si bien incluye un exhorto al Congreso para que dicte una nueva ley, resulta de imposible cumplimiento en la presente coyuntura política. El fallo retrocede quince años al Consejo de la Magistratura y vuelve a poner al presidente de la Corte como cabeza de ese

cuerpo, restituyendo una norma de organización derogada en el año 2006.

En síntesis, al revisar el comportamiento de los jueces y de la Corte Suprema de Justicia en los últimos años, resulta evidente que la mayoría de los operadores judiciales son indiferentes o cómplices de las desigualdades entre las partes de un proceso judicial; especialmente, cuando los litigios son impulsados por colectivos o individuos invisibilizados y discriminados como las comunidades indígenas o campesinas. Esta tendencia debería ser revertida, y de ahí la urgencia de introducir reformas judiciales profundas que permitan proteger los derechos humanos internacionalmente reconocidos a las comunidades minoritarias.

A modo de cierre, es preciso considerar que el desafío que presenta la correcta articulación de tratados internacionales de derechos humanos tiene como principal dificultad la complejidad de los fenómenos y problemáticas que pretende abordar. En todo lo que se refiera a la consolidación de Estados de derecho que garantizan a sus ciudadanos su plena vigencia, existen mecanismos normativos que acompañan dicho modelo. No obstante, existen dificultades para una más eficiente y preventiva forma de tramitarlos. La universalidad y profundidad del tema conspira contra las estrategias pragmáticas; sin embargo, una mayor visibilidad de los derechos humanos podría alejarlo de disputas anticuadas sobre su utilización arbitraria. La afectación de los derechos humanos, sabemos en el presente, nunca se limita a un ciudadano en particular, sino que, indirectamente, su vulneración erosiona la legitimidad de un sistema democrático.

³ Artículo publicado en el periódico Página 12, por Werner Pertot, el 16 de mayo de 2017. <https://www.pagina12.com.ar/38040-la-cidh-se-pronuncio-contra-el-fallo-pro-genocidas>

BIBLIOGRAFÍA

- Carrasco, María Eugenia y Tobías J. Schleider. 2017. "Actores y dinámicas de la inseguridad en la República Argentina". Acceso el 29 de noviembre de 2022. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/14081.pdf>
- Castañeda, Mireya. 2015. La protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México. México: CNDH. Acceso el 29 de noviembre de 2022. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/act_resultado.asp
- CIDH. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. Informe empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos. Washington DC: CIDH.
- CORREPI. Ver: Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional. 2021. Antirrepresivo 2021. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <http://www.correpi.org/2021/archivo-2021-la-deuda-es-con-el-pueblo/>
- Chomsky, Noam. 2007. Estados fallidos. El abuso de poder y el ataque a la democracia. Madrid: Ediciones B.
- Elbert, Carlos Alberto. 2001. Manual Básico de Criminología. Buenos Aires: Eudeba.
- Haro, Ricardo. 2003. "Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos". Revista Ius et Praxis, Año 9, n.º 1. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100006>
- Heller, Hermann. 1985. Escritos políticos. Madrid: Alianza Universidad.
- Human Rights Watch. 2020. World Report 2020: Argentina. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336398>
- Ibáñez, Andrés, Greppi, Andrea y Luigi Ferrajoli. 2011. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: editorial Trotta.
- Iglesias Márquez, Daniel. 2020. "Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas". Anuario de Derechos Humanos, vol. 16, n.º 2: 347-379.
- Leal Suárez, Luisa y Adela García Pirela. 2004. Criminología crítica y garantismo penal. Una contradicción necesaria. Maracaibo: Universidad del Zulia.
- López Cabello, Andrés; Trovato, Margarita; Griffa, Tomás y Diego Morales. 2016. "El acceso a la justicia como una cuestión de derechos humanos". En Derechos humanos en la Argentina. Informe 2016, publicado por el Centro de Estudios Legales y Sociales. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/el-acceso-a-la-justicia-como-una-cuestion-de-derechos-humanos/>
- Pérez Quiles, Julián Javier. 2016. El fenómeno de la inmigración irregular por vía marítima a raíz de la denominada Primavera Árabe. Tesis presentada en el Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica de la Universidad Católica San Antonio, en diciembre de 2016. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=117926>
- Piovezán, Flavia. 2018. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva.
- Pittier, Lautaro. 2016. "Control de convencionalidad en Argentina". Revista IIDH, Vol. 64: 161-187. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36279.pdf>

Rafecas, Daniel. 2006. "Una aproximación al concepto de garantismo penal". Lecciones y Ensayos n.º 80: 159-76. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>

Ronconi, Liliana y María Barraco. 2021. "La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina". Revista de la Facultad de Derecho, n.º 5, e105. Acceso el 29 de noviembre de 2022. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n50a5>

Sain, Marcelo. 2008. El Leviatán azul: policía y política en la Argentina. Buenos Aires: Editorial Octubre.

Santos, Jolurdimar. 2021. El control de convencionalidad en Argentina y Brasil: obstáculos y perspectivas para su efectiva implementación. Tesis doctoral presentada para la obtención del doctorado en Derecho, en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Normativa y jurisprudencia

Comisión Bicameral de monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal. 2020. Resolución 1/2020. Ciudad de Buenos Aires.

Corte IDH. 2020. Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.

_____. 2015. Sentencia del caso Pueblos Kaliña y Lokono con Surinam. Fondo, reparaciones y costas, serie C n.º 309.

OEA. Ver: Organización de los Estados Americanos. 2003. Declaración sobre seguridad en las Américas. Conferencia especial de Seguridad. Ciudad de México.

_____. 1993. Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo.

_____. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

LA IDEA DE LA LEY Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL El legado político de la Ilustración

THE IDEA OF LAW AND CONSTITUTIONAL STATE The Political Legacy of Enlightenment

A IDEIA DA LEI E O ESTADO CONSTITUCIONAL O legado político da Ilustração

Jorge Rendón Alarcón*

Recibido: 05/X/2022

Aceptado: 01/XII/2022

Resumen

De lo que se propone dar cuenta la filosofía política de la Ilustración, de Rousseau a Hegel, es de la justificación racional del Derecho y del Estado como construcciones de la voluntad y, por esta razón, conforme a la validez de la misma en cuanto una legitimidad *sui generis*. La autodeterminación de los seres humanos, su autonomía política, tiene lugar, de esta manera, con el vínculo que se establece, de acuerdo con la racionalidad y universalidad de la ley, como único fundamento jurídico legítimo de toda forma de dependencia social. En este caso, el autogobierno desde la idea de la ley nos lleva a reconocer, de forma objetiva, la necesidad de principios generales que obliguen, universalmente, como justificación y fundamento del Estado de derecho del Estado constitucional moderno.

Palabras clave: Estado de derecho; Universalidad; Libertad; Autogobierno; Legitimidad

Abstract

From Rousseau to Hegel, the political philosophy of the Enlightenment has as its main objective to deal with the rational and objective justification of law and the State as

constructions of the will and, therefore, given their validity in terms of a *sui generis* legitimacy. Self-determination and political autonomy take place with the link established by the rationality and universality of the law as the only legitimate legal foundation of social dependency. In this case, self-government stemming from the idea of the law leads us to assume, from an objective point of view, the need for general principles that are universally binding, without exception, as justification and foundation of the rule of law of the modern constitutional State.

Keywords: Rule of law; Universality; Liberty; Self-government; Legitimacy

Resumo

Do que se propõe dar conta a filosofia política da ilustração, de Rousseau a Hegel, é da justificação racional do direito e do Estado como construções de vontade e, por esta razão, conforme à validez da mesma enquanto uma legitimidade *sui generis*. A autodeterminação dos seres humanos, sua autonomia política, têm lugar, desta maneira, com o vínculo que se estabelece de acordo

* Doctor en Ciencias Sociales, profesor investigador en el Departamento de Filosofía de la UAM-Iztapalapa e investigador nacional II en el Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt). Se destacan entre sus libros publicados: *El litigio por la democracia* (1998); *La sociedad dividida. La sociedad política en Hegel* (2008); *Hegel, la autoconciencia de la libertad en la historia* (2018); y *Sociedad y conflicto en el Estado de Guerrero* (2003/2019). Es coautor de *El telos de la modernidad. Dos estudios sobre la filosofía política de Hegel* (2014); co-coordinador de *Raíces en otra tierra. El legado de Adolfo Sánchez Vázquez* (2013), y de *Luis Villoro. Filosofía, historia y política* (2016). En 2021 coeditó en dos volúmenes: *Karl Marx: el hombre, el revolucionario y el teórico*. ORCID: 0000-0002-1419-1472.

Cómo citar este artículo: Rendón Alarcón, Jorge. 2023. "La idea de la ley y el estado constitucional. El legado político de la Ilustración". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 122-133.

com a racionalidade e universalidade da lei como único fundamento jurídico legítimo de toda forma de dependência social. Neste caso o autogoverno desde a ideia de lei nos leva a reconhecer, de forma objetiva, a necessidade de princípios gerais que obriguem universalmente, sem exceção alguma,

como justificação e fundamento do Estado de direito do Estado constitucional moderno.

Palavras-chave: Estado de direito; Universalidade; Liberdade; Autogoverno; Legitimidade

INTRODUCCIÓN

Para la filosofía jurídica y política de la Ilustración, la exigencia de la justificación racional del Derecho y del Estado, tiene lugar con el reclamo histórico del autogobierno de los ciudadanos como único ordenamiento legítimo de convivencia humana; ello frente a la coacción y el ejercicio arbitrario del poder del absolutismo y el despotismo monárquico fincado en el derecho divino; pero también frente a la concepción de un ordenamiento político supeditado a una supuesta condición natural de los seres humanos, como lo postuló el liberalismo político a fines del siglo XVII con la idea de que el ser humano sería, ya de por sí, depositario de ciertos derechos innatos e inalienables.

Frente a lo anterior, se alza, a partir del siglo XVIII, la exigencia de un Derecho racional sustentado en el propio ejercicio de la razón situada en la interacción y el conflicto de la existencia, y conforme al cual la validez de las normas habrá de resultar indisociable del asentimiento libre y racional de los propios seres humanos. La exigencia de fundar el Estado y la sociedad sobre una base racional constituye así, para nosotros, el rasgo distintivo de la Ilustración, y en el empeño de su justificación racional encontramos el legado filosófico-político de la misma.¹ De esto buscamos dar cuenta en el presente ensayo, a través de la idea de la ley como principio de la razón y único fundamento jurídico-legítimo del Estado de derecho, del Estado constitucional moderno.

En este sentido, y de manera paradigmática en la Filosofía del Derecho de Hegel, el individuo se habrá

de constituir como persona autónoma, en su condición de ciudadano, cuando llega a reconocerse no como voluntad particular, sino como una voluntad en sí y por sí; y de esta manera como voluntad libre, ello a través de la racionalidad y universalidad de la ley como único fundamento jurídico para toda dependencia social y política: “El Estado, en cuanto realidad de la voluntad sustancial, realidad que ésta tiene en la autoconciencia particular elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí” (Hegel 1999, parágrafo 258). De esta forma, la justificación racional del Derecho y del Estado, conforme a la idea de la ley como principio de la razón, busca dar cuenta de la libertad positiva en el orden social y político.

El reclamo filosófico-político de la Ilustración, en el sentido de que el Derecho y el Estado deben sustentarse en principios generales que obliguen universalmente y, por esta razón, en abierta contraposición a un ejercicio del poder circunscrito a una voluntad particular arbitraria (como era el caso del absolutismo monárquico), dio lugar a un parteaguas respecto de nuestra comprensión del orden social y político, por cuanto el problema de su legitimidad solo podía resolverse ahora conforme a la exigencia y reconocimiento de la idea de la ley como principio de la razón, como fundamento y justificación de ese mismo orden.

La idea del autogobierno de los ciudadanos da lugar a la consideración de un destino social y político compartido, con lo que el derecho positivo se convierte en

¹ En la tradición hegeliano-marxista, Herbert Marcuse -entre otros autores- señala que la filosofía alemana de su época fue considerada como teoría de la Revolución Francesa: “Esto -dice- no significa que Kant, Fichte, Schelling y Hegel ofreciesen una interpretación teórica de la Revolución francesa, sino que en gran parte escribieron su filosofía como respuesta al reto de Francia de reorganizar el Estado y la sociedad sobre una base racional” (Marcuse 1986, 9).

una práctica social que impulsa la institución de un orden político que da lugar al desarrollo y perfeccionamiento de la sociedad en su conjunto. Se trata, así, de una ruptura histórica y social con el pasado, porque el principio del autogobierno de los ciudadanos como

única forma legítima de asociación política parte de la constatación (como ocurre en Rousseau) de que el orden imperante era, en realidad, el resultado de formas empírico-históricas contrapuestas a la libertad de los seres humanos.

EL AUTOGOBIERNO CIUDADANO

La idea del autogobierno conforme a la racionalidad y universalidad de la ley que los individuos se imponen, en su condición de ciudadanos, tiene lugar –de acuerdo con Rousseau y la Ilustración política–, a partir de la reconsideración histórica de un ejercicio del poder no sancionado por los propios seres humanos, como ocurría con el absolutismo monárquico y su justificación de acuerdo al derecho divino; pero también –desde luego– con el *iustnaturalismo* liberal, para quien el individuo era ya depositario de unos derechos innatos e inalienables, como ocurría con las libertades liberales concernientes a la vida, la libertad y la propiedad. John Locke afirmaba, al respecto: “Los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se someterían a una norma, si no fuera porque buscan con ello preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas, y porque quieren que su paz y tranquilidad sean aseguradas por reglas establecidas en lo concerniente a su derecho y a su propiedad” (Locke 1990, parágrafo 137, 144).

Para la Ilustración política, en cambio, la libertad del ser humano no podía constituir un estatus inherente a la condición humana, sino que la misma solo podía alcanzarse a través de la acción racional y voluntaria de los seres humanos en la interacción y el conflicto de su existencia social. En ello radica, en el caso de Rousseau, la facultad del ser humano de perfeccionarse como ser social resultado de un ordenamiento jurídico-político autoimpuesto y, por esta razón, contrapuesto a cualquier forma de dominación ejercida por una voluntad o por un grupo de voluntades particulares y, como tales, arbitrarias.

En ese sentido, y como se ha insistido al respecto, Del contrato social puede ser leído como una respuesta a la consideración sobre la condición humana –formulada

por el propio Rousseau en su Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad– en cuanto un ser socialmente perfectible; es decir, como un ser capaz de actuar conforme a su facultad de elección en la interacción y el conflicto de la existencia. De lo que se trata es de la formación moral del ser humano, de la formación y el desarrollo de la voluntad del ser humano como ser social, cuestión que Hegel enfatiza puntualmente: “Este principio fue establecido en Francia por Rousseau. El ser humano es voluntad; y solo es libre en tanto quiere lo que su voluntad es” (1989, 689).

Rousseau y la Ilustración reclaman, en consecuencia, un nuevo fundamento del Derecho y del Estado como construcciones de la voluntad: siempre habrá una gran diferencia, afirma Rousseau, “entre someter a una multitud y regir una sociedad. Que seres humanos dispersos sean sometidos sucesivamente a uno solo, sea cual sea su número; ahí no veo más que un amo y unos esclavos, ahí no veo un pueblo y su jefe; es, si se quiere, una agregación, pero no una asociación; ahí no hay ni bien público ni cuerpo político. Aunque hubiera sometido a medio mundo, ese hombre no deja de ser más que un particular; su interés separado del de los demás, no es otra cosa que un interés privado” (1998, 36-37).

Se trata de una consideración de la política y del orden político que redefine a nuestra propia época, por cuanto sólo con la institución de un Estado de derecho constitucional, conforme al autogobierno ciudadano, encuentra su justificación la política y un orden político contrapuestos a la arbitrariedad y la dominación; pues solamente entonces podemos hablar de una sociedad política propiamente dicha, ajena a voluntades particulares. La autonomía del individuo solo

podía tener lugar, de esta manera, con el autogobierno conforme a la idea de la ley, porque solo entonces los individuos, en su condición de ciudadanos, no obedecen a nadie –afirma Rousseau en el Contrato social–, sino únicamente a su propia voluntad. Se trata, también, de una concepción del Estado de derecho del Estado constitucional moderno, que se instituye conforme al protagonismo de la sociedad civil, más allá de las burocracias y las voluntades particulares que han obstruido el desarrollo político de las sociedades modernas.

La autonomía de la voluntad solo se alcanza, así, en la interacción y el conflicto de la existencia, y ello con el deliberado propósito de instituir un orden jurídico-político ajeno a la dominación. En ese sentido, la libertad de la persona solo puede ser el resultado de su autodeterminación libre y racional conforme a la idea de la ley, como lo precisa Rousseau: “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” (1998, 4). La libertad de la persona es el resultado, entonces, de la disposición práctica que asumimos frente a la interacción y el conflicto de la existencia; ello, a propósito de una forma de relación social contrapuesta a la arbitrariedad y la coacción que nos lleva a reconocer, de manera objetiva, la necesidad de principios generales, que obliguen universalmente, sin excepción alguna, como principio y fundamento del Estado de derecho del Estado constitucional moderno.

Esta idea del autogobierno conforme a la racionalidad y universalidad de la ley sugerida por la Ilustración política constituye así, una nueva y radical forma de explicar el orden político, por cuanto se le sitúa en el ámbito de la interacción y el conflicto de la existencia social. Significa también el punto de partida de una modernidad política empeñada en responder a la pregunta que constituye el horizonte de sentido de dicha modernidad y, podríamos decir, la condición misma del autogobierno. En efecto, la cuestión medular de la Ilustración política es la respuesta a la pregunta respecto de si el orden social y político es –o mejor dicho puede ser– el resultado de una elección racional y libre de los propios seres humanos.

Es la singularidad y el alcance de dicha pregunta, frente a la tradición y su carácter autoritario y jerárquico,

lo que da lugar a su carácter controversial; como se puso de manifiesto en el siglo XX por autores como Heidegger, quien abiertamente negó cualquier forma de subjetividad humana capaz de afirmarse más allá de la absolutización y arbitrariedad del yo, empeñado –como estaba–, en una interpretación de la modernidad circunscrita al mundo de la técnica. Por el contrario, la Ilustración política no solo da una respuesta afirmativa a la pregunta de si el orden político puede ser el resultado de una elección libre y racional, sino que la convierte en el motivo fundamental de una reconsideración del ser humano como ser histórico y social. Hegel enfatiza, como cuestión medular de su especulación filosófica, la historicidad del pensamiento y de la acción reflexiva y voluntaria de los seres humanos en el ámbito de la interacción y el conflicto de su existencia, para dar lugar así a la autoconciencia de un orden humano, un mundo del espíritu –dice Hegel– creado por los propios seres humanos.

De esta manera, el autogobierno tiene lugar de acuerdo con el ejercicio práctico de la razón de un yo situado en el nosotros, por medio del cual secundamos la idea de la ley, porque nos reconocemos en su exigencia práctica como condición de posibilidad de una sociedad políticamente libre; es decir, de una sociedad contrapuesta a cualquier forma de coacción. La dependencia común, de acuerdo con la idea de la ley, se convierte en el único fundamento jurídico-político legítimo de una comunidad humana contrapuesta a la dominación. Se trata, entonces, de la idea de la ley como vínculo legítimo de asociación política. La cuestión de la constitución del ser humano como sujeto moral y político adquiere así un contenido histórico y social concreto, puesto que dicha constitución se vuelve indisociable de la institución de un orden contrapuesto a cualquier forma de dominación.

El problema del que da cuenta la Ilustración política se refiere, en suma, a la constitución del ser humano como sujeto moral y político. En otras palabras, a su realización por voluntad propia en el orden social para dar lugar, y sólo entonces, a la institución del Estado de derecho constitucional moderno. Hegel sugiere al respecto: “En el pensamiento del derecho se ha erigido ahora una constitución, y sobre esta base hubo de fundarse todo. Desde que el sol está en el firmamento

y los planetas giran en torno a él no se había visto que el ser humano se apoyase sobre su cabeza, esto es, sobre el pensamiento, y edificase la realidad conforme al pensamiento [...] ahora por vez primera ha llegado el ser humano a reconocer que el pensamiento debe regir la realidad espiritual. Fue esto, por consiguiente, un magnífico orto. Todos los seres pensantes han celebrado esta época” (1989, 692).

Lo que articula a la filosofía moral y política de la Ilustración, como cuestión medular de la misma, es el esfuerzo por dar cuenta de la institución legítima del Derecho y del Estado constitucional moderno conforme al autogobierno ciudadano; de forma tal que dicha institución solo podía tener lugar a partir de principios generales y, por esta razón, desde la acción libre y racional de los propios seres humanos en su condición de ciudadanos. Es en este sentido que el Estado –según Hegel– da lugar a una historia propiamente humana: “En lugar de los mandatos puramente subjetivos del jefe, mandatos suficientes para las necesidades del momento, toda comunidad, que se consolida y eleva a la altura de un Estado, exige preceptos, leyes, decisiones generales y válidas para la generalidad, y crea, por consiguiente, no solo la narración, sino el interés de los hechos y acontecimientos inteligibles, determinados y perdurables en sus resultados” (1989, 137).

Es la exigencia del autogobierno, conforme a normas y principios generales, la que habrá de dar lugar, de esta manera, a la institución del Derecho y del Estado como

construcciones de la voluntad; y ello como hecho decisivo de la modernidad política, por cuanto da lugar a un orden social y político de acuerdo con el quehacer reflexivo de los propios seres humanos. Se trata de una forma de reflexión del ser humano que encuentra su fundamento y justificación en la vida pública; es decir, entre los individuos como seres sociales situados en la interacción y el conflicto de la vida en común. Este es el hecho fundamental que pasa por alto Heidegger con su crítica del mundo moderno circunscrita al mundo de la técnica, en cuanto consumación de la metafísica moderna como metafísica de la subjetividad y, por ello, radicalmente incompatible con la autonomía de la voluntad. Lo que Heidegger termina por poner en cuestión es, en realidad, el hecho de que sean los propios seres humanos los autores de un orden social y político cuya validez depende de su propia facultad de elección libre y racional.

Más aún, la crítica de la modernidad como un orden social y político, circunscrito a lo que Heidegger entiende como la absolutización del sujeto (como supuesto de la metafísica moderna), impide la comprensión de los espacios de libertad que se producen al amparo del Estado de derecho constitucional moderno, en cuanto un orden contrapuesto a la arbitrariedad y la coacción del poder político y económico. Heidegger confundió así –y de esta manera terminó por equiparar– las autocracias y las formas de autogobierno que se gestan al amparo del Estado constitucional moderno; lo que dio lugar, en su caso, a su afinidad con el nazismo.

LA AUTONOMÍA POLÍTICA Y LA IDEA DE LA LEY

La idea de la racionalidad y universalidad de la ley, en tanto fundamento del Derecho y del Estado constitucional moderno, como se pone de manifiesto en autores como Rousseau, Kant o Hegel, tiene su origen –como decimos– en el reclamo de un orden social y político contrapuesto a la dominación. Aquello da lugar a una profunda reconsideración del orden social y político a partir del siglo XVIII, porque su justificación habría de situarse ahora en el ámbito de un ejercicio de la razón situada en la interacción y el conflicto de la existencia. La pretensión de legitimidad

del Estado de derecho moderno habrá de situarse, de esta manera, en el quehacer reflexivo y voluntario de los propios ciudadanos: “Mientras los súbditos –dice Rousseau– sólo estén sometidos a tales convenciones, no obedecen a nadie sino únicamente a su propia voluntad” (1998, Libro II, Capítulo IV, 56).

La idea de la autonomía de la voluntad sólo adquiere verdadero sentido, entonces, a través del reclamo de la institución de una sociedad política contrapuesta a la dominación. Ello habrá de dar lugar a la exigencia

de una nueva y radical consideración del principio de legitimidad del orden social y político; pues en tanto que el mismo no sea el resultado de la acción reflexiva y voluntaria de sus propios ciudadanos –y por esta razón conforme a un vínculo político legítimo–, seguiría imperando un orden fincado en la arbitrariedad y la coacción del poder. Tal es el hecho que da forma a la modernidad política en cuanto una nueva época en la que se pone de manifiesto el antagonismo entre un ejercicio del poder sometido a una o varias voluntades particulares –y como tales, arbitrarias– y la exigencia de un vínculo legítimo sancionado y justificado conforme al ejercicio de la libertad de la voluntad. De esta manera, lo que habrá de proponerse la Ilustración política a partir del siglo XVIII es, en realidad, una nueva y legítima fundación del orden político.

El problema de la justificación del Derecho y del Estado moderno busca resolverse explícitamente en el ámbito de la filosofía jurídica; es decir, en el ámbito de su principio constitutivo. En este sentido la institución legítima del orden político se resuelve de cara al conflicto social y como hecho práctico de la razón, dando lugar a las condiciones de posibilidad del desarrollo social y humano de la sociedad en su conjunto, como tarea compartida de la vida en común. Por esta razón, Hegel sostiene que “toda comunidad, que se consolida y eleva a la altura de un Estado, exige preceptos, leyes, decisiones generales y válidas para la generalidad” (1989, 137).

Con la exigencia de un vínculo legítimo, como fundamento del orden social y político, surge el reto histórico-práctico que significa la constitución del individuo, como sujeto autónomo, en un sentido moderno; es decir, la facultad del mismo de reconocerse de manera libre y racional en un orden instituido voluntariamente de acuerdo con principios generales. Se trata, sobre todo, y esto habrá de ser crucial para entender la libertad de la voluntad como principio de justificación del Derecho y del Estado, de un problema que se sitúa en el ámbito del saber práctico; En otras palabras, en el ámbito del saber que los propios seres humanos alcanzan respecto de su experiencia de la vida en común y en donde, en efecto, nuestra experiencia personal se ve obligada a situarse y reconocerse también en la experiencia de la vida en general: “Esta

realidad en general como *existencia* de la voluntad libre es el *derecho*, el cual debe tomarse no solamente en el sentido limitado como derecho jurídico, sino abarcando la existencia de *todas* las determinaciones de la libertad. Tales determinaciones, en su referencia a la voluntad *subjetiva* en la que deben tener su existencia en cuanto universales (y sólo ahí pueden tenerla), son las *obligaciones* de la voluntad del mismo modo que en cuanto hábitos y modos de sentir de la misma voluntad son *costumbres éticas*. Lo que es un derecho es también una obligación y lo que es una obligación es también un derecho” (Hegel 2005, parágrafo 487, 525-526).

En consecuencia, para la filosofía moral y política de la Ilustración, el desarrollo y perfectibilidad del ser humano como ser moral sólo puede tener lugar en el ámbito de la vida en general y para lo general, porque es precisamente en el ámbito de la vida en común; es decir, en la interacción y el conflicto de su existencia, donde el ser humano se ve obligado a actuar y tomar decisiones igualmente válidas para todos. De acuerdo con esto –dice Marcuse respecto de Hegel–, “las acciones, valores y metas de cada individuo o grupo particular tienen que ser medidas comparándolas con lo que el hombre puede y debe ser” (Marcuse 1986, 127). De lo anterior, la reconsideración que llevan a cabo Rousseau y Hegel en torno al problema del Derecho y del Estado constitucional moderno como realidades prácticas de ese desarrollo y perfeccionamiento del ser humano en su existencia social y política.

Lo que se busca mostrar aquí es, en realidad, que lo único propiamente originario en la condición humana es esa facultad de pensar y, como tal, la facultad de pensarse como sujeto autoconsciente en la interacción y el conflicto de su existencia. Hegel enfatiza –de forma categórica– que las determinaciones del desarrollo de la conciencia como espíritu práctico, constituyen el camino para producirse como voluntad: “La deducción de la libertad de la voluntad y de la naturaleza de ambas sólo puede tener lugar, como se ha señalado (Parágrafo 2), en conexión con el todo. En mi *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (Heidelberg, 1817) he expuesto los rasgos principales de las siguientes premisas, que espero algún día completar: el

espíritu es ante todo *inteligencia* y las determinaciones por las que pasa su desarrollo –desde el *sentimiento*, a través de la *representación*, hasta el pensamiento– constituyen el camino para producirse como *voluntad*, la cual, en cuanto espíritu práctico, es la verdad próxima de la inteligencia” (Hegel 1999, parágrafo 4, 77-78).

Lo anterior habrá de dar lugar, también, a una consideración reflexiva y crítica del orden social y político; en la medida en que el desarrollo y perfectibilidad del ser humano solamente puede tener lugar a partir de la racionalidad y legitimidad del orden jurídico-político, contrapuesta a la arbitrariedad y la coacción. Rousseau es ya explícito en este sentido: “Había visto que todo dependía radicalmente de la política, y que, de cualquier modo, que se obrase, ningún pueblo sería otra cosa que lo que le hiciera ser la naturaleza de su gobierno; así, esa gran cuestión del mejor gobierno posible me parecía reducirse a lo siguiente: ¿cuál es la forma de gobierno propia para formar al pueblo más virtuoso, más ilustrado, más prudente, mejor, en fin, tomando esta palabra en su sentido más lato?” (Rousseau 1999, 370).

De esta manera, la cuestión del desarrollo y perfectibilidad del ser humano como ser moral; es decir, como persona autónoma, sólo adquiere verdadero sentido, como hemos enfatizado, a partir de la consideración del ser humano como ser social. En otras palabras, a partir de la consideración del ser humano como sujeto práctico situado en la interacción y el conflicto de la existencia. El propio Rousseau puntualiza que su estudio de las instituciones políticas se sitúa en el ámbito del estudio histórico de la moral. La constitución del individuo como persona autónoma sólo puede alcanzar su realización práctica, en consecuencia, en un orden instituido conforme a principios generales contrapuestos a cualquier forma de dominación.

Es la experiencia práctica de la vida en general y para lo general la que termina por resultar decisiva, a propósito de la formación del ser humano como sujeto moral; es decir, a propósito de la autonomía del individuo para llegar a proponerse fines y hacerlos valer en su existencia social. Es precisamente por ello que la filosofía del Derecho de Hegel, en cuanto ciencia del Estado, no debe ser otra cosa que el intento de

concebir y exponer el Estado como algo, en sí mismo, racional.

En ese sentido, el principio de la libertad de la voluntad es el resultado de una forma de autoconciencia social e histórica, conforme a la cual el ser humano llega a reconocerse en sus propias formas de realización en la existencia social y política. La libertad de la voluntad resulta contrapuesta a una subjetividad abstracta, pues es el resultado de la experiencia práctica que el ser humano consigue –en la sociedad y en la historia– respecto de una forma de realización propia, ajena a la arbitrariedad y la dominación. En este caso Hegel es explícito en su Enciclopedia de las ciencias del espíritu: “La *razón práctica* se aprehende como la voluntad que se determina a sí misma precisamente de modo universal, es decir, como voluntad que piensa debe ofrecer leyes imperativas y objetivas de la libertad, es decir leyes tales que digan lo que *debe acaecer*. La justificación para tomar aquí el pensar como actividad *objetivamente determinante* (esto es, en efecto, *una razón*) se pone en que la libertad práctica se pueda *probar por experiencia*, es decir, que se pueda indicar en el fenómeno de la autoconciencia” (Hegel 2005, parágrafo 53).

De lo que busca dar cuenta la filosofía especulativa de Hegel es, en realidad, de la experiencia de la conciencia como autoconciencia histórica y socialmente situada, conforme a la cual el ser humano llega a reconocerse como capaz de determinarse en sí y por sí mismo, a propósito de sus formas de realización social, de manera libre y racional; es decir, de la constitución de la libertad de la voluntad y, como tal, de una voluntad determinada en sí y por sí en la interacción y el conflicto del nosotros. Hegel establece, así, un vínculo entre la Fenomenología del espíritu en cuanto ciencia de la experiencia de la conciencia y su filosofía del Derecho como el desarrollo concreto de esa conciencia de la libertad: “Esta autoconciencia que se capta como esencia por medio del pensamiento y con ello se desprende de lo contingente y no verdadero, constituye el principio del derecho, de la moralidad y de toda eticidad” (Hegel 1999).

La filosofía especulativa de Hegel habrá de situarse, como advertía ya a Schelling, en una carta del 2 de

noviembre de 1800, en la preocupación por intervenir en la vida de los seres humanos: “Mi formación científica comenzó por necesidades humanas de carácter secundario; así tuve que ir siendo empujado hacia la Ciencia, y el ideal juvenil tuvo que tomar la forma de la reflexión, convirtiéndose en sistema. Ahora, mientras aún me ocupo de ello, me pregunto cómo encontrar la vuelta para intervenir en la vida de los hombres” (Hegel 1981, 433). Siguiendo esa pretensión, la filosofía especulativa de Hegel habrá de situarse –como dice Terry Pinkard–, en “el modo en el cual el pensamiento y la historia humanos tienen que mostrar que se fundamentan y se legitiman a sí mismos” (2002, 415).

La constitución del individuo como persona autónoma se sitúa, para Hegel, en la formación práctica de la conciencia como autoconciencia; es decir, en la autocomprensión del ser humano como ser capaz de pensar y actuar conforme a la acción del pensamiento en la interacción y el conflicto del nosotros para realizarse como voluntad libre, esto es: como ser que piensa. A lo que se refiere Hegel, entonces, con la idea de la libertad de la voluntad no es a un ejercicio de la razón que se limita a conocer, sino en cuanto cobra realidad en la existencia social y política; lo que

significa que su realidad deviene con el ejercicio de la misma en la interacción y el conflicto de la existencia social: “La diferencia entre pensamiento y voluntad es la que existe entre el comportamiento teórico y el práctico, pero no son dos facultades, sino que la voluntad es un modo particular del pensamiento: el pensamiento en cuanto se traduce en la existencia, en cuanto impulso de darse la existencia” (Hegel 1999, agregado al párrafo 4, 79).

Es aquí donde se pone de manifiesto la libertad de la voluntad como principio del Derecho y del Estado constitucional moderno; en otras palabras, no la exigencia de una voluntad no arbitraria, sino de la voluntad humana en sí y por sí y, como tal, capaz de dar cuenta de lo justo y ético: porque solo entonces puede dar cuenta de lo que es, en su verdad, el Derecho. La libertad, tal y como es reconsiderada, a partir del principio de la libertad de la voluntad, da lugar a la libertad positiva porque sólo puede ser el resultado de la autodeterminación del ser humano en su existencia social y política, y porque de esta manera esa facultad de autodeterminación no significa el hacer arbitrario de un yo abstracto, sino la autodeterminación del ser humano en la interacción y el conflicto del nosotros.

LA IDEA DE LA LEY COMO PRINCIPIO DEL DERECHO Y DEL ESTADO

La idea de autogobierno ciudadano conforme a la idea de la ley no solo era –como hemos dicho– una idea nueva en el siglo XVIII, sino también profundamente disruptiva respecto del orden social y político imperante; porque convertía la exigencia de la autodeterminación del ser humano, como ser social, en el motivo y el principio fundamental del nuevo orden social y político. En ese sentido, la finalidad de la asociación política conforme al principio de la autonomía de la voluntad consistía ya, para Rousseau, en hacer valer la idea de la ley por encima de cualquier forma de arbitrariedad o privilegio, y ello como hecho decisivo de la concepción democrática y republicana sustentada en Del Contrato Social.

La concepción misma del orden político y de la democracia republicana, entendida como el autogobierno

de los ciudadanos, habría de alcanzar un contenido radical y, por ello, más allá –por ejemplo–, del iusnaturalismo liberal de John Locke circunscrito a los derechos innatos e inalienables a la vida, la libertad y la propiedad. El propio Hegel afirma: “Siempre que se habla de libertad es menester fijarse bien en si no serán propiamente intereses privados aquellos de que se habla” (Hegel 1989, 675).

En consecuencia, para la filosofía práctica del siglo XVIII de lo que se trataba no era solamente de dar cuenta del orden social y político como hecho histórico sin más; sino de puntualizar aquello que hace posible su constitución legítima y, por esta razón, conforme a normas y principios que impidan la arbitrariedad y la coacción, y den lugar a la autonomía política de los seres humanos en su condición de ciudadanos.

En ese sentido, el Derecho y el Estado no podían admitir ya otro fundamento que el ejercicio legítimo de la libertad de la voluntad, como lo enfatizaba Rousseau. La idea de la ley dejaba de ser considerada un vínculo coactivo y externo, para ser considerada como principio y justificación del autogobierno de los ciudadanos. La tarea y la finalidad de la ley, en este sentido, es la organización legítima de los individuos en su condición de ciudadanos, a través de un vínculo que impida cualquier forma de coacción arbitraria entre ellos y que, por el contrario, permita su realización libre y racional conforme a la racionalidad y universalidad de la misma. Es bajo esta consideración que el concepto de autogobierno como único ordenamiento legítimo de convivencia humana alcanza su plena actualidad como contenido y alcance del Estado de derecho del Estado constitucional moderno.

La idea de la ley, conforme a la racionalidad y universalidad de la misma, deja de ser un vínculo externo a las voluntades individuales –como decimos– para convertirse, más bien, en el principio constitutivo autoimpuesto que fundamenta, justifica y da lugar a la existencia práctica del Derecho y del Estado. El reclamo social e histórico de un gobierno de acuerdo con la idea de la ley, tiene lugar, para la Ilustración política, a partir de un ejercicio de la libertad de la voluntad que busca hacer valer su autodeterminación legítima frente a la coacción y el conflicto que conlleva un ejercicio del poder arbitrario y despótico; como ocurría con el absolutismo y el despotismo monárquico: pues con la exigencia del sometimiento de todos a la racionalidad y universalidad de la misma, se impide la dominación de voluntades particulares.

Tal es el reclamo fundamental de la modernidad, como es interpretada por la Ilustración política de Rousseau a Hegel. Lo que esa filosofía de la razón práctica ofrece, es una respuesta al reto histórico de reorganizar el orden social y político sobre la base de un ejercicio legítimo de la razón. El propio Hegel subraya el vínculo entre la acción del pensamiento y el reclamo de un orden racional resultado de ese ejercicio práctico de la razón: “La Revolución francesa tiene en el pensamiento su comienzo y origen. El pensamiento, que considera como lo supremo las determinaciones universales y encuentra que lo que

existe está en contradicción con ellas, se ha sublevado contra el estado existente. “La determinación suprema que el pensamiento puede hallar es la de la *libertad de la voluntad* [...] porque no es más que el determinarse a sí mismo” (Hegel 1989, 688). La autodeterminación del ser humano conforme a la idea de la ley habrá de centrarse en el reclamo de un orden social y político resultado de la acción libre y racional del propio ser humano.

Que el Estado constitucional moderno encuentre su justificación, su principio constitutivo, en la idea de la ley y, como tal, en un principio resultado del propio quehacer autoconsciente de un yo situado en el nosotros, da lugar a la reconsideración de la libertad como resultado de un ejercicio de la voluntad que se somete a sus propias determinaciones en la interacción y el conflicto de la existencia. La libertad se convierte, entonces, en un hecho práctico resultado de una relación social contrapuesta a la dominación. La institución del Estado como una auténtica comunidad humana y, en ese sentido, como algo en sí mismo racional, solo puede tener lugar, para Hegel, a través del quehacer de la voluntad que “es libre, de modo tal que la libertad constituye su sustancia y determinación: En cuanto la voluntad tiene como contenido, objeto y fin a la universalidad, a sí misma en su carácter de forma infinita, no es sólo voluntad libre *en sí* sino también *por sí*, es verdadera idea” (Hegel 1999, parágrafo 21, 99-100). Se trata de una verdadera idea de la voluntad en cuanto se traduce –como dice Hegel– en la existencia.

Lo que se somete a discusión es, pues, la idea misma de la libertad del ser humano en un sentido amplio del término. Se trata de su libertad como ser social, misma que no puede ser resuelta de manera puramente subjetiva y abstracta; sino que, por el contrario, tiene que ser situada en la interacción y el conflicto de la existencia y, por tanto, conforme a un ejercicio de la razón válida para todos. Todo esto supone la experiencia práctica de esa vida en común, pero, sobre todo para Hegel: el conocimiento objetivo de nuestra propia facultad de autodeterminación conforme al autoconocimiento como seres capaces de actuar de manera reflexiva y voluntaria en el ámbito de la vida en común. De lo anterior, que la conciencia de sí mismo constituya para Hegel un concepto filosófico que sólo en una

exposición filosófica –como la que lleva a cabo en su lógica–, puede alcanzar completa determinación.

De esta manera, el quehacer libre y racional al que habrá de referirse Hegel se remite al quehacer de la razón en la interacción y el conflicto del nosotros y, como tal, al quehacer de la razón práctica; es decir, al quehacer de la voluntad que se determina a sí misma en medio del conflicto: “La justificación para tomar aquí el pensar como actividad *objetivamente determinante* (esto es, en efecto, *una razón*) se pone en que la libertad práctica se pueda *probar por experiencia*, es decir, que se pueda indicar en el fenómeno de la autoconciencia” (Hegel 2005, parágrafo 53). Por esta razón es, precisamente, la idea de la ley como idea de la razón práctica la que justifica una modernidad política que busca dar cuenta de la emancipación del individuo, en tanto ciudadano, capaz de una autodeterminación reflexiva y voluntaria como ser social. La autonomía política depende, entonces, de su realización práctica conforme

a la idea de la ley como condición del autogobierno de los ciudadanos: “Lo que el derecho es *en sí* está *puesto* en su existencia objetiva, es decir, determinado para la conciencia por medio del pensamiento y *conocido* como lo que es justo y tiene validez: es la *ley*. Por esta determinación el derecho es derecho *positivo*” (Hegel 1999, parágrafo 211, 328).

Es, pues, conforme a la idea de la ley como principio de la razón que se autodetermina (la razón consciente de sí, según Hegel), en medio de la interacción y el conflicto de la existencia, donde se condensa el giro fundamental que significa la modernidad política respecto del concepto y realización de la libertad que, en cuanto tal, no puede ser sino el resultado del propio quehacer reflexivo y voluntario de los seres humanos. Por todo ello, Hegel habrá de insistir en la Fenomenología del espíritu que la verdad de la autoconciencia (Hegel 1966, 117) no se sitúa en el yo, sino en el nosotros.

CONCLUSIÓN

De lo que da cuenta la filosofía política de la Ilustración, de Rousseau a Hegel, es: la manera en que el ser humano llega a acceder a una forma de autodeterminación propia como ser capaz de elecciones racionales en su existencia social. Se trata, en suma, de la forma en la que el ser humano llega a proponerse fines y los hace valer en la interacción y el conflicto de su existencia. De lo anterior, el alcance de la idea de la racionalidad y universalidad de la ley como justificación y fundamento del autogobierno de los individuos en su condición de ciudadanos. Se trata de una radical reconsideración del ser humano como sujeto moral y político, porque sitúa su constitución en la interacción y el conflicto de la existencia y bajo el reclamo de una sociedad políticamente emancipada. Es esta, en nuestra opinión, una verdadera revolución moral y política, porque se sustenta en una nueva idea: la idea del autogobierno ciudadano que se gesta bajo la exigencia de un principio de la razón, la idea de la racionalidad y universalidad de la ley como fundamento del Derecho y del Estado constitucional. Se trata de una verdadera revolución por lo que atañe a

sus consecuencias prácticas, conforme al principio de legitimidad en el que se sustenta.

La sumisión a una voluntad ajena y coactiva constituye, por el contrario, ya desde Rousseau, el problema fundamental respecto de la formación y el desarrollo del ser humano como persona autónoma; porque violenta su facultad de realización en cuanto un ser capaz de elecciones propias y, con ello, su realización como ser social e histórico. Se trata del hecho decisivo de la modernidad política, en cuanto resultado de la autodeterminación práctica de los seres humanos y contrapuesta, por ello, al carácter jerárquico y coactivo de un orden humano fundado en una voluntad particular.

En el reconocimiento del vínculo entre la legitimidad del orden político y la realización libre y racional del ciudadano consiste, en definitiva, el alcance de lo que aquí llamamos la Ilustración política radical, condensada en obras como el Discurso sobre la desigualdad, Emilio, o la Fenomenología del espíritu. Obras en las

que se lleva a cabo una reconsideración especulativa de la autonomía del ser humano no como algo intrínseco al yo, sino como resultado, más bien, de una acción que el propio ser humano lleva a cabo, como sujeto autoconsciente en la interacción y el conflicto de su vida social e histórica.

El concepto del ser humano como un ser capaz de autodeterminación en la interacción y el conflicto de su existencia, se convierte en una concepción del mismo

–como igual y perfectible–; que resulta ser de la mayor significación moral y política, y que anima el contenido de la modernidad, en tanto que pone en cuestión la dominación social y el ejercicio arbitrario y coactivo del poder. De lo que se trata es, pues, de la autonomía del individuo en su condición de ciudadano; es decir, de alcanzar un orden no carente de normas, sino un orden cuyas normas sean justificadas, libre y racionalmente, por los propios individuos, como condición de su emancipación social y política.

BIBLIOGRAFÍA

- Hegel, Georg W. F. 2005. Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Madrid: Alianza.
- _____. 1999. Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política. Barcelona: Edhasa.
- _____. 1989. Lecciones sobre la filosofía de la historia universal. Madrid: Alianza.
- _____. 1981. Escritos de juventud. México: Fondo de Cultura Económica.
- _____. 1966. Fenomenología del espíritu. México: Fondo de Cultura Económica.
- Heidegger, Martin. 2000. Tiempo y ser. Madrid: Tecnos.
- Locke, John. 1990. Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Madrid: Alianza.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1999. Las confesiones. España: Océano/Conaculta.
- _____. 1998. Del contrato social. Discursos. Madrid: Alianza.
- Marcuse, Herbert. 1986. Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social. Madrid: Alianza.
- Pinkard, Terry. 2002. Hegel. Madrid: Acento.

RAZONAMIENTO PROBATORIO Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Los hechos y su correspondencia con una epistemología jurídica que facilite la averiguación de la verdad

EVIDENTIAL REASONING AND THE SEARCH FOR TRUTH

The Facts and their Correspondence with a Legal Epistemology that Facilitates the Ascertainment of the Truth

RACIOCÍNIO PROBATÓRIO E A BUSCA DA VERDADE

Os fatos e sua correspondência com a epistemologia jurídica que facilite a averiguação da verdade

*Paúl Bernardo Pérez Vásquez**

Recibido: 19/V/2022

Aceptado: 01/XII/2022

Resumen

El presente trabajo se concentra en el análisis de tres aspectos que se pueden considerar esenciales en el razonamiento probatorio. En primer lugar, se mira el papel que desempeña el sistema de justicia en general y particularmente el penal, su importancia epistémica y el compromiso que supone para el descubrimiento de la verdad dentro de un proceso judicial. En segundo lugar, se analiza el valor de la epistemología jurídica para tomar decisiones racionales sobre los hechos y su repercusión dentro de los estudios del razonamiento probatorio. Finalmente, se reflexiona sobre la admisibilidad probatoria y el peso trascendental que tiene en la averiguación de la verdad. Con esto se pretende acercar al lector a las bases epistemológicas del razonamiento probatorio y su trascendencia en la decisión judicial sobre los hechos.

Palabras clave: Prueba; Racionalismo; Objeto de prueba; Admisibilidad probatoria; Exclusión probatoria

Abstract

This article focuses on the succinct analysis of three aspects that can be considered essential within evidentiary reasoning. First, and by way of example, it looks at the role

played by the justice system in general and particularly the criminal justice system, its epistemic importance, and the commitment it implies for the discovery of the truth within a judicial process. Second, the value of legal epistemology in making rational decisions about facts and its impact on the study of evidentiary reasoning is analyzed. Finally, it reflects on the admissibility of evidence and the transcendental weight it has in the ascertainment of the truth. This is intended to bring the reader closer to the epistemological bases of evidential reasoning and its transcendence in the judicial decision on the facts.

Keywords: Evidence; Rationalism; Object of evidence; Evidential admissibility; Evidential exclusion

Resumo

O presente trabalho se concentra na análise sucinta de três aspectos que se podem considerar essenciais dentro do raciocínio probatório. Em primeiro lugar, e como exemplo, se observa o papel que desempenha o sistema de justiça em geral e particularmente o penal, sua importância epistêmica, e o compromisso que se supõe para o descobrimento da verdade dentro de um

* Docente en las materias de Derecho de procesos no penales y Teoría General del Proceso en la Universidad de las Américas (UDLA) desde el año 2019. Es abogado en libre ejercicio profesional en las áreas de Derecho Civil, Administrativo y Constitucional, y fue asesor de la Corte Constitucional del Ecuador. También es docente invitado en el Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador (IAEN) en la cátedra de Estrategia Metodológica de Litigación. Correo electrónico: paul.perez@udla.edu.ec

Cómo citar este artículo: Pérez Vásquez, Paúl Bernardo. 2023. "Razonamiento probatorio y búsqueda de la verdad. Los hechos y su correspondencia con una epistemología jurídica que facilite la averiguación de la verdad". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 134-150.

processo judicial. Em segundo lugar, se analisa o valor da epistemologia jurídica para realizar decisões racionais sobre os fatos, e sua repercussão dentro dos estudos do raciocínio probatório. Finalmente, se pondera sobre a admissão probatória, e o peso transcendental que desempenha na averiguação da verdade. Com isto se

pretende aproximar o leitor às bases epistemológicas do raciocínio probatório e sua transcendência na decisão judiciais sobre os fatos.

Palavras-chave: Prova; Racionalismo; Objeto de prova; Admissibilidade probatória; Exclusão probatória

La verdad no puede perseguirse a cualquier precio. En particular al precio de vulnerar derechos.
(Gascón 2012, 137)

Un buen conjunto de pruebas relevantes y fiables aumenta la probabilidad de acierto en la decisión.
(Vázquez 2022, 02: 36)

INTRODUCCIÓN

El derecho procesal tradicional y la cultura jurídica han confinado casi al olvido, y por algunas décadas, el estudio minucioso de la prueba jurídica, lo cual ha repercutido, sobre todo, en la configuración legislativa del diseño y estructura del proceso judicial, cuyo desenlace crítico ha mermado la importancia de la justificación del elemento factual en la decisión judicial.

El papel fundamental que tiene la prueba en la decisión sobre los hechos, y en contraposición a esa inexplicable resistencia de los juzgadores a motivar la decisión probatoria, se ha reforzado con la aparición de una concepción cognoscitivista crítica de la prueba, que i) busca reconstruir racionalmente la decisión sobre los hechos y ii) sostiene que la prueba es un instrumento de conocimiento que tiene como objeto la averiguación de la verdad (lo que sucedió en la realidad). Por

ende, se debe realizar un abordaje de la prueba desde la epistemología, pues, tradicionalmente, los estudios sobre la prueba han sido desarrollados a partir de las leyes procesales.

Para responder a las preguntas: ¿cómo llega el juez a una conclusión sobre los hechos en los cuales no participó?, ¿cómo llega el operador de justicia a afirmar eso que afirma sobre el mundo?, ¿qué tipo de razonamiento adopta el juez a partir de las pruebas que se han practicado y hasta la declaración de los hechos probados en la sentencia?, ¿qué límites tiene todo ese conocimiento que se extrae con la prueba?, es insoslayable revisar las bases epistemológicas del razonamiento probatorio. En otras palabras, corresponde analizar el desarrollo de una concepción epistémicamente racional: a conseguir aquel propósito nos ayuda el cognoscitivismos crítico.

EL OBJETIVO PRINCIPAL DEL PROCESO JUDICIAL: LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD

Una de las reflexiones más interesantes que desarrollan académicos, juristas y quienes se encuentran vinculados al estudio del comportamiento social, es el

papel que desempeña el Derecho y, con mayor precisión, el sistema de justicia penal en las sociedades modernas.

Analizando el funcionamiento del sistema de justicia penal en los Estados Unidos de Norteamérica –incluye cualquier otro lugar del mundo–, Larry Laudan identifica, al menos, la presencia de tres familias distintas de valores cuyos objetivos son propulsores de su organización. A uno de ellos lo describe como la averiguación de la verdad sobre el cometimiento de un delito y, por lo tanto, la búsqueda del mecanismo para la reducción del error –condenas o absoluciones falsas– (Laudan 2013, 22).

El razonamiento puede, entonces, seguir el siguiente esquema. El *leitmotiv* del proceso penal y de cualquier proceso judicial debería ser la averiguación de la verdad¹ (González 2013, 23-27), presupuesto que comparto desde los postulados del cognoscitivismo crítico o racionalismo epistémico (Accatino 2019, 4-8)², el cual postula que el objetivo fundamental de la actividad probatoria es averiguar la verdad sobre los hechos (Gascón 2012, 123). Sin embargo, es preciso aclarar que, si bien el proceso busca la averiguación de la verdad de los enunciados sobre ciertos hechos, de ninguna manera podemos asumir que sea una verdad absoluta o definitiva; al contrario, la finalidad es indagar en una verdad empírica que posea cierto grado de probabilidad y sea razonable (Ferrer et al. 2021, 126).

En la misma línea, si tenemos una aspiración sincera de la realización de la justicia debemos enfocar nuestra mirada en la decisión acertada de los hechos; por cierto, tan insípida y ajena en nuestros días por la resistencia de los jueces o tribunales a motivar la decisión probatoria y, toda vez que sin esta no sería posible alcanzar la tutela judicial efectiva de los justiciables ni mucho menos el ejercicio propio de la función jurisdiccional. En otras palabras, lo medular en un proceso penal consiste en obtener una decisión judicial racional que identifique, en palabras de Laudan: “quién hizo qué cosa a quién” (2013, 23).

En ese sentido, el sistema penal resulta ser un instrumento epistémico, pues nos permite descubrir

la verdad a partir de contextos de incertidumbre. Imagine el lector que llega a la escena de un accidente de tránsito. Allí podría observar evidencias o indicios que presuponen el cometimiento de una infracción penal en materia de tránsito: automóviles destruidos, manchas de sangre en el volante de uno de los autos involucrados, vidrios rotos, una persona en el asiento del conductor de uno de los autos gritando en estado de confusión y con aliento alcohólico...

El escenario expuesto representa el entorno institucional del razonamiento probatorio, debido al ejercicio racional y casi atlético que tiene que hacer el juzgador de los hechos al aplicar el Derecho al caso concreto y desentrañar lo que *a priori* parece una intrincada gama de acontecimientos. En esta labor, la averiguación de la verdad se erige como el objetivo institucional del razonamiento probatorio.

Aquí debemos hacer una necesaria y holgada disrupción. Con frecuencia, quienes tienen una aproximación básica al Derecho, sean instruidos o no en la ciencia jurídica, se preguntan: ¿qué es el Derecho?, ¿para qué sirve?, ¿cómo funciona? Las respuestas pueden variar dependiendo de la lupa con que se mire; por ejemplo, desde la ciencia desde donde se mire: Sociología, Filosofía, Antropología, Historia, Economía, Epistemología, etc. Sin embargo, cualquiera que sea la respuesta, no puede ser ajena a la concepción humana intrínseca, es decir, a la forma en que los participantes perciben o asumen la práctica social del derecho (Dei Vecchi 2020, 16).

En los ordenamientos jurídicos hodiernos se ha postulado que el Derecho cumple una función sustancial: “guiar la conducta de las personas por medio del establecimiento de normas generales” (Dei Vecchi 2020, 16). Y esta podría ser una primera gran asunción de cómo entender el Derecho. Estas normas generales poseen una connotación importante. Por un lado, hacen alusión al destino que tienen: los conjuntos de individuos de una sociedad. Por otro lado, se erigen

1 Daniel González analiza la verdad procesal y material y su correspondencia con la realidad. ¿Qué es, entonces, lo que habría que entender por “verdad procesal”? (2013, 23-27).

2 Daniela Accatino menciona que “Esta nueva aproximación se enfrenta a la prueba jurídica [...] considerando de manera general sus circunstancias, condiciones y problemas en tanto empresa epistémica, orientada al conocimiento de los hechos. [...] la concepción racionalista ve en la prueba un instrumento de conocimiento, una actividad encaminada a averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos, entendida ésta bajo una noción correspondiente” (2019, 4-5).

haciendo mención a los tipos de conductas humanas y no a conductas individuadas (2020, 16-17). Para una mejor comprensión de lo dicho, un ejemplo de lo que prescribe la legislación ecuatoriana en el Código Orgánico Integral Penal (COIP):

Art. 376.- La persona que conduzca un vehículo a motor en estado de embriaguez [...] y ocasione un accidente de tránsito del que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a doce años.

De igual modo, en un contexto democrático, una de las labores de la función legislativa en un modelo de Estado de Derecho contemporáneo y, en especial, del legislador, es expedir normas jurídicas para que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas. Además, para justificar la producción de aquellas conductas se imponen amenazas de sanción (Ferrer 2020, 37).

Para que lo indicado se consolide de manera apropiada, los sistemas jurídicos desarrollados han provisto un diseño procesal compuesto por órganos judiciales típicos como jueces, salas, cortes o tribunales, cuya función principal se distribuye y converge en lo

siguiente: i) a esos órganos específicos les corresponde determinar la ocurrencia o no de los hechos asociados con el cumplimiento de la conducta prescrita en la norma jurídica y, ii) conceder el efecto jurídico previsto en esta última a los sujetos que el propio Derecho determina. Es importante señalar que las descripciones sobre los hechos son las que se deben incluir en el razonamiento judicial con miras a la aplicación de las normas (Ferrer 2020, 37).

Siguiendo la línea de lo manifestado en el párrafo anterior *in fine*, entonces, coincidimos con la conclusión de Jordi Ferrer: el Derecho tendría un logro meritorio como instrumento para la regulación de las conductas cuando el proceso judicial cumpla con la función primordial de precisar la verdad de las proposiciones que conforman los hechos probados. En ese sentido, la actividad probatoria tiene la obligación de verificar la ejecución de los hechos condicionantes, i.e., el establecimiento del valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes (conductas prescritas en la norma jurídica). Y, el éxito de la institución probatoria consistiría en que las proposiciones sobre los hechos que se declaren probados, sean verdaderas (2020, 37-38).

NORMAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Las normas penales configuran lo que se conocen como las normas generales, lo que H.L.A.Hart llamaba normas primarias³, esto es, aquellas que se orientan a las conductas del ser humano (Dei Vecchi 2020, 17).

Los tipos penales usualmente engarzan los casos genéricos que pueden ocurrir en el mundo de muchas maneras; en particular, bajo circunstancias espacio-temporales específicas, con soluciones o consecuencias jurídicas. Pensemos en el artículo 140 del COIP que prescribe sobre el asesinato a un dignatario de elección popular: “La persona que mate a otra [...]”. Esta referencia es una alusión directa a una clase de conducta humana que puede suceder de diferentes

formas. A manera de ejemplo, asumamos que la muerte –por asesinato– del expresidente John F. Kennedy el 22 de noviembre de 1963, mientras viajaba en un Ford Lincoln Continental Convertible por la plaza Dealey, ocurrió en el Ecuador. La consecuencia sería la imposición de una pena que va de veintidós a veintiséis años de prisión para quien perpetró el acto; por lo tanto, se concluye que los casos genéricos describen una clase o tipo de conducta humana (Dei Vecchi 2020, 18).

Lo dicho hasta aquí se ilustra en lo que Diego Dei Vecchi llama la tesis de la función motivacional del Derecho (2020, 8); es decir, una asunción inicial de lo que podríamos comprender por Derecho dentro de

³ Se usarán los términos regla y norma como sinónimos. Las normas abarcan, a decir de Diego Dei Vecchi: una clase más amplia de modelos normativos que acoge tanto a las reglas como a los principios.

nuestra cultura jurídica, y a propósito de las preguntas que se plantearon líneas arriba.

Los ordenamientos jurídicos modernos no solo se articulan a partir de las reglas primarias, sino que dichas estructuras jurídicas se organizan tomando como base las reglas secundarias. De hecho, estas últimas se relacionan con la actividad de los operadores de justicia que son los llamados a aplicar o producir las normas primarias. Dos de las funciones principales de las reglas secundarias son establecer i) quiénes van a aplicar las normas primarias y ii) de qué manera, con miras a adoptar una decisión judicial. A esta clase de funciones, Hart las llamó reglas de adjudicación, que son aquellas que forman la parte central de los ordenamientos jurídicos regulados por el Derecho Procesal y que lo dotan de su particularidad adjetiva (Hart en Dei Vecchi 2020, 19).

¿Por qué es importante entender lo mencionado en el párrafo anterior? Porque un rasgo fundamental de

las reglas de adjudicación descansa en que una pena siempre debe ser impuesta por medio de una i) decisión judicial y ser el producto de un ii) procedimiento jurídico, toda vez que ambas exigencias se traducen en una condición necesaria de legitimidad jurídica. De suerte que, dichos rasgos conocidos como garantías procesales van a delimitar y regular la actividad jurisdiccional propia de los jueces y, de igual manera, serán verdaderos cotos para los legisladores, en cuanto a su función capital de diseñar los procesos judiciales (Dei Vecchi 2020, 20).

Es así que, una decisión judicial pone fin a un procedimiento cuya particularidad básica se explica en la fórmula: el Derecho se aplica a los hechos, y esto obliga a que dicha decisión haga una referencia inevitable a ese tipo de sucesos que son las conductas humanas. Diego Dei Vecchi intitula a esta segunda asunción sobre el Derecho como tesis de la aplicación racional del Derecho (2020, 20).

LA DECISIÓN JUDICIAL

Planteamos dos caminos para entender una resolución judicial: i) como una norma individual que es fruto de la aplicación de una norma general o ii) como un proceso argumental cuyo colofón es dicha norma individual. Una norma individual estará justificada cuando sea el resultado de la armonización entre una premisa normativa y una premisa fáctica. A esta especie de mutualismo se la conoce como “aplicar el derecho a los hechos” (2020, 20-21).

No obstante, parece que no es suficiente esa correlación entre premisas normativas y fácticas (denominada como justificación interna), debido a que se requieren parámetros justificativos adicionales, esto significa que la base de una decisión judicial también debe contener una justificación externa (2020, 22).

Aquí entramos en aquella ambivalencia de saber diferenciar tanto la justificación de las premisas i) normativas cuanto de las ii) fácticas. Las primeras, se acreditan realizando una interpretación apropiada de alguna fuente del Derecho vigente, o sea consiste en la

tarea de identificar qué norma válida debe aplicarse al caso concreto (2020, 22).

En lo referente a las premisas fácticas, tienen un tipo de justificación distinto, ya que estas se distinguen por su rol de asignar ciertas conductas a personas determinadas. Esta explicación se entiende bajo dos asunciones que están relacionadas con la tesis ya mencionada de la aplicación racional del Derecho: i) ninguna persona puede ser juzgada, y potencialmente condenada, por una conducta prohibida con total desidia del análisis pormenorizado de si realmente aquella actuó o no de tal manera; y, ii) resultaría inadmisibles atribuir una acción a una persona, recurriendo a cualquier tipo de justificación banal o aparente (2020, 22-23).

¿Por qué es, entonces, tan importante la fijación judicial de los hechos en una decisión judicial? La respuesta a esta pregunta no está exenta de polémica. Durante mucho tiempo la construcción y fijación de las premisas fácticas dentro del razonamiento jurídico se manifestó más como una práctica mística de la

búsqueda de la verdad que como un verdadero método que mínimamente guarde una apariencia de racionalidad. El ejemplo más claro de esto fueron las ordalías o los llamados juicios de Dios. Y en este contexto fue desvergonzada la forma de comprender el concepto sobre el hecho (de la conducta externa y voluntaria) como condición necesaria para la imposición de un castigo (Gascón 2010, 12-13).

Imaginemos cuántas personas fueron condenadas por un inconsciente proceder judicial v.gr., el juicio a Galileo Galilei acusado de hereje por su férrea defensa del heliocentrismo⁴. Afortunadamente, en los dos últimos siglos el avance de las ciencias ha rescatado la racionalidad empírica, que a su vez ha reconsiderado el planteamiento del conocimiento inductivo que ha sido la base de su éxito y ha ido descartando aquella praxis indeseable (Gascón 2010, 11-12).

Es importante comprender *por mor* de la razón que uno de los propósitos del razonamiento inductivo al que debe mirar, en estricto sentido, el razonamiento jurídico, no es la averiguación de evidencias ciertas y absolutas, sino de supuestos o hipótesis válidas que tienen su cimiento en los hechos que las hacen probables (Gascón 2010, 12).

Debemos mencionar que la racionalidad empírica no está dispensada de críticas en cuanto a su comprensión conceptual, cuya antítesis se ha propagado con el escepticismo. Si se sostiene que el conocimiento racional ha buscado por doquier certezas absolutas e incuestionables, no es menos cierto que ha debido sortear el problema de la inducción: a) cómo conocer los hechos que no se pueden observar, ya sea porque son hechos pasados o futuros, o b) cómo dividir los hechos de las leyes generales⁵. Con Francis Bacon la ciencia toma una dirección empírica, pues se procuró, a través de la observación y el tratamiento de datos empíricos forjados por la experiencia, la obtención de un conocimiento fiable sobre la realidad. John Locke acentuó las ideas de Bacon –empirismo inglés– al determinar que todo conocimiento procede de la

experiencia sensible, es decir: le dio valor y realce al hecho (Gascón 2010, 16-19)⁶.

La Ilustración fue el periodo en el que se propugnó o al menos intentó unificar el saber, incluyendo el Derecho. Podríamos abreviar su aporte en una idea: el interés por la preponderancia de los hechos. A esta manera de conjuntar el conocimiento los entendidos en la materia lo llaman: el paradigma newtoniano, habida cuenta de que el método del físico inglés es admitido como arquetipo de cualquier género del conocimiento. Su contribución hacia el entendimiento de los hechos, la observación y al método experimental fue sustancial e impactó en el desarrollo del pensamiento jurídico y, sobre todo, en la búsqueda de la verdad en el proceso judicial.

La Ilustración, a través del fomento del análisis de los hechos (al menos en materia penal), redujo a lo fenoménico y causal lo que debía ser considerado jurídicamente relevante. Esto significó que ya no se podía basar una decisión judicial en opiniones, en el perfil biológico del supuesto criminal, en lo sobrenatural o divino, sino que se debía trasladar el análisis a los hechos externos que pueden observarse en el mundo (Gascón 2010, 28-30).

En síntesis, el solo propósito de pensar que la desviación humana, entendida como el acto prohibido que realiza una persona, se subsume en un actuar subjetivo o moral y no de acciones o comportamientos, y que, además, para satisfacer y purificar la culpa colectiva era indispensable el sacrificio individual, nos confirma que los hechos eran la manifestación incuestionable de que una persona debía ser acreedora a un castigo. Sin embargo, no se razonaba en que esos hechos eran (debían ser) la única razón suficiente para la imposición de una pena (Gascón 2010, 13).

Si pudiésemos sintetizar la respuesta a la pregunta central formulada al inicio del presente acápite, sostendríamos que el mérito de dar tratamiento específico a los hechos a través de la observación y experiencia,

4 Véase el artículo: "Sentencia de la inquisición contra Galileo Galilei: El dogma contra la razón" (Silva 2013, 84-100).

5 Por ejemplo, la ley general de la coartada que sostiene: "nadie puede encontrarse simultáneamente en dos lugares distintos", y que puede practicarse a través de la regla lógica del *modus tollens* (Gascón 2012, 35-36).

6 Para una mayor profundización de análisis, véase el capítulo I del libro Los hechos en el derecho. Bases Argumentales de la prueba (Gascón 2010, 16-43).

así como para poder fijarlos, se ha convertido en un peldaño indispensable para transitar a la toma de una decisión judicial, cuya trascendencia ha repercutido con fuerza en los cimientos de la racionalidad. Los hechos, entonces, deben ser el único motivo de la decisión jurídica. Si la base de la aplicación del Derecho es la constatación de ciertos hechos, ¿cuáles son los límites de su conocimiento? Debemos abordar esta cuestión desde la epistemología jurídica como el método al que debe recurrir el pensamiento jurídico (Gascón 2010, 16).

Diego Dei Vecchi (2020, 24-25) postula dos tesis: i) las premisas fácticas verdaderas siempre serán fuente de corrección de una decisión judicial y hacia allá debería orientarse el proceso; en consecuencia, ii) para justificar dichas premisas se debe recurrir a un tipo particular de consideración, esto es, a las razones epistémicas o pruebas genuinas. Estas posturas no son pacíficas y se articulan dentro de la etiqueta de la concepción racionalista de la prueba.

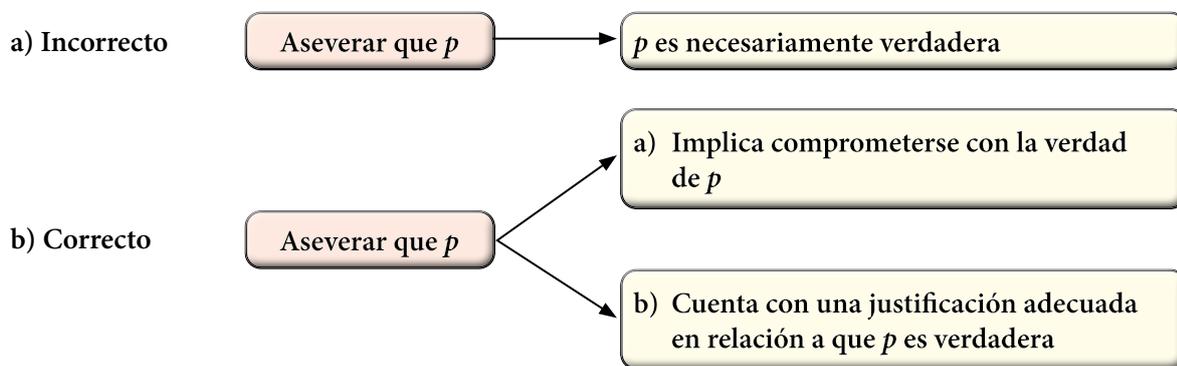
No es motivo de este ensayo profundizar en la conexión entre proceso, prueba y verdad. No obstante, adherimos a la posición de Diego Dei Vecchi que sostiene que entre esos elementos existe una conexión conceptual⁷, debido a uno de los aspectos más importantes de la decisión judicial: la justificación de la premisa fáctica. Los factores que hacen realidad esta relación conceptual tienen que ver con i) el tipo de acto de habla que se desarrolla cuando se anuncia que ciertos hechos han ocurrido, y ii) la única manera

de justificar ese acto de habla es a través del tipo de razones adecuadas (2020, 35).

El rol de las aserciones y su valor en la decisión judicial

Hemos insistido en que una decisión judicial se puede entender como un procedimiento argumental mediante el cual se aplica el Derecho a ciertos hechos, cuyo trasfondo se articula en la fórmula lógica: premisa mayor, premisa menor y conclusión. En consecuencia, si la premisa fáctica de la decisión judicial hace efectivamente referencia a hechos o sucesos, entonces, se deberá entender que su mención establece un acto de habla de carácter asertivo (2020, 36). Lo contrario, sería negar la idea preconcebida sobre la aplicación del Derecho.

La aserción como acto de habla puede tener varios significados. Desde la Filosofía del Lenguaje se sostiene que el acto lingüístico de proferir un enunciado o acto ilocucionario tiene una importancia muy particular. Con esto nos referimos a la tripartición que J. L. Austin reconoce (1975, 94-97) cuando alguna persona expresa un conjunto de palabras (acto locucionario, acto ilocucionario y efecto perlocucionario). Sin embargo, debido al carácter preeminente de la aserción al momento de expresarla, se pueden asumir compromisos con componentes filosóficos más profundos (Dei Vecchi 2020, 37). En esa línea, existe una relación conceptual entre aserción y verdad, que ilustramos en el siguiente ejercicio (2020, 40):



⁷ Véase “Los confines pragmáticos del Razonamiento Probatorio”, 15-50.

La idea que subyace es que, si se profiere una aserción, esta debe necesariamente comprometerse con la verdad de la proposición que se afirma. Por eso, si en la resolución judicial se estructura una premisa asertiva, el resultado sería que existe una conexión conceptual entre proceso y verdad (2020, 41).

¿Cuál sería el tipo adecuado de razón para aceptar una proposición como verdadera? Las personas pueden asumir una proposición y tratar de justificarla recurriendo a razones del tipo inadecuado. Por ejemplo, el

“Dios existe” de Blaise Pascal. El punto de partida es que si se requiere acreditar una aserción no se puede echar mano ni de los estados emocionales ni de la utilidad que esa verdad que se expresa pueda conceder, con miras a contrastarla con la realidad o la experiencia que tenemos del mundo. En cambio, la certeza o el convencimiento sobre esa verdad que se profiere a través de la aserción es lo que se busca justificar (2020, 42-43).

Y para que esto último suceda, debemos apelar a las razones epistémicas.

ACERCA DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA: LAS RAZONES EPISTÉMICAS

Edgar Aguilera (2020, 20) resume a la epistemología jurídica como una disciplina que procura asumir el estudio de la falibilidad de las instituciones que ejercen jurisdicción. Apunta sobre todo a su tarea de averiguar la verdad, y sugiere para este objetivo algunas medidas generales que pretenden modificar o eliminar ciertas reglas procesales presentes en los ordenamientos jurídicos, ante todo en procedimientos de corte adversarial, acusatorio y oral, con la finalidad de reducir al mínimo inevitable aquellos casos en que la fiabilidad institucional comete errores factuales cuyo desenlace afecta de manera directa a las conclusiones acerca de los hechos –para el caso penal: los delitos– y que no evidencian el modo en que en realidad sucedieron. Esto ocurre generalmente cuando el sistema emite sentencias condenatorias falsas (falsos positivos) y sentencias absolutorias falsas (falsos negativos). En términos generales, la epistemología analiza los criterios bajo los cuales se puede sostener que se conoce de ciertas cosas (Dei Vecchi 2020, 43).

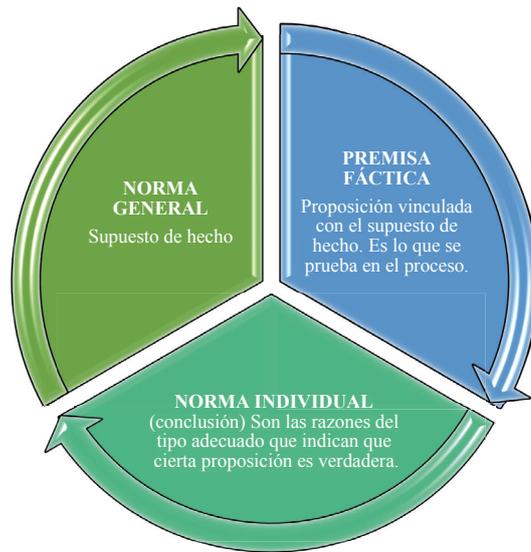
Es importante resaltar el derecho a que las decisiones que resuelven consecuencias jurídicas se encuentren debidamente justificadas en razones epistémicas suficientes; es decir que la premisa fáctica tenga justificación epistémica porque ese es el objeto de la prueba.

Trataré de identificar la tríada de elementos que comportan la justificación epistémica y que desempeñan un papel importante en el razonamiento jurídico.

La justificación epistémica no escapa de problemas. Diego Dei Vecchi utiliza el fundherentismo (la unión del fundacionalismo y cohenterismo) de Susana Haack para tratar de desentrañar los nudos críticos que posee⁸. Considera que es una concepción útil porque ambas llevan parte de la razón; pero, también tienen errores (2020, 44).

Lo importante aquí es precisar que una aserción siempre se va a comprometer con la tenencia suficiente de razones del tipo adecuado en favor de la proposición que se anuncia. En otras palabras, la persona que habla debe responsabilizarse con la verdad de la proposición que afirma y tener razones suficientes para que esa proposición sea aceptada y justificada. Esas razones del tipo adecuado para justificar una aserción son las que se conocen como razones epistémicas, y a estas se las conoce también como pruebas, indicios o evidencias. Finalmente, si algo es una razón epistémica, se la puede considerar como un parámetro de la verdad de una proposición en cuyo favor se arguye (2020, 49).

⁸ Para Susana Haack, aunque el fundacionalismo observa adecuadamente que las percepciones sensoriales tienen importancia en la justificación epistémica, comete un error al pensar que esta justificación se encarrila en una sola vía, o sea que va desde las creencias básicas hacia las creencias derivadas sin que aquellas puedan recibir justificación a partir de estas últimas. Por su parte, el cohenterismo se equivoca al negarle a la percepción sensorial de justificación epistémica, pues, ello coadyuva a que se desconecte de la realidad externa, del mundo exterior (Dei Vecchi 2020, 46).



Entonces, los hechos del mundo externo están sometidos a una constatación debido a que ocurren o no ocurren, siendo así que la premisa menor de una decisión judicial es una aserción: que no es otra cosa que la manifestación de una oración o enunciado con fuerza ilocucionaria⁹ por parte de una persona y que vendría a configurarse como una proposición. Esta proposición, que se forma como una premisa fáctica y que no es otra cosa que el contenido de ese significado del enunciado descriptivo, se conoce en el Derecho Procesal como el objeto de prueba. En otras palabras, por medio de las proposiciones se dicen los hechos, y estas son las que tienen valor y peso de verdad porque son verdaderas o son falsas. El objeto de la prueba, por su lado, es una proposición vinculada con el supuesto de hecho de una norma general y es la que se prueba en el proceso. Las pruebas son únicamente señales o indicadores de la verdad. Por último, la función de las razones epistémicas es la de hacer más probable que las proposiciones fácticas que se pretenden sean aceptadas; es decir, que el objeto de prueba sea verdadero. (Dei Vecchi 2022, 02:15).

La serie de pasos planteados para la toma de una decisión racional sobre los hechos, no son tan sencillos de ejecutar; toda vez que es indispensable justificarlos para aplicar de manera adecuada el Derecho en general y, es aquí cuando nuevamente recordamos el porqué de la importancia del estudio del razonamiento probatorio, dado que es un presupuesto importante para la aplicación de las normas jurídicas tanto para juzgar personas como para aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las normas generales. Aquel propósito justificativo se lo realiza buscando razones del tipo adecuado o epistémico para resolver que ciertas proposiciones, sean o no verdaderas (02:15). Dicho de otra forma, se debe ejercitar la búsqueda del “valor de verdad racional o razonable” (Aguilera 2020, 17-21), i.e., si las pruebas disponibles satisfacen el estándar¹⁰ (Aguilera y Dei Vecchi 2022, 04:40) o criterio de suficiencia previsto en el ordenamiento jurídico o elaborado por el juzgador¹¹ (Aguilera y Dei Vecchi 2022, 03:23), para apoyar la creencia en la proposición y, por lo tanto, sea usada como premisa para la toma de una decisión sobre los hechos.

9 Significa la expresión humana de palabras con contenido proposicional que se realiza en un caso concreto, tales como ordenar, amenazar, informar, alertar, etc.

10 Diego Dei Vecchi (2022, 04:40) menciona que los estándares de prueba son “[...] reglas generales que tienen distintas exigencias probatorias que permiten aceptar como probadas ciertas proposiciones de acuerdo a los riesgos de error que están en juego en cada caso.”

11 Diego Dei Vecchi: “La epistemología no da un criterio de suficiencia probatoria, sino criterios de ‘justificación’ probatoria, pero no nos dice cuando hay razones suficientes para aceptar determinadas hipótesis como verdaderas y actuar en consecuencia. ¿Cuándo son suficientes las razones? Depende de un juicio moral o político. ¿Quién decide en términos de moralidad política la distribución del riesgo de error? Dos posiciones: i) Cada juez al momento de decidir si tiene por probada o no una determinada hipótesis fáctica, debe determinar si se ha hecho lo moralmente suficiente desde el punto de vista epistémico o ii) establecer estándares de prueba legislados, es decir, reglas generales que establezcan de modo objetivo cuando para ciertos casos hay prueba suficiente” (2022, 03:23).

Asimismo, cuando el juez se enfrenta a la necesidad de adoptar una decisión sobre los hechos, éstos ocurrieron en el pasado y, naturalmente, no los presencié. El juzgador hace frente a las afirmaciones sobre esos hechos que formulan las partes en el proceso y que son relevantes para la decisión que se debe adoptar. Dichas afirmaciones se presentan en principio como hipótesis. En sentido lógico, el juez se enfrenta a una hipótesis porque lo que existe es una afirmación que puede ser cierta pero que todavía no sabe si lo es o no. Lo que realiza el juez es contrastar esas hipótesis o intentar probar esas hipótesis. La expresión “probar los hechos” es una elipsis, es una manera de decir: probar la hipótesis de que los hechos han sucedido.

Finalmente, tomando como base el papel que desempeña el juzgador de los hechos (dentro del entorno institucional del razonamiento probatorio), se recrea el momento estelar para que la epistemología jurídica realice un control al razonamiento probatorio y, en consecuencia, maximice las posibilidades de que lo que se declare probado sea también concordante con lo que realmente ocurrió en el mundo (Aguilera 2022, 08:15). Por lo demás, el estudio de la epistemología jurídica y su implicancia como elemento central del razonamiento probatorio no merece pasar desapercibido.

Volvemos a la reflexión inicial de concebir al sistema de justicia penal como una herramienta epistémica para descubrir la verdad. Sin embargo, esta idea me genera una preocupación adicional que se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿las reglas procesales y probatorias que estructuran un sistema de administración de justicia, facilitan u obstaculizan el descubrimiento de la verdad? Entonces, indagaremos en la epistemología jurídica una posible respuesta para solventar dicha pregunta.

Conviene analizar rápidamente los tres momentos de la actividad probatoria, sabiendo que son momentos distintos y sucesivos que pueden entrelazarse. Tomaremos para el caso la clasificación realizada por Ferrer (2007, 41). Así tenemos tres momentos: 1) la conformación del conjunto de elementos de juicio –medios probatorios– sobre los cuales se formará la decisión; 2) la valoración de esos elementos; y, 3) la

adopción de la decisión final de tener por probada la premisa fáctica a la luz del estándar probatorio que sea aplicable, así como, del número y calidad de las pruebas valoradas en el segundo momento. Este esquema tiene como objetivo dilucidar las exigencias que la racionalidad epistémica haría en cada una de esas facetas de la actividad probatoria.

Por su parte, González Lagier identifica en el proceso de la prueba judicial dos fases. A la primera, la llama práctica de la prueba, que consiste en fijar las premisas del argumento que trata de acreditar una determinada hipótesis; es decir, lo que en realidad sucedió en el mundo real. A la segunda la describe como el razonamiento probatorio, que consiste en el ejercicio de construir una conclusión tomando como base la información que se obtiene en la primera fase. Aquí reside entonces la ejecución de una inferencia que faculta el paso de las premisas a la conclusión (Ferrer et al. 2021, 103-104).

Insistimos en que la construcción de la conclusión de una inferencia probatoria jamás puede ser de una certeza absoluta –lógica–; siempre deberá ser probable, al menos con un alto grado de probabilidad, pues una decisión judicial no puede tener como elemento *sine qua non* el convencimiento absoluto (120-121). Alcanzar una verdad absoluta es imposible para la mayoría de las personas, no se diga para los jueces. La epistemología jurídica nos invita a enfocar nuestros esfuerzos en alcanzar que el conocimiento de la realidad se aproxime al máximo posible a la verdad (142).

Trataré de concentrarme, para efectos del presente artículo, únicamente en el primer momento. La tarea consiste en ubicar la especificidad de la prueba, por dos razones: por la necesidad de que la decisión jurídica únicamente tome en consideración para su desarrollo el conjunto de elementos de juicio formado por las pruebas aportadas y admitidas al proceso, exceptuándose aquellas que, a pesar de haberse presentado, hayan sido excluidas (por ejemplo, por su carácter ilícito), y porque este grupo plenamente identificado y conformado a través del ofrecimiento y práctica de la prueba permitirá apoyar o refutar las distintas hipótesis sobre los hechos del caso.

Sobre la admisibilidad de la prueba

A propósito de lo expuesto en el párrafo anterior, me detendré en las decisiones sobre la admisibilidad de la prueba, cuestión de poco interés desde los estudios *iusfilosóficos* del razonamiento probatorio, centrados prácticamente y en palabras de Vázquez (2015, 102) en la valoración de la prueba y en la toma de la decisión sobre los hechos.

Sin embargo, si regresamos a nuestra reflexión inaugural de que el objetivo de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad, dicho fundamento tiene un significado cardinal en la decisión sobre la admisibilidad probatoria, cuyo resultado permite entrar en contexto al principio de inclusión, el cual determina que al proceso deben introducirse la mayor cantidad de pruebas que guarden relevancia (o pertinencia), de suerte que se aumenten las probabilidades de que la decisión fáctica que tome el juzgador sea de conformidad con la verdad sobre los hechos (*ibidem*).

Acerca de la relevancia probatoria

¿A qué se refiere la epistemología cuando hablamos de relevancia? Ferrer nos habla sobre un primer filtro de orden epistemológico para la admisión de pruebas en el proceso e indica que una prueba es relevante si aporta información importante sobre los hechos que se juzgan o contribuye al apoyo o refutación de algunas de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia, lo que pone en funcionamiento al principio de inclusión (2007, 42). Aguilera señala que un elemento de juicio tiene relevancia cuando aporta información que permita corroborar o bien refutar alguna de las hipótesis confrontadas (2022, 26: 31). Vázquez menciona que la relevancia, por un lado, tiene relación directa con la probabilidad de acierto en la decisión (2015, 102); sin embargo, siendo una condición necesaria en muchos casos, no es suficiente para la admisibilidad de cualquier elemento de prueba.

La relevancia tiene que ver con la justificación epistémica, puesto que la información que aporte un elemento de prueba está directamente relacionada con la posibilidad de hacer más probablemente verdadera una proposición. Ese conjunto de medios de prueba (no redundantes) que se está conformando eventualmente va a ser valorado por el juzgador de los hechos. Por ejemplo, información aportada por pericia genética-forense: sangre de la víctima presente en el cuchillo que se encontró en poder del procesado. Por lo tanto, es información considerada razón epistémica para estimar como verdadero el objeto de prueba. La proposición es: dar muerte a otra persona.

La regla de exclusión probatoria

Lo opuesto al principio de inclusión de medios probatorios y su correspondencia con la relevancia, es la exclusión. La relevancia puede ser trastocada por una serie de reglas procesales que permiten que ciertas pruebas, a pesar de ser valiosas, i.e. que incrementan o disminuyen la probabilidad de alguna de las hipótesis que pueden ser verdaderas, tienen que ser excluidas; de modo que, el Derecho lo que hace ante esta situación es incorporar filtros o requisitos adicionales a la relevancia para admitir los medios de prueba (Aguilera 2022, 27: 50).

Ferrer indica que, a diferencia de otros ámbitos del conocimiento, en el mundo jurídico operan varias reglas de exclusión, v.gr., las que violan derechos fundamentales, testigos de referencia, pruebas que en el transcurso del proceso sean imposibles de practicarlas con el contradictorio, personas a las cuales la ley les exime de aportar información *-privileges-* o pruebas aportadas de manera extemporánea, etcétera (2007, 43). De allí la tesis de la regla de exclusión de la prueba ilícita como garantía de protección de los derechos fundamentales, y que está presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, al menos los que acogen un modelo de Estado Constitucional de Derechos¹².

¹² Constitución de la República del Ecuador. "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos [...] se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria".

Es necesario hacer una aclaración. Una cosa es la prueba irregular y otra la prueba ilícita. La primera es la que se obtiene o se practica con infracción de las normas procesales que regulan la prueba v.gr., un medio de prueba documental que no fue anunciado en la demanda y que se pretenda incorporar para su admisibilidad en la audiencia preliminar, tomando el caso del Ecuador en materias no penales¹³. La segunda es aquella que en su consecución afecta de manera directa a los derechos fundamentales; por ejemplo: el allanamiento y registro de un domicilio por parte de la policía sin autorización judicial, lo que lesiona el derecho a la inviolabilidad de domicilio (Gascón 2012, 136-137).

La actividad que realiza el juzgador de los hechos es similar a la que desarrolla el detective o el historiador: indagar aquellos hechos que ya no pueden ser reproducidos u observados. Para este propósito siguen las mismas reglas.

Pero el conocimiento de los hechos no es igual en la vía judicial, debido a que la prueba judicial se encuentra regulada jurídicamente; es decir: está institucionalizada, lo que significa que se encuentra supeditada a un proceso, y eso implica que su tratamiento debe pasar por una serie de estrictos actos procesales que lo diferencian de la libre adquisición del conocimiento que puede existir en otros campos de la ciencia (Gascón 2012, 123-125). Esos causes procesales, como diría Marina Gascón son “los ojos con los que el juez mira

el mundo” (2012, 126). Además, el historiador no tiene limitaciones de orden temporal en su análisis, la actividad que desempeña no está reglada y la información que obtiene con relevancia epistémica no podría ser objeto de exclusión para su estudio, como sí podría pasar en el ámbito de la prueba jurídica (Ferrer 2020, 40).

El fenómeno probatorio está regulado por ciertas reglas jurídicas –no son las únicas–, a saber: reglas que excluyen la admisión de ciertas pruebas en el proceso, lo cual limita a las partes procesales que puedan usar toda la información valiosa que dispongan; aquellas que organizan procesalmente la formación y control de la prueba mediante un procedimiento reglado, excluyendo la posibilidad de que se pueda usar información que ha sido obtenida a través de otros procedimientos; reglas de prueba tasada –legal–, es decir, aquellas que matizan el valor que se debe dar a cada prueba en un proceso judicial, restringiendo la valoración discrecional del juzgador; y, reglas que disponen que la actividad probatoria sea realizada en un período de tiempo determinado (Gascón 2012, 126).

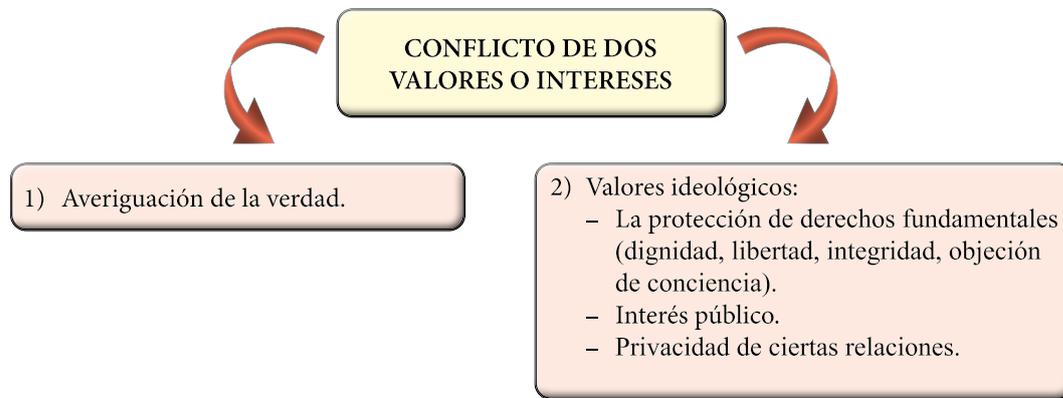
Existe una particularidad que cabe destacar, y es que todas ellas tienen algo en común, esto es: una función limitativa, vale decir que, en otros campos de la investigación en general –no jurídicos–, v.gr., el científico, ciertas evidencias o datos podrían ser prueba, empero, no en el contexto jurídico.

¿LAS REGLAS PROCESALES DE LA PRUEBA PODRÍAN OBSTACULIZAR EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD?

Es necesario saber si ese tipo de reglas de exclusión representaría serios problemas para la conformación de un conjunto de elementos de juicio más completo o, lo que es más alarmante, conocer si esos criterios obstaculizan la averiguación de la verdad. Esta última es la que me ha convocado a analizar, someramente,

la idea central del presente ensayo. Sostengo, por un lado, que existen criterios contra-epistémicos que cierran cualquier posibilidad de conocer la verdad de los hechos que se aplicarían por la protección de ciertos valores o intereses. Lo podemos representar así:

¹³ Código Orgánico General de Procesos. “Art. 142.-Contenido de la demanda.- La demanda se presentará por escrito y contendrá [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.”; “Art. 294.- Desarrollo.- La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] d) La o el juzgador [...] excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales”.



Lo dicho propicia, eventualmente, una colisión de posiciones. Por un lado, hay reglas jurídicas que reglamentan la prueba y tienen como propósito conducir a la averiguación de la verdad. A estas se las conoce como garantías epistemológicas; pero existen otras que se orientan a proteger otros valores y que pueden debilitar el objetivo de averiguar la verdad. Esos valores, que el Derecho debe proteger, son los que se conocen como ideológicos –extraprocesales– y son tan relevantes que en el proceso se instauran reglas para asegurar su conservación. Muchas de aquellas son reglas que restringen o limitan el uso de ciertas fuentes de información o medios de prueba y que minan la eficacia de su contenido, esto es, de lo que han aportado. En otras palabras, estas reglas direccionadas precisamente a la protección de los valores comentados en el recuadro de arriba, se imponen frente a los requisitos procesales y formales que se exigen para la averiguación de la verdad (Gascón 2012, 129-131).

Ejemplos de lo dicho en el párrafo anterior pueden ser los previstos en el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano (COGEP)¹⁴: la prueba obtenida de forma ilícita, la extracción de fluidos corporales sin que medie consentimiento informado, la confesión obtenida mediante tortura, etc.

La tesis de que la regla de exclusión de la prueba ilícita comporta un mecanismo de garantía de los derechos

fundamentales se debe, en parte, a la concepción que promueve el constitucionalismo liberal¹⁵. Su justificación descansa en la posición prevalente que tienen los derechos fundamentales¹⁶ en la Constitución, y en su naturaleza de inviolables e inalienables (Gascón 2012, 141). Si matizamos esta idea diríamos i) que esta regla tiene asidero en el derecho al debido proceso; es decir, no se puede admitir una prueba que se haya obtenido lesionando derechos e intereses que la Constitución otorga un valor preferencial. La regla de exclusión se erige como una garantía de naturaleza procesal-constitucional que radica en el derecho a conseguir un proceso con todas las garantías. Por otro lado, no es menos cierto que existe una línea de pensamiento que sostiene que ii) la regla de exclusión no se funda en un derecho, sino que su función se circunscribe en la exigencia de desalentar o prevenir cualquier violación a los derechos fundamentales, lo que se conoce en el derecho norteamericano como *deterrent effect* (Gascón 2012, 144).

Por lo expuesto, concluimos que la regla de exclusión probatoria es una legítima y robusta garantía constitucional del derecho al debido proceso, que cubija a cualquier tipo de proceso judicial. Su fundamento se concentra en la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos modernos, el compromiso que supone su especial tutela como parte medular del Estado Constitucional,

¹⁴ “Art. 175.- [...] La o el declarante podrá negarse a responder cualquier pregunta que: 1. Pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge [...] 2. Viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión [...]”. “Art. 310.- Medios de prueba aplicables. Para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos”.

¹⁵ En palabras de Martín E. Paolantonio: “se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales” (1987, 201).

¹⁶ Es preciso revisar lo que indica Jorge Benavides: “podemos entender por derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional” (2013, 75).

y su naturaleza de inviolabilidad. Dicha regla, máxime no contribuye a la averiguación de la verdad; incluso, menoscaba las posibilidades de alcanzar institucionalmente dicha verdad. Es aquí donde reside su pobreza epistémica; empero, no cabe duda que, en su férrea defensa de limitar el ejercicio arbitrario del poder descansa su argumento político.

Sin embargo, existe una corriente de pensamiento que arenga el debilitamiento de esta regla y se apoya en la libertad de prueba, pues, según sostienen, la estricta aplicación de la misma fomenta la desconfianza de la ciudadanía en la percepción del sistema de justicia, toda vez que podría exonerar en mayor medida a personas que se las consideran culpables. Esto contribuiría a pensar en un problema complejo, i.e., en una eventual colisión entre ciertos derechos e intereses: a) entre quienes buscan la protección especial de los derechos y b) aquellos que demandan una mayor justicia y seguridad ante el aumento de la criminalidad –materia penal–. ¿Son los derechos, absolutos? ¿Se debe ponderar entre los derechos y las demandas de la sociedad? ¿Qué buscamos? Sería un error responder que requerimos paz social y lucha contra el crimen a costa de sacrificar los derechos y, en consecuencia, soterrar y debilitar con imprudencia el valor de garantía constitucional de naturaleza procesal que tiene la regla de exclusión probatoria: estamos conscientes de que la verdad no se la puede conseguir a costa de vulnerar derechos.

En todo caso, las reglas procesales de exclusión no deberían proliferar mucho, más aún con el objetivo de reducir ese conjunto de elementos de juicio de los cuales se servirá el juzgador de los hechos para resolver. Es que el efecto más categórico y contra-epistémico lo poseen las reglas procesales que configuran ciertos supuestos de exclusión. Además, para determinar la fiabilidad de un medio de prueba se requiere información y eso significa que el proceso debe establecer reglas que permitan el acceso a esa información, no que la obstaculicen; por ejemplo, planteando otros filtros adicionales a la admisibilidad, puesto que impedirían que un sistema de justicia penal cumpla con su rol epistémico de averiguar la verdad.

Por último, la decisión sobre los hechos, generalmente de tradición jurídica occidental, es muy frágil. De hecho, tiene un estatus epistémico endeble, sometida a limitaciones epistémicas, institucionales y humanas. A decir de Aguilera (2020, 19-20) esto sucede porque debemos asumir que somos criaturas cognitivamente falibles, y esta particularidad se agrava cuando las personas o instituciones que son las encargadas de ejercer jurisdicción deben pugnar por desatar ese nudo gordiano que representa reconstruir, con base en las pruebas disponibles, ciertos sucesos jurídicamente relevantes. Siendo así, la orientación que nos brinda la epistemología jurídica, a pesar de que podría verse restringida por una serie de factores, no debería significar su renuncia.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha tratado de sostener la importancia que tiene la averiguación de la verdad para cualquier proceso judicial, con el apoyo de los preceptos principales de la epistemología en general y tratando de evidenciar sus principales obstáculos a la hora de aplicar el Derecho por parte de los juzgadores decisores de los hechos.

- La parte nuclear de la decisión judicial, esto es, la decisión sobre los hechos, ha sido rezagada por décadas en los estudios de la teoría de la argumentación jurídica y, sobre todo, del derecho procesal

tradicional. Al operador de justicia le corresponde señalar las razones por las cuales ha arribado a una decisión, esto es: i) qué es lo que realmente se puede dar por probado y ii) explicar, fundadamente, lo que pasó en el mundo exterior (en el que no participó).

- La decisión que plantea la cuestión probatoria trae consigo el planteamiento de una serie de problemas y puede representar un serio ejercicio arbitrario de poder por parte del juzgador de los hechos. Esto es razón suficiente para que la argumentación sea necesaria y también posible, porque la decisión

- probatoria debe ser racionalizada para minimizar el riesgo de error en la decisión judicial.
- El cognoscitivismo crítico se ha convertido en una línea de pensamiento jurídico que sostiene la idea de que el objetivo central de la actividad probatoria dentro de un proceso judicial es averiguar la verdad sobre los hechos, empero, no a través de la búsqueda de certezas absolutas, sino de una verdad racional y con grados de probabilidad.
 - El objetivo institucional del razonamiento probatorio es la averiguación de la verdad, el mismo que se desenvuelve en contextos de incertidumbre, pues el juez no participó en los hechos y la obtención de su conocimiento llega por medio de los enunciados o aserciones sobre los hechos que las partes procesales aportan al proceso, correspondiéndole al juzgador aplicar el Derecho a los hechos, a través de la valoración de las proposiciones, que son las únicas que tienen valor y peso de verdad.
 - La actividad probatoria tiene como función determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de los hechos condicionantes (aquellas conductas descritas en la ley y que tienen consecuencias jurídicas), siendo un éxito cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas, sean verdaderas.
 - El razonamiento inductivo al que debe mirar el razonamiento judicial, tiene como propósito la averiguación de supuestos válidos que tienen como base los hechos que los hacen probables.
 - Uno de los aspectos más importantes de la decisión judicial es la justificación de la premisa fáctica, que tiene que ver con los tipos de actos de habla; siendo necesaria su justificación a través de las razones del tipo adecuado o razones epistémicas, debido a que ese es el objeto de la prueba. Es decir, la función principal de las razones epistémicas es la de hacer más probable que las proposiciones fácticas que se pretenden sean aceptadas.
 - Las bases epistemológicas del razonamiento probatorio nos permiten sintetizar la comprensión de los hechos, las aserciones, las proposiciones, el objeto de la prueba, las razones del tipo adecuado, contenidas en el ejercicio propio de la jurisdicción, con miras a apuntar a una decisión acertada de los hechos y, por supuesto, a una aplicación correcta del Derecho.
 - El fundamento de la averiguación de la verdad en el proceso judicial puede verse menguado por ciertas reglas procesales de exclusión que pueden impedir su cometido, y hemos dejado abierto el debate contra-epistémico entre ciertos valores e intereses que entran en franca contradicción con dicho propósito. Por ejemplo, el valor preferente que tienen los derechos fundamentales en un Estado constitucional y que se imponen a las reglas epistemológicas de la prueba, debilitando la averiguación de la verdad y mermando la conformación de ese conjunto de elementos de juicio que servirán al juzgador de los hechos para resolver un caso.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, Daniela. 2019. "Teoría de la prueba: ¿somos todos 'racionalistas' ahora?". *Revus*, n.º 39: 1-17. doi: 10.4000/revus.5559
- Aguilera, Edgar. 2022. "Las bases institucionales del razonamiento probatorio". Grabación de una conferencia presentada en el Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio (C214230/2021), en la Universitat de Girona. <https://cursos.udg.edu/course/view.php?id=2544>
- _____. 2020. "Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito". En *Del Derecho al razonamiento probatorio*, editado por Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez, 17-44. Madrid: Marcial Pons.
- Aguilera, Edgar y Diego Dei Vecchi. 2022. "Las bases epistemológicas del razonamiento probatorio". Grabación de una conferencia presentada en el Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio (C214230/2021), en la Universitat de Girona. <https://cursos.udg.edu/course/view.php?id=2544>
- Langshaw, Austin. 1975. *How to do Things with Words*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- Benavides Ordoñez, Jorge. 2013. "Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales". En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Jorge Benavidez Ordoñez, n.º 4: 73-98. Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Dei Vecchi, Diego. 2022. "Los momentos de actividad probatoria". Video de la Universitat de Girona, a partir de una conferencia presentada en el Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio (C214230/2021). Unidad I: Bases epistemológicas del razonamiento probatorio. <https://cursos.udg.edu/course/view.php?id=2544>
- _____. 2020. *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima: ZELA y CEJI.
- Ferrer, Jordi. 2020. *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Pachuca de Soto: CEJI.
- Ferrer, Jordi, Marina Gascón, Daniel González Lagier y Michele Taruffo. 2021. *Estudios sobre la prueba*. México DF: Fontamara.
- _____. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, Marina. 2012. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____. 2010. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- González, Daniel. 2013. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México DF: Fontamara.
- Laudan, Larry. 2013. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Paolantonio, Martín. 1987. "Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social". *Lecciones y Ensayos*, n.º 47: 201-207. Acceso el 1 de junio de 2022. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0047.pdf
- Silva, Jorge. 2013. "Sentencia de la inquisición contra Galileo Galilei: El dogma contra la razón". *Heurística Jurídica (Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)*, 7 (3): 84-100. Acceso el 2 de junio de 2022. <https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/heuristica/issue/view/231/317>

Vázquez, Carmen. 2022. “Sobre la admisión de pruebas relevantes”. Video de la Universitat de Girona, a partir de una conferencia presentada en el Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio (C214230/2021). Unidad III: Discusiones sobre temas selectos. <https://cursos.udg.edu/course/view.php?id=2544>

_____. 2015. “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 38: 101-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.04>.

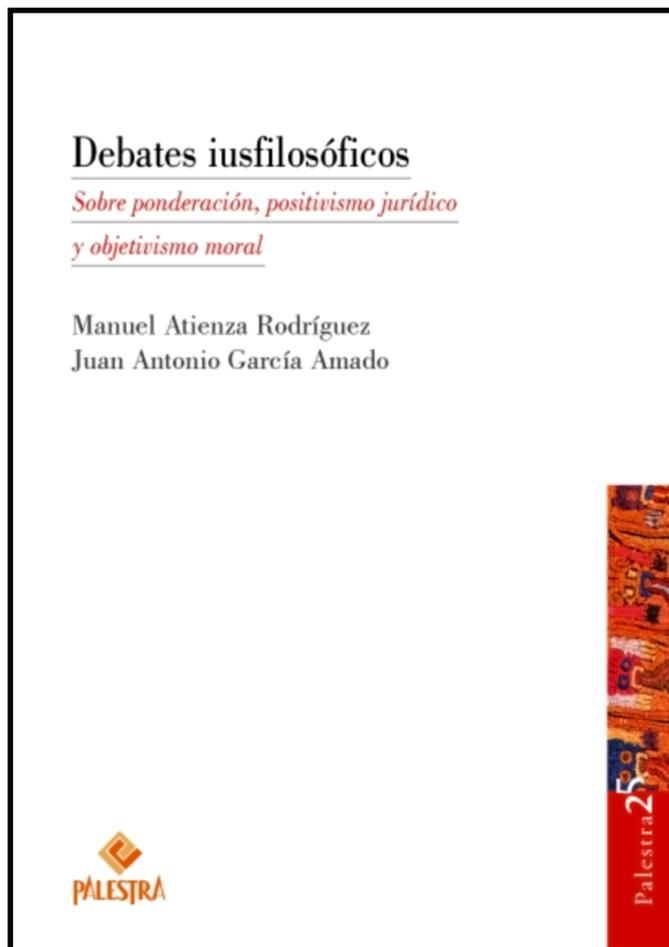
RESEÑA

udla.

DEBATES IUSFILOSÓFICOS

Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral

Manuel Atienza Rodríguez* y Juan Antonio García Amado**



*Julia Castro Sánchez****

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Es director de la revista *Doxa* y del Máster en Argumentación Jurídica que organiza el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante desde hace más de una década. Fue vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, y ha sido nombrado *doctor honoris causa* por diversas universidades latinoamericanas. Es autor de libros y artículos que versan sobre ámbitos como la teoría de los enunciados jurídicos, el marxismo jurídico, la bioética, la teoría y la técnica de la legislación, la ética judicial y la argumentación.

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. Es director del Máster de Formación Permanente en Argumentación Jurídica de la Universidad de León y Tirant Formación. Ha publicado, entre otros, los libros *Teorías de la Tópica Jurídica* (1988), *Hans Kelsen y la Norma Fundamental* (1996), *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (1997), *Escritos de Filosofía del Derecho* (1997), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (2001). Ha impartido cursos y conferencias en numerosas universidades de Europa y América.

*** Graduada en Derecho (2019) y en Criminología (2022) por la Universidad de Alicante. Ha realizado cursos de especialización sobre Derecho Constitucional: Una mirada de cine (2016) y Evaluación del riesgo en violencia de género (2021). Obtuvo un máster en Derecho de daños (2021) en la misma universidad con premio extraordinario. Trabajó como investigadora junior para el proyecto de investigación AEQUALITAS - Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal (2020). Actualmente es profesora ayudante LOU, doctoranda en el departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal y miembro del grupo de Estudios de Política Criminal, Derecho Penal y Criminología de la misma universidad. Correo electrónico: julia.castrosanchez@ua.es

Cómo citar esta reseña: Castro Sánchez, Julia. 2023. Reseña de *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*; de Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 152-156.

En los actuales tiempos de crisis y decadencia de la universidad, donde la discusión académica es, ciertamente, una *rara avis*, resulta refrescante encontrar una obra como la presente. Su lectura se ve beneficiada por el talento retórico de ambos autores, quienes con un estilo dinámico y un tanto provocativo se ocupan de tres tópicos fundamentales de la filosofía del Derecho: la ponderación, el positivismo jurídico y el objetivismo moral. Resulta especialmente valioso el hecho de que las cuestiones sean abordadas en forma de polémica desde dos concepciones *iusfilosóficas* diferenciadas: el positivismo, defendido por Juan Antonio García Amado, y el postpositivismo, por Manuel Atienza. Tal planteamiento permite al lector formarse una idea de dos de los más relevantes paradigmas del Derecho en la actualidad, y, al mismo tiempo, advertir la importancia que despliega la argumentación en la disciplina jurídica.

La discusión comienza con un texto de Manuel Atienza (“A vueltas con la ponderación”); en el que, tras presentar variados ejemplos de ponderación de muy diversos órganos judiciales, plantea las preguntas que servirán de hilo conductor a lo largo de la discusión: 1) ¿en qué consiste la ponderación? 2) ¿cuándo hay que ponderar? ¿está justificado hacerlo?, ¿puede evitarse? 3) ¿es la ponderación un procedimiento racional?

En un intento de síntesis de su postura podríamos afirmar que para Atienza la ponderación es un problema que se le presenta al juez cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, porque 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas) 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada (hay una laguna axiológica en el nivel de las reglas) o 3) simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso (2021, 28). Asume la dificultad de la respuesta al problema de su justificación y reconoce la imposibilidad de justificarla en abstracto (2021, 29). Por otro lado, advierte que evitar recurrir a la ponderación cuando resulta necesaria y resolver el problema en el nivel de las reglas supone incurrir en formalismo indebido. Y, por último, afirma que hay criterios de racionalidad de la ponderación; en realidad, los mismos

que la racionalidad jurídica en términos generales: la universalidad, la coherencia, la adecuación a las consecuencias, la apelación a la moral social y a la moral justificada. Precisamente estos criterios, entiende, son los que permiten ver el Derecho como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas.

Frente a esta postura, García Amado (“Sobre ponderaciones: debatiendo con Manuel Atienza”) tras caracterizar la ponderación, a partir de ejemplos desenfadados acerca de discusiones irresolubles de la vida cotidiana, retoma el tópico en el contexto de un caso de tortura a un terrorista y llega a la conclusión de que la ponderación se apoya únicamente en posiciones morales subjetivas. Para ilustrarlo, selecciona, de los propuestos por Atienza, el conocido Caso Gürtel, y da a entender que únicamente puede llegarse a un acuerdo por la vía interpretativa. Critica, además, la ligereza a la que se presta el recurso a la ponderación (2021, 70) y entiende que, en el fondo, se trata de una cuestión discrecional, lo que le lleva a denunciar el riesgo de arbitrariedad que presenta la ponderación. Y esta tesis de la discrecionalidad, tanto del cuándo como del cómo ponderar, no es más que la otra cara de la negación de la racionalidad del procedimiento, entendiéndose que una ponderación no es más que una valoración subjetiva.

Seguidamente, Atienza contesta al comentario de García Amado en forma epistolar (“Carta sobre la ponderación”), exponiendo los argumentos de manera más personal, si se quiere, aunque en el fondo, como el propio autor reconoce, cambia la manera de exponer, pero no su contenido. Retoma el problema de la derrotabilidad y de las excepciones, a propósito del supuesto de la prohibición de tortura (2021, 87), no sin antes acusar a su interlocutor de cometer ciertas falacias y de invertir del principio de caridad en la interpretación; es decir, de buscar siempre la peor interpretación posible de lo que el otro ha dicho o escrito.

Frente al planteamiento de García Amado en el que diferenciaba claramente la interpretación y la ponderación, Atienza concluye que, en el fondo: la ponderación es un tipo específico de interpretación

en que el punto de partida estaría constituido por principios y no por reglas como en la interpretación en general (2021, 91).

Atienza admite el riesgo de arbitrariedad que representa el método ponderativo y que denuncia García Amado. Sin embargo, considera que el mismo no se combate oponiéndose *in toto* a la ponderación, sino manteniendo una actitud crítica con su uso: negándose a que se pondere cuando no debería hacerse y a que se haga de una manera inadecuada. Esta difícil tarea pasa por buscar un equilibrio entre la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho, entendiendo que “un juez debe ser justo, no justiciero. El otro lado de la medalla es que la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley sino a sus razones subyacentes: esto último es, precisamente, lo que debería alejarle del formalismo” (2021, 96).

En “Respuesta a la epístola de Manuel Atienza”, continúa García Amado con la cuestión de la derrotabilidad de la prohibición de tortura y seguidamente defiende, de nuevo, su postura a la luz del caso Gürtel. Finalmente, plantea la esencial cuestión de cuándo hay una laguna axiológica, terminando por declarar su escepticismo en materia moral (2021, 119).

En “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, Atienza deja el debate abierto y concluye que la discusión de fondo remite a otro tema: la concepción del Derecho de cada uno, lo que constituye el siguiente tópico. La discusión sobre el positivismo jurídico se articula a través de un diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado moderado por Benjamín Rivaya, quien plantea la *vexata quaestio* de la contraposición entre el *iusnaturalismo* y el positivismo jurídico.

Los autores llegan a algún acuerdo, en lo que respecta, por ejemplo, a la caracterización del *iusnaturalismo* (como concepción del Derecho que propugna

el derecho natural como parte esencial de cualquier sistema jurídico, esté o no reflejado en las normas positivas del sistema) y el *iuspositivismo* (como concepción del Derecho definida por (1) la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y (2) la tesis de las fuentes sociales del Derecho). Sin embargo, afloran las discrepancias al abordar la concepción postpositivista¹ del Derecho. García Amado le imputa la negación de las dos tesis del positivismo, mientras Atienza expone que el postpositivismo sí comparte la tesis de las fuentes sociales, pero matiza que la diferencia reside en que esta concepción no reduce el Derecho a su dimensión autoritativa, sino que atiende además a su dimensión valorativa, lo que efectivamente sí conduce a la negación de la tesis de separación conceptual entre Derecho y moral.

Por otro lado, disienten en la valoración del positivismo jurídico. Mientras para García Amado es la concepción adecuada desde la cual observar el Derecho, Atienza lo tilda de obstáculo epistemológico que no permite atender a la realidad del Derecho en toda su complejidad. Al menos, sí hay concierto en identificar el desacuerdo central que distingue ambas posturas: la cuestión de si puede separarse el Derecho y la moral, al identificar el Derecho y al llevar a cabo, en el Derecho, un razonamiento de tipo justificativo, lo que remite a su diferencia de fondo: su concepción del Derecho.

Para García Amado el Derecho es un “objeto’ consistente en un conjunto de normas de naturaleza peculiar que conforman lo que llamamos sistemas u ordenamientos jurídicos, en virtud de ciertas relaciones internas a dichos sistemas y reguladas por esos mismos sistemas. Ese ‘objeto’ se utiliza en determinadas prácticas, que son prácticas jurídicas” (2021, 147). Para Atienza el Derecho no es un objeto a describir o un conjunto de normas, sino una práctica: una actividad con la que se trata de alcanzar determinados objetivos, de satisfacer ciertos valores, como la escritura de una

1 Aquí encontramos una discrepancia nominal y conceptual que es preciso aclarar: si bien ambos autores están de acuerdo en que las concepciones no positivistas del Derecho niegan la separación conceptual entre Derecho y moral, hay desacuerdo en cuanto a la denominación de tales concepciones y sobre el alcance de la negación de la tesis de la separación. Amado llama *iusmoralismo* a una concepción del Derecho no positivista que supone la unión conceptual entre Derecho y moral; de modo que, para el *iusmoralismo* “si es Derecho es justo y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho” (2021, 192). Atienza, por su parte, se desmarca de tal caracterización (2021, 237) y denomina a su concepción postpositivista. Precisa que, para esta concepción la relación entre Derecho y moral no es ni de separación ni de unión, sino que se trata de una relación más compleja, como se verá más adelante. Consecuentemente, acepta que el Derecho puede ser injusto y que, de hecho, muchas veces lo es. Lo que no puede darse, aclara, es un sistema jurídico que prescindiera de cualquier noción de justicia (2021, 237).

novela (para emplear el famoso símil de Dworkin), o como la construcción de una catedral (como sugirió Nino) o como una empresa de navegación (un símil de Ihering) (2021, 125).

A continuación, Benjamín Rivaya pregunta si existen criterios morales objetivos que puedan utilizarse como instancia para juzgar el Derecho, y si esos son los derechos humanos, desembocando el grueso de la cuestión en la relación entre constitución y objetivismo moral. García Amado lo tiene claro y apela a la tolerancia y el pluralismo: las constituciones pluralistas y democráticas no pueden estar comprometidas con una moral determinada, porque estas amparan el derecho a tener convicciones morales y pueden entonces avalar tanto una solución como la contraria. Sin embargo, Atienza, si bien admite que las constituciones no avalan una determinada moral, considera que es un hecho que dejan fuera una serie de posiciones morales y fijan unos mínimos morales pues “el pluralismo constitucional moralmente justificado no equivale a tolerancia indiscriminada” (2021, 173). Por ello, entiende Atienza que el objetivismo no solo es compatible con los valores del pluralismo y de la tolerancia, sino que lo que conduce a la tolerancia es precisamente el objetivismo, y no el relativismo moral.

La discusión conduce, irremediablemente, al tópico del objetivismo moral. Este último debate comienza con un comentario de García Amado, “Objetivismo moral y Derecho: argumentos para el debate con Manuel Atienza”. En primer lugar, realiza unas precisiones conceptuales (enunciado descriptivo, enunciado moral, valores morales, normas morales) y un repaso a distintas concepciones de teoría de la justicia. Caracteriza, *grosso modo*, el objetivismo moral y dos de sus variantes: el realismo moral y el constructivismo. También se ocupa de delinear el núcleo de las corrientes escépticas, así como enunciar algunas de sus modalidades: imperativismo, emotivismo, relativismo individual, relativismo cultural...

Una vez realizadas tales clarificaciones se adentra en las relaciones entre las concepciones de la moral y el concepto de Derecho. En la actualidad, explica, la gran división en teoría del Derecho se presenta entre concepciones positivistas y postpositivistas; diferenciándose

unas de otras, precisamente, en la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, afirmada por las primeras y negada por las segundas (2021, 190). Desde el bando primero, esboza ciertos reproches a la postura de Atienza: una objeción al objetivismo mínimo (2021, 202), una crítica a la unidad de la razón práctica (2021, 211), a la concepción procedimental propia del constructivismo de la comprobación de corrección de los juicios morales (2021, 212), y un rechazo a la analogía del Derecho y la medicina.

Atienza, en García Amado y el objetivismo moral, se defiende de las objeciones tildando de ideológica la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Entiende que la relación entre Derecho y moral es más compleja que la esbozada por García Amado, pues responde a lo que el filósofo español Gustavo Bueno llamó conceptos conjugados. En aras de defender el objetivismo moral se introduce en la noción de razonabilidad y enuncia, y perfila, de nuevo, la tesis de la unidad de la razón práctica: las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas, necesitan de un apoyo (una premisa) moral, pues las razones morales son las únicas razones últimas que cabe esgrimir en el discurso práctico (2021, 241). Por último, realiza una aclaración importante: el objetivismo moral no lleva al activismo judicial. No hay ninguna conexión conceptual ni empírica entre una cosa y la otra (2021, 247).

Tras la lectura del texto resulta evidente la importancia de la Filosofía del Derecho y la argumentación jurídica. La presentación de las posturas de los autores, así como la introducción de ideas de pensadores de la talla de Schauer, Toulmin, Alexy, Dworkin, Ferrajoli y Nino, a la luz de la jurisprudencia española y latinoamericana, en forma de combinación exitosa entre teoría y práctica, no puede hacer más que mostrar el magisterio de los dos autores. Y es que, a pesar de las discrepancias, hay un importante nexo común: la idea de que una formación en filosofía del Derecho resulta esencial para el desarrollo de cualquier profesión jurídica. Además, el debate tiene un valor adicional: ofrecer material práctico de cómo identificar, imputar y rebatir falacias o la acusación de las mismas.

También es preciso reconocer el valor de la edición por Palestra Editores. Ha sido, ciertamente, una buena idea

reeditar el libro de 2012, *Un debate sobre la ponderación*, añadiendo los tópicos del positivismo jurídico y el objetivismo moral, pues, como se desprende del debate, su interrelación hace incomprensible una cosa sin la otra y hay una constante remisión de unos tópicos a otros. Sin embargo, falta (como me advirtió Lucas Misseri) la “Dúplica a Manuel Atienza sobre el objetivismo moral y Derecho”, texto al que el lector podrá acudir para ver cómo continúa –y no acaba, aunque las posturas cada vez parecen más cercanas– la discusión.

A pesar del talento retórico de ambos autores, Atienza convence más que Amado. Este último, al reducir los límites de la racionalidad práctica presenta, inexorablemente, una visión reduccionista del Derecho. Y es que, paradójicamente, la metodología positivista no favorece, sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza, seguridad jurídica y no arbitrariedad: en la medida en que las posiciones en favor de ciertas soluciones jurídicas no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos sometidos al control de una discusión crítica, como es el procedimiento ponderativo, al jurista le quedan dos opciones poco alentadoras. O bien se escuda en distinciones conceptuales aparentemente neutras, lo que da vía libre para, arbitrariamente, proponer soluciones

divergentes mediante construcciones conceptuales distintas; o bien, asume que no hay escapatoria a la arbitrariedad. Y, precisamente, la ideología de la separación lleva a una visión parcial del fenómeno jurídico que tiene como consecuencia lógica el no plantearse una cuestión fundamental: la transformación social a través del Derecho.

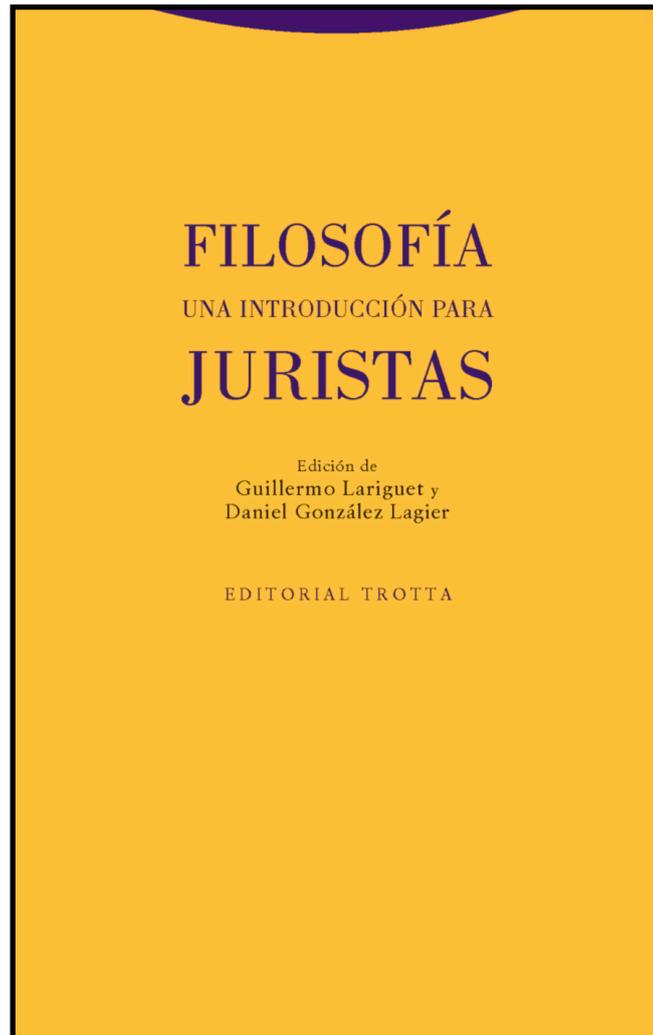
En definitiva, se trata de una obra cuya lectura resulta altamente recomendable para cualquier persona que se interese por la filosofía del Derecho contemporánea, e imprescindible para quienes busquen un modelo académico; pues, en la misma, se perfila una inusual capacidad de distinguir la discusión teórica de la consideración personal, que no puede producir más que admiración y placer intelectual. Ambos consiguen, mediante su polémica amistosa y desenfadada, acceder con facilidad a una serie de temas complejos, reafirmando por la vía de los hechos que los mejores teóricos son los que hacen fácil lo difícil y no difícil lo fácil.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza Rodríguez, Manuel y Juan Antonio García Amado. 2021. *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Lima: Palestra Editores.

FILOSOFÍA. UNA INTRODUCCIÓN PARA JURISTAS

Guillermo Lariguet* y Daniel González Lagier** (eds.)



*Carlos Toledo Giménez****

* Guillermo Lariguet es miembro del Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor asociado de Ética en la Universidad Nacional del Litoral.

** Daniel González Lagier es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

*** Estudiante de grado en Derecho en la Universidad de Alicante. Ha trabajado sobre el concepto de monotonía de Carlos Alchourron. Correo electrónico: toledogimenezcarlos@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Toledo Giménez, Carlos. 2023. Reseña de Filosofía. Una introducción para juristas; editado por Guillermo Lariguet y Daniel González Lagier. Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 157-161.

Esta obra colectiva, coordinada por los profesores Daniel González Lagier y Guillermo Lariguet, nace por los siguientes motivos: 1) La percepción de que la mayoría de los filósofos del Derecho se encuentran inmersos en problemas puramente conceptuales; 2) Una sensación según la cual los filósofos del Derecho hacen uso de herramientas filosóficas que se encuentran dispersas, fragmentadas o especificadas *ad hoc* respecto de cualquier problema que suscite un particular interés filosófico sobre el Derecho; 3) En muchas escuelas filosóficas se mantienen posiciones ingenuas o indiferentes respecto de temas jurídicos (Lariguet y González Lagier 2022, 9).

Debido a lo anterior, el libro tiene la pretensión de ofrecer una formación más completa a los juristas y así lograr que los filósofos puros presten más atención a fenómenos que sin la intervención del Derecho no pueden explicarse de forma correcta.

El libro comienza con Andrés Crelier, quien ofrece una reflexión sobre la metodología en Filosofía. En primer lugar, expone algunos de los principales problemas metametodológicos, tales como la finalidad del método (¿Resultan independientes los fines adoptados en la investigación filosófica respecto de los métodos para llegar a ellos?), la relación entre el método y el objeto de estudio (¿Cómo es la relación de dependencia que existe entre el método y su objeto de estudio? ¿Es el problema el determinante del método, o es el método el determinante del problema?), y la importancia del método (¿Importa el método que empleamos o el que deberíamos emplear en una investigación filosófica?).

En segundo lugar, menciona algunas de las principales metodologías empleadas en el siglo XX, como la Fenomenología, la Filosofía Trascendental, la Hermenéutica, la Dialéctica, la Filosofía Analítica y el Pragmatismo. A pesar de lo anterior, resulta importante mencionar que la cantidad y variedad del trabajo filosófico contemporáneo impide identificar tradiciones con total precisión. Finalmente, traza una distinción –que surge entre aquellos que adoptan un método filosófico puramente conceptual– entre experimentos mentales, rompecabezas y dilemas. En cuanto a los experimentos mentales, estas narraciones permiten establecer algunas intuiciones filosóficas.

Por lo que respecta a los *puzzles*, se ha comentado que los problemas filosóficos suelen aparecer con la forma de piezas conceptuales desordenadas, por lo que el filósofo debe ordenarlas. Este primer capítulo ofrece, a mi juicio, un buen resumen de la metodología de la Filosofía y su importancia, así como algunos problemas asociados a las diferentes metodologías.

José Juan Moreso hace una introducción a la la Filosofía del Lenguaje. Para ello, comienza explicando el motivo por el cual dicha filosofía es relevante para los juristas. En resumen: sin lenguaje no hay derecho (Moreso 2022, 49). En casi la totalidad del resto del capítulo trata la semiótica, que se divide en tres campos: sintaxis, semántica y pragmática. Para terminar, en el último de los apartados, comenta la indeterminación en el Derecho, pues existen algunas ocasiones en las que el contenido de significado transmitido por las autoridades no permite identificar claramente aquello que el Derecho requiere. Es en este punto donde la interpretación juega un papel crucial. En el apartado bibliográfico el autor añade algunas introducciones a la Filosofía del Lenguaje, algo que sin duda resulta de gran ayuda para aquellos lectores que desean una mayor profundización en dicha filosofía.

Samuele Chilovi se ocupa del tercer capítulo, dedicado a la Metafísica. A pesar de la diversidad de temas existentes en la Metafísica, se centra, en casi todo el capítulo, en una rama de la misma: la Metafísica Internivel. Esta rama es aquella que estudia la relación que conecta y mantiene unidas las diferentes partes de la realidad (Chilovi 2022, 80). Su justificación para tratar sólo esta rama radica en que es la que tiene un impacto más directo en el estudio filosófico del Derecho. En las siguientes páginas, Chilovi estudia brevemente el problema de la localización; es decir, el problema de ofrecer una explicación completa de una entidad dada en términos más básicos (2022, 84). Habitualmente, el anterior problema ha sido resuelto en la relación de superveniencia o necesidad; sin embargo, se han planteado críticas contra ambas posiciones. Debido a esto, Samuele menciona otra estrategia que considera más adecuada: la fundamentación metafísica. Finalmente, hace uso de la noción de fundamentación metafísica para relacionarlo con el positivismo jurídico y el antipositivismo jurídico,

asegurando que ambas pueden ser concebidas como posiciones acerca de los fundamentos de los hechos jurídicos. Quizás algunas de las definiciones que se ofrecen en este capítulo, tales como sup-hechos o superveniencia individual débil, utilizan algunos símbolos que no dejan muy claro su significado, lo que puede dificultar, en alguna medida, la lectura del capítulo para aquellos lectores que no se encuentren familiarizados con los mismos.

En el cuarto capítulo, Daniel González Lagier se centra en la Filosofía de la mente y sus conexiones con el Derecho (en particular con el Derecho Penal). En una primera parte, González Lagier ofrece una breve definición de los estados mentales como “las percepciones, [...] las sensaciones, [...] los sueños y los ensueños; los momentos de desesperación, aburrimiento o lujuria; los momentos de inspiración; las imágenes fantaseadas y las melodías oídas en la cabeza; y los pensamientos” (2022, 114). Destaca, además, algunas de sus peculiares propiedades: la consciencia, el contenido mental, el modo subjetivo de existencia o la causalidad mental. Más adelante realiza lo que considero que es una clara y muy útil clasificación de algunas de las principales teorías de la mente. Luego, se ocupa del problema del libre albedrío; entre otras cosas, trata la distinción entre el incompatibilismo y el compatibilismo. Según los incompatibilistas, si el determinismo fuese cierto, no podría hablarse de libre albedrío. Por el contrario, para los compatibilistas, es posible conciliar la idea del determinismo con la del libre albedrío (González Lagier 2022, 129). Con relación a la importancia que para el Derecho tiene esta rama de la Filosofía, dice el autor que el Derecho presupone una concepción del ser humano que contiene dos postulados: 1) la atribución al ser humano de estados o fenómenos mentales y su conexión con sus acciones y 2) la capacidad de controlar nuestras decisiones y acciones (González Lagier 2022, 113-114). A lo anterior añade que el presupuesto del libre albedrío permite al Derecho realizar atribuciones de responsabilidad a los seres humanos.

Pablo Navarro desarrolla un capítulo dedicado a la Lógica y al Derecho. Desarrolla nociones fundamentales para una correcta comprensión de la Lógica en el ámbito del Derecho, como: consecuencia lógica,

falacia, sistema normativo, lógica deóntica o proposiciones normativas. En relación con la importante pregunta del motivo por el cual a un jurista le debería interesar la Lógica, el autor nos comenta que un mejor conocimiento de esta puede servir para detectar con mayor facilidad aquellos argumentos –que son empleados en la práctica jurídica– que no son lógicamente válidos. También puede ser útil para clarificar el aparato conceptual del que hace uso la ciencia jurídica. Considero que el autor realiza una simplificación en relación con el problema de la interpretación jurídica, pues casi lo único que se menciona es que la misma “carece de objetividad –en el sentido de que frente a dificultades interpretativas las soluciones están basadas en consensos razonables o convenciones contingentes–” (Navarro 2022, 149). Pensada de esta forma, la interpretación se presenta como algo arbitrario y puede que incluso irracional, por lo que cualquier interpretación de un texto legal se podría presentar como válida.

Andrés Páez escribe el capítulo dedicado a la Filosofía de la Ciencia y del Derecho. Lo fundamental de este capítulo es la inducción y algunos de los problemas que le siguen. Por ejemplo, ¿un razonamiento de tipo inductivo está justificado? También se cuestiona acerca de la confirmación de una hipótesis, es decir: ¿cómo juzgar el poder probatorio y la relevancia de la evidencia para obtener las hipótesis más robustas posibles? Ahora bien, la Filosofía de la Ciencia es importante para el Derecho por diversos motivos. En primer lugar, porque el razonamiento probatorio en el Derecho es de carácter inductivo, por lo que las investigaciones sobre tal tipo de razonamiento son relevantes para los juristas. En segundo lugar, tanto a los juristas como a los científicos les es necesario establecer umbrales de prueba que las hipótesis deben superar. Finalmente, algunas de las pruebas que se utilizan en el ámbito del Derecho tienen un componente científico que las respalda en alguna medida. De forma similar al capítulo dedicado a la Filosofía del Lenguaje, en este capítulo encontramos, en notas al pie, referencias bibliográficas con algunas de las introducciones más influyentes a la Filosofía de la Ciencia, lo cual resulta de gran utilidad.

Miguel Ángel Fernández Vargas es el encargado del capítulo dedicado a la Epistemología. Aquí se desarrolla

el significado de las proposiciones: el sujeto S sabe que P, S conoce P o S cree que P. Luego de hacer un repaso por la epistemología de virtudes, el autor dedica una parte importante al escepticismo; es decir, aquella actitud de duda global respecto de la posibilidad de cognición (Fernández Vargas 2022, 225). Desde mi perspectiva, el capítulo requiere más referencias que expongan la utilidad práctica que esta filosofía puede tener en el ámbito del Derecho; en otras palabras, explicar el motivo por el cual a los juristas les debería interesar esta rama de la Filosofía.

Manuel Atienza escribe el capítulo titulado “Una visión *iusfilosófica* del Derecho”. Al comienzo del mismo, el autor se plantea tres preguntas en torno a las cuales se articula la Filosofía del Derecho. Estas preguntas son: 1) ¿Qué es el Derecho y cómo se diferencia de otros fenómenos o realidades más o menos próximos? 2) ¿Cómo podemos conocerlo, qué características tiene el conocimiento jurídico y en qué consisten las operaciones de crear, interpretar y aplicar el Derecho? 3) ¿Cómo debería ser el Derecho, qué cabe entender por Derecho justo? (Atienza 2022, 243). A medida que responde estas preguntas, va articulando una visión del Derecho que denomina Postpositivismo. La tesis fundamental de esta visión es que el Derecho no sólo consiste en un conjunto de normas establecidas autoritativamente, sino que es también una práctica social con la que se trata de obtener ciertos fines y valores (2022, 256). Un elemento fundamental de esta visión del Derecho es la argumentación jurídica. Por otra parte, el profesor Atienza se toma muy en serio la pregunta de qué puede aportar una visión *iusfilosófica* del Derecho. La respuesta: esta visión ayuda a entender los problemas jurídicos y a sugerir alguna solución. A lo anterior, añade que sin tal visión no sería posible entender el complejo fenómeno del Derecho ni actuar con sentido dentro de sus instituciones (2022, 259). Desde mi perspectiva, este capítulo es el que más ayuda a los lectores a comprender el impacto que la Filosofía puede tener en el Derecho. Por otro lado, este capítulo también puede servir, en cierto modo, como introducción a la obra que el autor ha desarrollado.

Luciana Samamé y Guillermo Lariguet estudian la Filosofía Moral en el noveno capítulo. A lo largo de este capítulo se mencionan conceptos de suma

importancia para la disciplina, tales como falacia naturalista o imparcialidad. Se mencionan, también, algunas distinciones entre el libre albedrío y el determinismo, entre la moral social y la moral crítica y, a la que más páginas dedican, entre Metaética, Ética Normativa y Ética Aplicada. La Metaética se ocupa de analizar o reflexionar acerca de teorías éticas y, en este sentido, consiste en un discurso de segundo orden (Samamé y Lariguet 2022, 278). La Ética Normativa, en cambio, se ocupa de la fundamentación del comportamiento moral, por lo que apunta a establecer y clarificar los criterios mediante los cuales se vuelve posible distinguir entre lo correcto y lo incorrecto (2022, 283). Finalmente, la Ética Aplicada se encarga de estudiar el problema de la aplicación de normas o principios morales a situaciones concretas (2022, 295).

Lucas E. Misseri trata el capítulo dedicado a la Filosofía Política centrándose en el problema de la justicia. El autor se dedica a delinear algunas de las corrientes más importantes, como el liberalismo igualitario, el comunitarismo, el republicanismo y la teoría de Robert Nozick. También clasifica algunas teorías desde la perspectiva de la distribución. Desde esta perspectiva surgen importantes preguntas: ¿qué se distribuye?, ¿quién lo distribuye? o ¿cómo se distribuye? Aquí encontramos el limitarismo, el suficientismo o el prioritarismo. Finalmente, hace una clasificación en función de los ámbitos a los que se deben aplicar los principios de justicia (sean cuales sean). Las posiciones aquí mencionadas son el feminismo, el ambientalismo, el transhumanismo, el marxismo analítico y el enfoque de las capacidades.

Samuel Cabanchik termina el libro con un capítulo dedicado a la pregunta: ¿qué es la Filosofía? A lo largo de este capítulo –que por otra parte es el único que no se encuentra dividido por apartados, lo que a mi juicio dificulta la lectura– se hacen diversas referencias a la intersección entre Filosofía y lenguaje: “el movimiento de la filosofía [...] se manifiesta en la peculiar relación que el filósofo mantiene con el lenguaje” (Cabanchik 2022, 332). Una tesis, relacionada con la anterior, que también se sostiene en diferentes momentos del capítulo es aquella según la cual las tesis filosóficas hacen uso de palabras a las cuales se les ha operado un desarraigo respecto del uso del lenguaje natural

(Cabanchik 2022, 331). Es decir, en ocasiones, los filósofos deforman el uso que tienen algunas palabras en el lenguaje normalizado para así mantener sus tesis. Ahora bien, responder a la pregunta de qué es la Filosofía, haciendo exclusiva referencia al lenguaje, supone un error. Siguiendo a Gustavo Bueno, el lenguaje es fundamental. Sin embargo, ese material no es suficiente, debido a que la propia interpretación del lenguaje nos hace salir del terreno de la Lingüística, pues las palabras siempre nos van a remitir a las cosas o a los significados; por lo que la Filosofía no se agota en el lenguaje filosófico. Por otro lado, resulta necesario atender al uso que las palabras tienen en el lenguaje natural. En esta línea, en el lenguaje natural se encuentran muchos conocimientos filosóficos en forma de filosofía mundana, y los conocimientos académicos no pueden rebasarlos, y, si lo hacen, deben seguir teniendo como materia aquellos mismos conocimientos de la filosofía mundana, por lo que esta última se configura como único el punto de arranque del conocimiento racional (Bueno 1996, 17-18).

A lo largo de la obra se han examinado diversos temas filosóficos de la mano de diversos autores que,

en general, logran adecuadamente cumplir con las pretensiones del libro. Pues son diversas las ocasiones, como he tratado de mostrar a lo largo de este texto, en las que se pone de manifiesto de forma adecuada y clara las relaciones fundamentales que existen entre la Filosofía y el Derecho. Por lo que podemos concluir afirmando que la lectura de esta obra resulta de interés tanto para juristas como para filósofos puros. Cabe añadir, por evidente que pueda parecer, que el lector no se debería conformar con la simple lectura de esta obra. Es más, si se quiere lograr una visión más completa de la amplitud de temas que son tratados, resulta necesaria la lectura de otras obras, muchas de las cuales se pueden encontrar en los apartados bibliográficos de los diferentes capítulos.

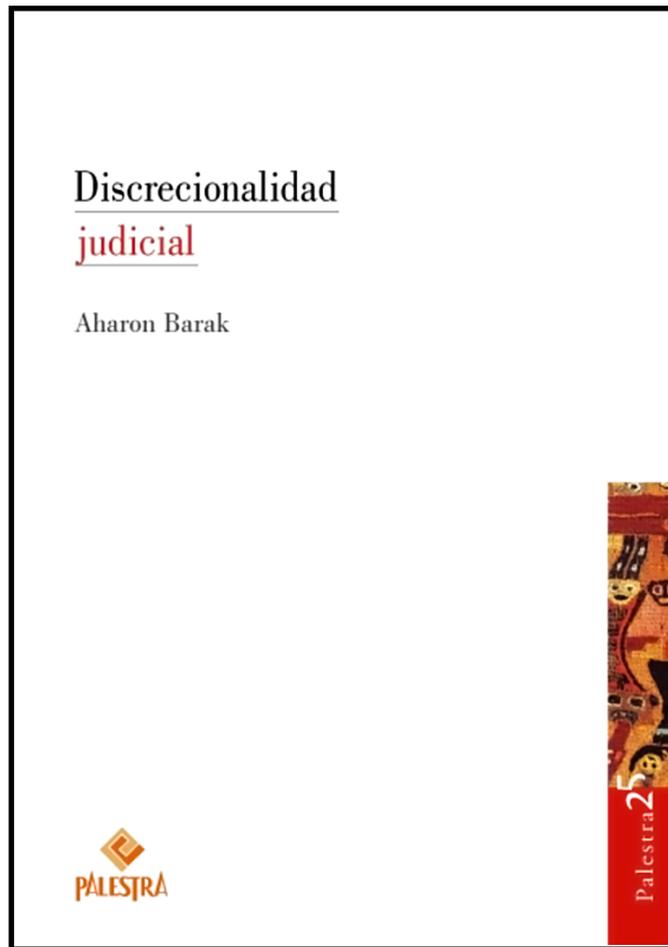
BIBLIOGRAFÍA

Lariguet, Guillermo y González Lagier, Daniel (eds.). 2022. *Filosofía. Una introducción para juristas*. Madrid: Trotta.

Bueno, Gustavo. 1996. *El sentido de la vida*. Oviedo: Pentalfa ediciones.

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Aharon Barak*



*María del Carmen Martínez Gómez***

* Abogado y jurista israelí, fue presidente del Tribunal Supremo de Israel entre 1995 y 2006, tras haber sido magistrado en ese mismo tribunal, y Fiscal General del Estado. Fue decano de la Universidad Hebrea de Jerusalén y profesor en las universidades de Yale y Toronto, entre otras. Es autor de numerosos libros.

** Estudiante de Derecho en la Universidad de Alicante. Es autora de la ponencia “Legal Realism and Legal Primitivism: Notes on the Perspectives of A. Häerström and K. Llewellyn”, presentada en el VIII Spanish - Finnish Seminar on Legal Theory. Correo electrónico: mcarmenmg7@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Martínez Gómez, María del Carmen. 2023. Reseña de Discrecionalidad judicial, de Aharon Barak. Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 162-164.

Discrecionalidad judicial, de Aharon Barak, es un libro originalmente publicado en hebreo en 1987 y traducido al inglés en 1989. Más de treinta años después, su traducción al castellano, llevada a cabo por Isabel Lifante Vidal y Lucas E. Misseri (Universidad de Alicante), es una invitación a reflexionar sobre el rol de los jueces en la sociedad contemporánea como defensores necesarios de la democracia y del Estado de Derecho. El paso del tiempo le ha sentado bien: el libro no solo no ha quedado obsoleto con los años, sino que se ha convertido en un punto de referencia para cualquier persona interesada en la discrecionalidad judicial.

Aharon Barak (Lituania, 1936) es, sin duda, un jurista polifacético: doctor en Derecho por la Universidad Hebrea de Jerusalén en 1963, fue profesor en la misma entre 1968 y 1975, año en que fue nombrado Fiscal General del Estado de Israel. Poco después, en 1978, fue elegido como magistrado de la Corte Suprema israelí, cuya presidencia ostentó durante veintiocho años, hasta su jubilación en 2006. También ha sido profesor de Derecho en diversas universidades, como Yale, Georgetown y Toronto; además de ser autor de valiosos libros sobre la función judicial y su ejercicio en el marco de las democracias constitucionales.

El libro, que destaca por su sencillez expositiva, parte de un presupuesto claro: los jueces ejercen discrecionalidad judicial, pero solo en los casos difíciles. En otras palabras, para Barak, están equivocados, tanto aquellos que afirman que el juez es el mero altavoz de la ley y que no tiene ningún poder de decisión, como aquellos que sostienen que el Derecho es absolutamente indeterminado y que en todo caso los jueces tienen una absoluta discrecionalidad para decidir según lo que hayan desayunado.

El objetivo de la obra es doble: descriptivo y prescriptivo. Por una parte, pretende definir el concepto de discrecionalidad judicial; eliminando, en lo posible, la niebla que lo rodea, y caracterizando sus elementos más básicos. Y, por la otra parte, expone razonadamente los criterios que el juez debe tener en cuenta a la hora de elegir entre diversas opciones cuando tenga ante sí una decisión en la que deba ejercer su discrecionalidad.

En la primera parte del libro, Barak define la discrecionalidad judicial como “el poder otorgado a una persona con autoridad para elegir entre dos o más alternativas, cuando cada una de ellas es lícita” (2021, 28-29). Esta definición es clave, pues de ella se derivan todos los argumentos que expone a lo largo del libro.

A continuación, retoma la popular distinción entre casos fáciles y difíciles, añadiendo a ésta una categoría más: los casos intermedios. Según esta agrupación, serían casos fáciles aquellos en los que las normas solo requieren un estudio muy superficial (una mera interpretación *largo sensu*, según la clasificación de Wróblewski), para llegar a la conclusión de que solo existe una conclusión lícita a la controversia que plantean. En los casos intermedios, sin embargo, ambas partes de la contienda parecen tener un argumento jurídico legítimo que respalda su posición, y por ello es necesario hacer un ejercicio consciente de interpretación (esto es, interpretación *stricto sensu*) para poder discernir cuál está en lo correcto. En último lugar, los casos difíciles se caracterizarían por plantear, una vez examinadas todas las propuestas y disposiciones normativas relevantes, una elección entre opciones lícitas. Solo en este caso existiría la discrecionalidad judicial.

Asimismo, Barak aprovecha esta primera parte de su obra para detenerse en otras cuestiones teóricas: la existencia de diversos tipos de discrecionalidad (ancha o estrecha, según el número de posibilidades lícitas que se plantean ante el juez) o las fuentes sustantivas y formales del fenómeno.

Barak concede gran importancia a lo que él llama margen de legitimidad formal y margen de razonabilidad judicial. El primero, hace referencia a la frontera metafórica que traza el límite entre los casos en los que hay discrecionalidad judicial y los que no; esto es, los casos en los que el sistema solo prevé una posible solución lícita a una controversia, y aquellos en los que cabe más de una solución lícita al mismo caso, dadas todas sus condiciones particulares. En contraste; el segundo, se refiere al conjunto de posibilidades que, además de ser lícitas, son razonables, teniendo en cuenta el sistema normativo en el que se ubica la contienda, el tribunal encargado de su resolución y las relaciones entre todos los sistemas institucionales del

Estado, así como los principios democráticos básicos, tales como la separación de poderes.

En la segunda parte del libro, Barak expone los criterios que deben guiar cada elección dentro de ese margen de razonabilidad judicial. El autor llama constantemente a la huida de los extremos y denuncia el error que cometen los jueces que optan, sistemáticamente, por tomar las decisiones que menos alteran el precedente jurídico (a los que llama: autorestringidos), pero también a los que indiscriminadamente buscan apartarse del mismo (según su clasificación: los activistas). Subraya, constantemente, la necesidad de que los jueces ejerzan su discrecionalidad de forma razonable para mantener el equilibrio entre las tensiones que el Derecho genera entre el pasado (el precedente), el presente (el caso en cuestión que tiene que resolver el juez) y el futuro (la aplicación de esa decisión como regla general a otros casos). Y todo esto, sin olvidar los límites que la realidad impone a los jueces en su día a día: la escasez de tiempo, la ausencia de información completa sobre campos muy específicos o la necesidad de encontrar el consenso entre colegas, sobre todo, entre aquellos que integran órganos colegiados.

Barak dedica los últimos capítulos del libro a argumentar sobre el carácter democrático de la judicatura. Insiste en que la democracia es multidimensional: no está caracterizada únicamente por el respeto a la voluntad de la mayoría, sino también por la realización de ciertos valores fundamentales (aunque evita posicionarse sobre cuál haya de ser el contenido de estos valores y se limita a dejar la pregunta formulada). De igual modo, a la par que subraya la importancia de garantizar la independencia del poder judicial, asume que es esencial que los tres poderes tengan mecanismos para controlarse y complementarse mutuamente, defendiendo así la doctrina de los *checks and balances* como forma de entender el funcionamiento auténtico de las democracias contemporáneas. Barak reserva también un espacio para referirse a la concepción que tiene la sociedad de la función judicial. Consciente de su importancia, invita, de nuevo, a buscar el razonable punto intermedio entre dejarse llevar por lo que el público opine, y descuidar por completo el deber de proyectar una imagen de imparcialidad y confianza frente a la ciudadanía.

Finalmente, para cerrar el libro, sintetiza su tesis respecto a la decisión en casos de discrecionalidad judicial con una máxima: consideradas todas las cosas, “entre dos verdades, debe preferirse la que proporciona estabilidad” (Barak 2021, 355). Con ello se refiere a que, si no parece haber razones para optar por la desviación del precedente, se ha de elegir la opción que mejor garantice la seguridad jurídica y la continuación del sistema.

Discrecionalidad judicial, obra publicada por Palestra Editores, nació como una recopilación de diversos escritos y artículos; y es por ello que a lo largo de los capítulos son frecuentes las reiteraciones, lo que no ralentiza la lectura: al insistir en los puntos clave, refresca las ideas que le sirven de base, facilitando la comprensión de la obra. Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de abordar el libro, es que Barak desarrolla su obra en el marco del *common law*. Abundan las citas a sentencias de tribunales israelíes, británicos y estadounidenses, y se dedica grandes espacios a la figura jurídica del precedente: el precedente como fuente de discrecionalidad judicial, problemas de retroactividad del precedente, revocación del precedente, consideración del precedente a la hora de deliberar, etc.

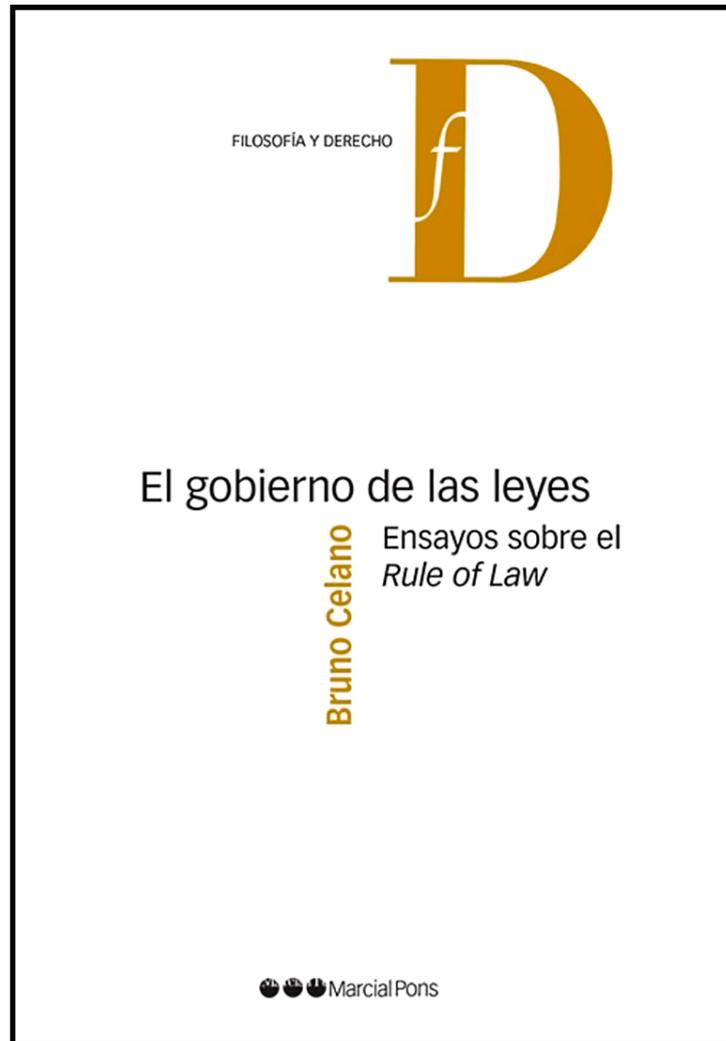
En definitiva, se trata de un libro escrito desde dentro de la práctica jurisdiccional, cuyo autor es consciente de la responsabilidad que asume el poder judicial como defensor del sistema democrático. Barak, que vivió de primera mano algunos momentos cruciales en el conflicto palestino-israelí, muestra aquí su preocupación por dotar a los jueces de las herramientas adecuadas para que puedan hacer frente a su misión, máxime cuando están en juego los pilares del sistema. Y con este libro colabora doblemente en la tarea: aportando a los jueces guías de actuación y patrones de razonamiento, y recordando, al resto de lectores (juristas o legos), que existen criterios para evaluar la labor judicial, cuyo cumplimiento podemos –debemos– exigir como ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Barak, Aharon. 2021. Discrecionalidad judicial. Lima: Palestra Editores.

EL GOBIERNO DE LAS LEYES

Bruno Celano*



*Ignacio Díaz Carruego***

* Profesor en la Universidad de Palermo, especialista en Filosofía del Derecho.

** Estudiante de Derecho y Criminología de la Universidad de Alicante. Presentó una exposición en la Universidad de Helsinki, Finlandia, sobre el concepto de acción en Luigi Ferrajoli y ha participado en diversos congresos sobre Filosofía del Derecho a nivel internacional. Correo electrónico: ignacio-diaz2514@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Díaz Carruego, Ignacio. 2023. Reseña de El gobierno de las leyes, de Bruno Celano. Revista de estudios jurídicos CÁLAMO, n.º 18: 165-168.

17 de mayo de 2022, un día triste y emotivo invade las calles de Palermo. Muere el grandísimo Bruno Celano, uno de los filósofos del Derecho más eminentes de nuestros tiempos. Fuera de la disciplina era un desconocido; dentro de ella, un gigante de obligada lectura. La severa variante de esclerosis múltiple a la que hizo frente durante sus últimos años de vida no le impidió seguir entregándose con entusiasmo y dedicación a sus estudiantes, ni puso freno a su notable labor como investigador en diversos campos de la Filosofía del Derecho. Prueba de ello es la amplia y profunda obra intelectual que ha desarrollado y compartido con los que ahora somos sus lectores.

El último de sus libros se titula *El gobierno de las leyes*. En esta obra, Celano presenta cuatro ensayos y un apéndice muy esclarecedor sobre las principales nociones del *rule of law* y sus características. La traducción al español corre por cuenta de tres traductores: Federico José arena se encarga del primer ensayo; Pau Luque, del cuarto; y Julieta A. Rábanos, del segundo, tercero y apéndice final.

El primer ensayo del libro se titula “Positivismo jurídico normativo, neutralidad y *rule of law*”. En esta parte, el autor presenta el concepto de neutralidad como una de las piezas clave que conecta el *rule of law* (RoL) con el positivismo jurídico normativo (PjN). El RoL es entendido como un conjunto de características formales e institucionales que las leyes pueden poseer, y que sería bueno que posean para cumplir su función de guiar el comportamiento. Estas características versan sobre una serie de aspectos íntimamente relacionados con la idea de neutralidad¹. Por otro lado, el PjN es la tesis según la cual el Derecho no puede definirse o explicarse al margen de criterios normativos, sino que la separación de los enunciados jurídicos de sus fundamentos morales es algo positivo y valioso. Como dijimos, la neutralidad es el elemento central que conecta ambas posturas complementarias, y esta idea de neutralidad debe entenderse como un ideal ético-político que el

Derecho (las leyes) debe satisfacer. La conexión que aquí se presenta viene determinada por: i) la estabilidad de las expectativas mutuas y ii) la inherente neutralidad de las prescripciones. La primera hace referencia a la idea de que un derecho que satisface las exigencias del RoL no frustrará las expectativas de la sociedad y garantizará cierto nivel de confianza al sistema. La segunda se refiere al modo de llevar a cabo la labor legislativa, que se ve condicionada por la publicidad y la racionalidad² que exige el RoL. Al emitir prescripciones racionales y públicas se neutraliza la asimetría de poder entre legislador y pueblo, y se trata al ciudadano con el debido respeto, pues se pretende guiar su comportamiento sin tomar partido (siendo neutral), declarando abiertamente y de manera clara lo que pasará en caso de que se infrinja la prescripción. La legislación neutraliza algunas diferencias de estas relaciones de poder entre legislador y ciudadanía. En este sentido, hemos dicho que la neutralidad aquí entendida, es un ideal; uno tan respetable como la justicia, la democracia o la igualdad. Pero un ideal que, al mismo tiempo, puede ser compatible con grandes dosis de injusticia o desigualdad, en definitiva, con la vulneración de otros tantos ideales que el Derecho también debería satisfacer.

En el segundo ensayo, titulado “La publicidad y el *rule of law*”, el autor responde a la pregunta: ¿por qué las leyes deben ser públicas? Esta se puede responder desde una doble perspectiva. La primera de ellas es instrumental: deben ser públicas para que logren cumplir su propio cometido de guiar el comportamiento. La segunda es de justicia o dignidad: simplemente es injusto para el ciudadano reprocharle la infracción de una norma que no se ha dado a conocer, de acuerdo con el principio *ignorantia legis excusat*. En este sentido, para que se puedan prevenir tanto las actuaciones de los órganos estatales ante mis actos, como las propias actuaciones del resto de ciudadanos, tiene que existir un conocimiento común de las prescripciones, que solo se puede dar si estas son públicas. Por lo tanto, la

1 Desde las características formales que exige el RoL, las leyes deben ser: claras, estables, generales, públicas, prospectivas, inteligibles y practicables. Con respecto a la exigencia desde una perspectiva procedimental e institucional: los tribunales deben ser imparciales y al acceso a ellos fácil y rápido. Muchas de estas características pueden variar según el autor, pero el núcleo de estas cuestiones se relaciona con la noción de neutralidad que aquí desarrollaremos.

2 Al emitir prescripciones públicas y racionales, legislador y destinatario interactúan en una situación de igualdad, nivelan sus posiciones y se ubican en una esfera de reciprocidad. El legislador trata al destinatario como a un adulto autónomo y racional (si haces esto, ocurrirá aquello), no como a un niño al que se le engaña (si haces esto, vendrá el lobo).

publicidad es previa al común conocimiento, y este último, previo a la certeza del derecho³. Si bien es cierto que el RoL expone la publicidad como uno de los requisitos formales principales, tendríamos que analizar si, en la realidad, la simple publicidad logra el cometido del común conocimiento, teniendo en cuenta que no todos los ciudadanos son asiduos lectores de los boletines oficiales del Estado. Por lo tanto, estudiar si realmente podemos hablar de certeza y previsibilidad del Derecho simplemente atendiendo a las exigencias del RoL, o si, por el contrario, es necesario algún complemento extra para llevar a cabo este cometido (el común conocimiento de las prescripciones).

En la tercera parte, titulada “El Derecho como poder: dos requerimientos del *rule of law*”, Celano analiza la posición del Derecho con respecto al poder social desde el lente del RoL. Cuando las leyes cumplen con los requerimientos formales e institucionales del RoL, se trata a los ciudadanos con respeto y dignidad, se los ubica en el centro de la deliberación política, cosa que no ocurre con otras formas de poder que no cumplen con dichas exigencias, por ejemplo: el poder público movido por intereses privados, o las coerciones llevadas a cabo por simples decretos. El RoL es la otra cara de la moneda. Cuando se guía el comportamiento bajo las exigencias del RoL, o, siendo más certeros, cuando el RoL sujeta el comportamiento a la guía de reglas, lo hace dando cuenta de reglas generales que tienen dos requerimientos fundamentales: i) la consistencia, y ii) la susceptibilidad de cumplimiento. Como puede apreciarse, esta sección está orientada desde la perspectiva del legislador, por lo tanto, las exigencias del RoL versarán sobre la manera de llevar a cabo dicha labor legislativa. Con respecto a la consistencia, esta se refiere a la evitación de contradicciones u otros tipos de conflictos entre prescripciones; es decir, crear Derecho que no sea irracional, con el fin de no poner a los destinatarios en una situación conflictiva o paradigmática en la que no saben exactamente qué hacer, pues la norma empuja en direcciones opuestas. La segunda, simplemente se refiere a la exigencia de prescripciones que los destinatarios puedan cumplir; en otras palabras, normas que sean realizables. Cuando el legislador cumple con las exigencias del

RoL, le dice al ciudadano: espero que te comportes de tal manera, si no, estas serán las consecuencias, y ese comportamiento es humanamente posible, y no hay otra regla que le obligue a comportarse una manera diferente; por lo tanto, se trata al individuo como a un adulto racional. Ahora bien, resulta evidente que una labor legislativa bajo estas exigencias trata al ciudadano con respeto y dignidad, pero nuevamente: es completamente posible ejercer un poder prescriptivo bajo las exigencias del RoL que guíe el comportamiento hacia terrenos muy injustos, y estas prescripciones pueden ser perfectamente consistentes y realizables, pero incoherentes con otros valores importantes que el Derecho debe respetar.

La cuarta parte del libro, titulada “*Rule of law* y particularismo ético”, pretende mostrar cómo el ideal del RoL es compatible con el particularismo ético. Partimos de la siguiente afirmación: la función central del particularismo (relevante para esta sección y expuesta por nuestro autor) es la de llevar a cabo la identificación y ponderación de una serie de principios y razones relevantes para resolver una serie de casos particulares. De este punto, surge la clásica disputa teórica entre modelos de un solo nivel (basados en reglas) y modelos de dos niveles (basados en reglas y principios). La dicotomía que se plantea en este punto pasa por responder a la siguiente cuestión: ¿preferimos un gobierno de leyes o un gobierno de hombres? Como el lector habrá deducido, la respuesta aquí defendida es la primera: preferimos un gobierno de leyes, argumentando; por un lado, la desconfianza hacia ciertos organismos decisores que podrían operar sin el debido control; y por el otro, la desconfianza hacia un sistema jurídico poco previsible (como vimos en el primer ensayo). Pero quedarnos con el gobierno de las leyes no implica renunciar al particularismo, pues Celano, (en la misma línea de autores como Moreso) resuelve esto defendiendo un sistema de un solo nivel, que opera con *defeaters* que permiten suspender la aplicación de ciertas reglas y reconsiderar las decisiones sin acudir a un segundo nivel. Me parece que esto es verdad, pensemos en las causas de justificación del derecho penal, o los vicios del consentimiento del derecho civil. El problema de este sistema de un solo

³ Pues sería imposible hablar de certeza en el Derecho en un Estado en el que sus prescripciones son completa o parcialmente ajenas al conocimiento común; es decir, no son públicas.

nivel surge cuando nos enfrentamos a un caso cuyas excepciones no están explícitas y no contamos con el *defeater* relevante; es decir, cuando no tenemos la regla aplicable y estamos frente a un caso problemático, un caso difícil. En este momento es cuando se recurre al siguiente escalón, el de los principios: ¿de qué otra manera podríamos explicitar el derecho implícito?

Por último, Celano nos brinda un apéndice titulado “Estado de derecho”. En esta parte encontramos una batería de apuntes sobre las principales acepciones de la idea de Estado de derecho y su conexión con el constitucionalismo. Todo ello, en el marco de un breve análisis histórico de índole divulgativa comprendido entre mediados del siglo XVII hasta la configuración de los Estados constitucionales modernos. La finalidad de este apéndice es recoger una serie de conceptos

sobre la noción de Estado de derecho. Destinados a formar parte de un futuro manual universitario de Filosofía del Derecho.

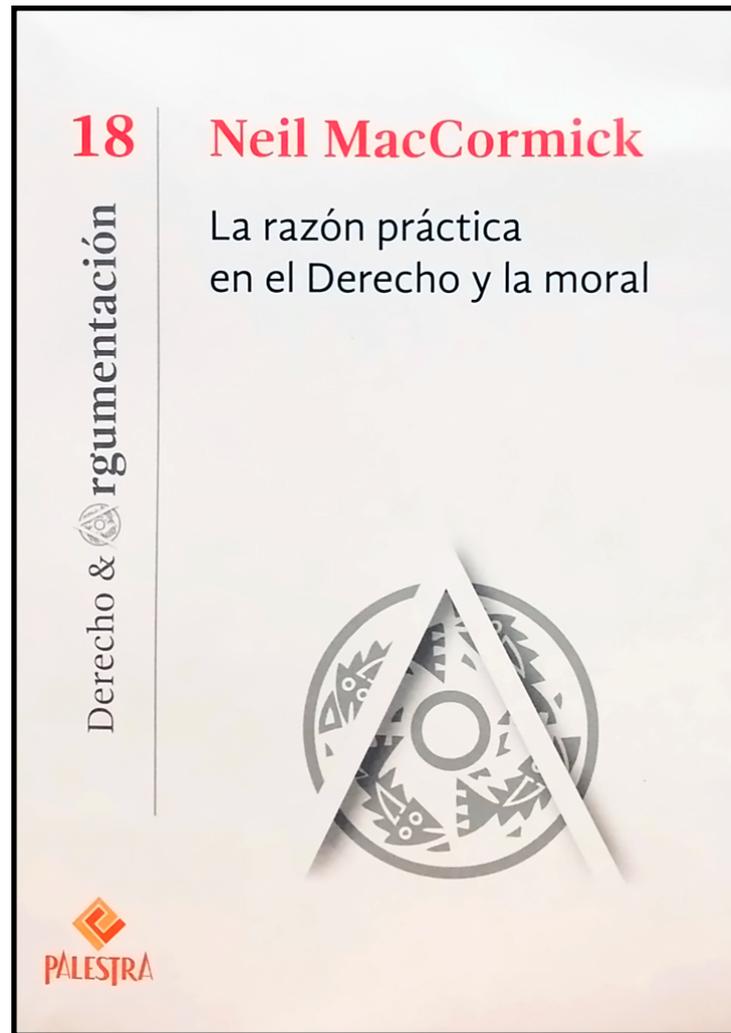
Podemos decir que El gobierno de las leyes es una obra excelente para reflexionar y poner en tela de juicio ciertos conceptos de la Filosofía del Derecho que, a simple vista, no nos parecen problemáticos, que incluso pueden resultarnos familiares. Una clara muestra de seriedad académica, propia de un autor que dedicó su vida a los que ahora somos sus lectores y tenemos el privilegio de contar con sus escritos.

BIBLIOGRAFÍA

Celano, Bruno. 2022. El gobierno de las leyes: ensayos sobre el *rule of law*. Madrid: Marcia Pons.

LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO Y LA MORAL

Neil MacCormick*



*Marta Villanueva Prendes***

* Filósofo del Derecho, fue profesor de Derecho Público y Derecho de la Naturaleza y de las Naciones en la Universidad de Edimburgo entre 1972 y 2007. Antes fue profesor en la Universidad de Dundee y Balliol College. También fue un importante político, siendo miembro del Parlamento Europeo por el Partido Nacional Escocés entre 1999 y 2004.

** Estudiante de Derecho en la Universidad de Alicante. Participó en el seminario español-finlandés sobre Teoría del Derecho que tuvo lugar entre el 28 y el 30 de junio de 2022 en Helsinki, Finlandia, donde presentó la ponencia "Legal Fraud. A Post-positivist Conceptualization". Correo electrónico: martavillanuevaprendes@gmail.com

Cómo citar esta reseña: Villanueva Prendes, Marta. 2023. Reseña de La razón práctica en el Derecho y la moral, de Neil MacCormick. Revista de estudios jurídicos Cálamo, n.º 18: 169-173.

Con la publicación en 2009 de *Practical reason in law and morality*¹, MacCormick completó su cuarteto de libros sobre Derecho, Estado y razón práctica. La colección se propuso responder a la pregunta de si la razón puede ser práctica: la respuesta, defendiendo una síntesis entre las teorías de Adam Smith y de Kant como la pieza clave, fue afirmativa.

Neil MacCormick (1941-2009), filósofo del Derecho y político, nos deja este libro como el punto final de su obra filosófica. Profesor de Derecho público y Ley natural en la Universidad de Edimburgo, además de miembro del Partido Nacional Escocés y del Parlamento Europeo, nos deja un gran conjunto de trabajos sobre temas variados como el Estado y la nación, o el razonamiento jurídico como razón práctica general. Con *La razón práctica en el Derecho y la moral*, pretendió resolver las preguntas que en sus anteriores obras habían quedado sin responder; sobre todo las que tenían relación con los agentes morales y la objetividad y universalidad de sus juicios. El libro lo traduce del inglés al español José Ángel Gascón Salvador, en noviembre de 2021.

Los primeros capítulos del libro aportan un análisis de las razones justificativas que un agente puede utilizar para dar cuenta de ciertas acciones. En función del carácter discrecional de las razones uno puede tener razones concernientes a uno mismo, razones concernientes a otros o razones concernientes a la comunidad. Según su contenido, pueden referirse a valores abstractos o, simplemente, a lo que es bueno en cuanto a nuestro bienestar corporal. Las razones también se pueden caracterizar según su fuerza: unas tienen fuerza excluyente (excluyen una acción sin importar las razones a favor de hacerla) y otras no. Después de deliberar sobre las múltiples razones, el agente realiza un acto de voluntad decidiendo e implementando la decisión según un plan de vida en el que las actividades y proyectos del agente están integrados de algún modo.

Las cosas se complican cuando se delibera si hay leyes universales. La teoría kantiana presenta una visión del agente como un legislador universal que crea máximas universales, pero MacCormick considera que esta perspectiva legislativa es demasiado abstracta, argumentando que ignora la cuestión de la motivación del agente². Propone una alternativa con un agente como juez, en vez de como legislador. Para ello, toma en cuenta la teoría de Adam Smith. Este desarrolla la idea de que la capacidad del ser humano para la empatía hace posible que el agente tenga razones para no dañar a otros. Los sentimientos que la empatía nos genera son la base para nuestra capacidad para el juicio moral, que está basado en un sentido de aprobación o desaprobación de nuestra propia conducta y la de otros.

No obstante, para llegar a un juicio moral objetivo se necesitan dos cosas: un espectador verdaderamente imparcial, puesto que somos parciales hacia las personas que queremos; y conocimiento, pues se debe de estar lo mejor informado posible sobre la situación. Por lo tanto, para poseer una perspectiva moral madura se requiere la capacidad de autodominio³ para mantener una rigurosa imparcialidad y un conocimiento máximo. Teniendo en cuenta ambas perspectivas, la de Kant y la de Smith, MacCormick concluye que la cuestión del contenido de los juicios morales es distinta a la cuestión de nuestra capacidad para formularlos o adquirirlos, optando por un punto medio: el imperativo categórico *smithiano*:

Entra lo más completamente que puedas en los sentimientos de todas las personas directamente involucradas o afectadas por un incidente o una relación, y forma de manera imparcial una máxima de juicio sobre qué es lo correcto que todos podrían aceptar si estuvieran comprometidos con el mantenimiento de creencias mutuas que establecieran un estándar común de aprobación y desaprobación entre ellos. (2021, 117)

1 Traducido y publicado en español por Palestra Editores en el año 2021.

2 Kant afirma que el sentido de la obligación se crea según la libertad de la voluntad y la motivación para realizar acciones está determinada por la voluntad del agente.

3 La capacidad de autodominio consiste en no ser impulsivo ni dar juicios apresurados, sino tener la habilidad de dominar la propia voluntad y así poder desarrollar una perspectiva moral madura.

Del cual deriva otro imperativo secundario:

Actúa de acuerdo con ese juicio imparcial sobre lo que es correcto hacer respecto al incidente o la relación dados. (*ibidem*)

A MacCormick, esta le parece la posibilidad más atractiva, por su vínculo comprensible entre los sentimientos, la decisión y la acción. La parte donde tiene en cuenta las creencias mutuas, permite señalar que los tiempos y las sociedades cambian. El imperativo es categórico y universal, pero los juicios que exigiría son contextualmente variables. Asimismo, se enfoca en juzgar en vez de en legislar, sin vulnerar la autonomía del agente, dado que uno asume la responsabilidad por sus juicios y sus decisiones.

Todos los juicios que el agente autónomo realiza son individuales, pero según MacCormick esto no quita que sean universales. El imperativo categórico *smithiano* requiere que uno forme un juicio aceptable para todos mientras estén comprometidos con el mantenimiento de creencias mutuas. De cualquier modo, hay una distinción entre lo permitido, obligatorio o prohibido y el razonamiento práctico más general sobre cómo buscar una vida buena. Las razones que prohíben u obligan son las que, previamente, MacCormick llamó excluyentes. Sobre el resto de decisiones el agente moral mantiene su autonomía, pero no la universalidad de sus decisiones.

Una pregunta común en el ámbito de la razón práctica es si existe alguna clase de fuente de la moralidad, como si fuese una ley escrita que oriente nuestro razonamiento de manera absoluta. MacCormick rechaza las premisas teístas, y esencialmente protestantes, de las que parten Kant y Smith; pero defiende las conclusiones a las que estos llegan, argumentando que sería difícil formar una concepción creíble de la humanidad que negase nuestra propensión a conservar nuestra propia vida y la vida de nuestros seres queridos en el contexto de alguna sociedad mayor. Esta sociedad mayor es inconcebible sin una serie de restricciones sobre el comportamiento. Dichas restricciones se pueden

basar en la regla de oro, que es muy similar al imperativo categórico (aunque Kant negase esto último). Este desarrolla la regla de reciprocidad, y la transforma en una prescripción metodológica general para formular cualquier juicio moral. Vale la pena destacar que el autor aclara que la verdad en los juicios morales no depende de ningún orden preexistente, sino de la correcta formación de un juicio, que se puede conceptualizar por el imperativo categórico *smithiano*.

Otra doctrina del Derecho Natural que resultó de interés para el autor, surge en el s. XVII; aquella que sugiere la existencia de tres principios prácticos básicos: obediencia, libertad y compromiso. Esto significa que se deben de cumplir ciertos deberes interpersonales básicos (obediencia); pero más allá de ellos, uno es libre de actuar como le parezca, pudiendo limitar su libertad comprometiéndose con otros. MacCormick llama a estos principios: los tres pasos de Stair, en homenaje al autor que los presentó primero. Adaptando esta teoría a su imperativo, surge la imagen de cuáles son los deberes a cumplir. Estos son, resumidamente, los que hacen que la convivencia humana sea posible. Por ejemplo: la conservación de la vida y de la integridad corporal, o la desaprobación de la mentira⁴. Estos deberes deben de ser conservados y usados en el razonamiento como razones excluyentes. Respecto a si los comportamientos de buen samaritano están entre estos deberes, MacCormick lo niega. Las virtudes tienen la cualidad de no estar coaccionadas y de no ser inculcadas por medio de exigencias obligatorias, lo cual le da a la libertad un gran valor. Esto deriva en que tenemos la libertad para comprometernos, negociar estos compromisos y renegociarlos libremente (lo cual solo es viable en el contexto de un sistema con cierta justicia distributiva, que se desarrolla más tarde). MacCormick concluye que el sistema de los tres pasos de Stair ofrece una buena explicación del lugar del deber moral y de las obligaciones consensuadas en una visión más general de la condición humana.

Posteriormente, en el capítulo siete, MacCormick intenta aplicar estos tres principios al dominio práctico de las instituciones que crean y aplican el Derecho.

⁴ Previamente en el libro, MacCormick expone cómo las sociedades humanas no pueden darse si no le dan un valor a la verdad y desapruueban la mentira, por las propias características de las reglas del lenguaje. Si no se da prioridad a la verdad por encima de la mentira, una persona que desconozca las reglas del lenguaje no podrá aprenderlo ni comprenderlo.

Inicia con la desconfianza que se tiene (y que se debe tener) hacia el autocontrol moral de las personas para preservar los deberes básicos (esta desconfianza es la que está en el núcleo del Derecho Penal). Es, en lo esencial, la necesidad de cierto grado de civismo mutuo: para hacer de la sociedad algo viable necesitamos leyes que garanticen los deberes básicos, y así salvaguardar la libertad⁵. En añadido, para poder ejercer esta libertad las personas involucran algún uso de los recursos de la tierra, para lo cual se requiere la institución de la propiedad. Para maximizar el buen uso de la propiedad, el principio de compromiso, en su vertiente positiva, posibilita el intercambio de bienes y el empleo de personas. Es esta vertiente del principio de compromiso lo que posibilita la existencia del comercio. En conclusión, MacCormick razona que los tres pasos de Stair (obediencia, libertad y compromiso) posibilitan y se corresponden con los principios de sociedad, propiedad y comercio: la obediencia al cumplimiento de los deberes básicos hace posible la sociedad; el uso de los recursos es necesario para la libertad del individuo, lo cual conlleva derechos de propiedad; y la libertad de comprometerse posibilita el intercambio de bienes y servicios o, en otras palabras, el comercio. Aquí MacCormick añade un breve asterisco sobre la visión de Stair de que la naturaleza pueda ser explotada de manera totalmente libre: le preocupa la sostenibilidad de esta clase de actos.

Es en este dilema donde el sistema de Smith, el imperativo de Kant y los principios de Stair, dejan de ser adecuados para satisfacer todas las exigencias de justicia, concretamente la justicia distributiva y la justicia ambiental. Como respuesta a qué le corresponde a cada uno, el autor recurre a las teorías de Rawls y Dworkin.

Comenzando por Rawls, él propone el principio de diferencia, que dice que debemos de maximizar el ingreso mínimo de los ciudadanos más desfavorecidos gravando a los más ricos, hasta el punto en que el aumento de la carga fiscal reduciría los ingresos.

Dworkin, en comparación, ofrece una teoría basada en la igualdad de recursos en vez de en la igualdad de bienestar, dado que no hay razones por las cuales no deba haber oportunidades máximas para que todas las personas desarrollen sus recursos y talentos como les parezca, en el ámbito de una economía de mercado. Para dar cuenta de los posibles accidentes, Dworkin ofrece un hipotético mercado de seguros. Debe de haber un plan de seguros sociales frente a las desgracias, de modo que se tenga en cuenta la desigualdad real de las dotaciones iniciales ofrecidas a los que nacen con distinta capacidad económica. Si bien ambas teorías son consideradas, MacCormick no pretende ni intenta establecer una teoría de justicia distributiva, sino destacar su relevancia práctica y la inclusión de los deberes generados por la justicia distributiva en los deberes básicos que delimitan el principio de libertad. Concluye el capítulo con la tesis de que lo desarrollado por Stair, con sus tres principios, sigue siendo un reflejo adecuado de los principios que guían el Derecho positivo, aunque la teoría de Stair debe de ser actualizada con respecto al derecho público actual, así como con los desarrollos más recientes del Derecho Penal.

A continuación, MacCormick se vuelve al problema de cómo debemos usar nuestra libertad. Cumplir los deberes es más un problema de voluntad que un verdadero problema de razonamiento práctico. Por otro lado, con la libertad carecemos de razones excluyentes, y, por lo tanto, del carácter universal de las normas morales. No obstante, MacCormick defiende que hay una serie de bienes universales que los humanos tienen razones para cultivar. Da una lista de ellos bajo el título de buenos fines, a saber: la vida, la salud, el conocimiento, etc.⁶. Para perseguir los buenos fines hay ciertas cualidades que son necesarias, ciertas disposiciones de carácter que ayudan en el camino, a las que llama virtudes auxiliares: la integridad de carácter, la independencia, el coraje, la prudencia, el conocimiento, etc. Expone estas virtudes de modo aristotélico, buscando el medio entre extremos. A partir de estos elementos, se completa el puzzle del concepto de la

⁵ Esta idea la extrae del propio Kant y sus leyes de libertad.

⁶ Lista completa de virtudes auxiliares: 1) integridad de carácter e independencia intelectual; 2) el autoconocimiento y el autodomínio; 3) el coraje; 4) la razonabilidad/ prudencia; 5) el conocimiento y la pericia tecnológicos; 6) el respeto por otros y la consideración, con la cortesía y los buenos modales como derivados; 7) la generosidad; 8) el respeto por uno mismo; 9) la diligencia y la laboriosidad; y 10) la paciencia. Lista completa de buenos fines: 1) la vida; 2) la salud; 3) el conocimiento y la verdad; 4) la libertad de expresión; 5) la belleza; 6) deportes y juegos; 7) la experiencia religiosa; y 8) lo político y lo comunitario.

buena vida. La idea esencial es tratar de llevar una vida que incorpore uno o más de la lista de bienes propuestos por medio del cultivo de las virtudes auxiliares, al mismo tiempo que se cumplen los deberes básicos y las obligaciones que se derivan de los compromisos.

Como paréntesis, con lo que cierra el libro, se dan varios casos jurídicos para ilustrar el modo de aplicar el imperativo categórico *smithiano* a casos reales, así como para recalcar la diferencia entre el razonamiento jurídico y el moral. Puesto que, como dice el propio MacCormick, la analogía del agente moral como juez solo llega hasta cierto punto. La diferencia clave aquí es que, mientras que el razonamiento moral es autónomo, el juez que juega al juego del Derecho opera en un contexto altamente institucionalizado, con un poder concedido de manera heterónoma por el propio Derecho. Como ejemplo de esto, uno de los casos es el de dos hermanas siamesas que nacen con un único sistema cardiovascular. Los médicos creen que, operando, podrán garantizar la supervivencia de una sola de ellas. Es posible que la gemela superviviente necesite de atención médica para el resto de su vida. Sin la operación, ambas morirían en un periodo corto de tiempo. Los padres piden que no se realice la operación, argumentando que no podrán permitirse los tratamientos que necesita la superviviente. Desde el punto de vista moral, y aplicando el imperativo *smithiano*, MacCormick no ve razones para negar la voluntad de los padres. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales desestimó la petición de los padres, puesto que jurídicamente debía de preservarse el interés de la niña.

En conclusión, a la pregunta de si la razón puede ser práctica, MacCormick responde que sí, pues solo es de interés esta pregunta para alguien que suponga que puede serlo.

Este libro es, en su esencia, un camino por algunas partes de la tradición filosófica del razonamiento práctico. Sintetiza distintas teorías de manera coherente, aunque, desde el punto de vista de la estructura, la línea explicativa que sigue MacCormick puede resultar confusa para el lector. Asimismo, de modo ocasional, hay un excesivo uso de ejemplos.

Quizás lo único que se le puede criticar es que la síntesis de la que resulta el imperativo categórico *smithiano* no es del todo satisfactoria. Un análisis del imperativo que propone MacCormick lleva a la conclusión de que, a pesar de que en términos de explicar el proceso de formación de juicio del agente moral puede ser más adecuado que el imperativo categórico kantiano; en términos de guiar la conducta del agente como método de formación de juicio (que es para lo que lo usa MacCormick en la última parte del libro), no tiene ninguna consecuencia práctica el utilizar el propuesto en este libro o el imperativo categórico. La síntesis de la teoría de Kant y Adam Smith que el autor pretende hacer, es adecuada como explicación de distintas etapas del razonamiento práctico. La teoría de Smith como una explicación del origen de los juicios morales y la de Kant como método de formación de juicio.

Como conclusión, MacCormick consigue recopilar, en un esquema más o menos coherente, varias de las teorías más exitosas sobre el razonamiento práctico. Respecto a la pregunta que inició el proyecto (si la razón puede ser o no práctica), la respuesta no es del todo clara.

BIBLIOGRAFÍA

MacCormick, Neil. 2021. *La razón práctica en el Derecho y la moral*. Lima: Palestra Editores.

ENTREVISTA

ada.

EL POSTPOSITIVISMO DESDE ADENTRO

Entrevista con Alí Lozada Prado*

AN INSIDE LOOK AT POST-POSITIVISM

Interview with Alí Lozada Prado

O PÓS-POSITIVISMO DESDE DENTRO

Entrevista com Alí Lozada Prado

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

Entrevista realizada por escrito en diciembre de 2022
Quito, Ecuador

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

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

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

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

PRIMERA SECCIÓN¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDA SECCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo es una revista de estudios jurídicos publicada de forma semestral (enero y julio) por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Ecuador, desde el 2014. Está pensada para la comunidad científica y para el público general interesado por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, especialmente desde un enfoque interdisciplinario, y que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social.

Resumen de las normas de publicación

- Los textos deben ser originales, **inéditos** y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales. Se aceptan también, con la aprobación del comité editorial, textos traducidos al español que hayan sido previamente publicados en idiomas distintos a este y que sean relevantes en el marco del tema central de la convocatoria vigente.
- Los textos deben estar escritos en **español, portugués o inglés**.
- No es necesario tener afiliación a instituciones académicas u otras para proponer contribuciones. Se reciben contribuciones de personas estudiosas del Derecho independientemente de su **afiliación institucional** o académica, así como de investigadores-as independientes.
- Los artículos y otras contribuciones pueden tratar de diversos temas dentro de los estudios jurídicos sin tener que limitarse a un **ámbito geográfico** delimitado.
- Cálamo publica cuatro **secciones**: Dossier, Ensayo, Reseña y Entrevista. Recibe contribuciones todo el año para la sección abierta (Ensayo) y realiza **dos convocatorias temáticas al año** para la sección Dossier.
- Los artículos y ensayos pasan por varios procesos de evaluación y revisión, que incluyen la revisión del cumplimiento de la política editorial y las normas de citación, y un **arbitraje** por pares de doble ciego, con el fin de garantizar la calidad académica de los textos publicados.
- Cálamo maneja una estricta **política antiplagio**. Las y los autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto o autor-a. Antes de la aceptación de los textos, se realiza una verificación del contenido mediante un programa de verificación de plagio.
- El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista para ser publicado en Cálamo presupone la **aceptación de la política editorial** y la adhesión al **código de ética** de la revista.
- Publicar en Cálamo **no tiene costo**. Cálamo no recibe ningún ingreso monetario ni de otro tipo por el trabajo editorial realizado.
- Las y los autores conservan sus derechos de autor y autorizan a la revista Cálamo, de manera ilimitada en el tiempo, a incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. Cálamo opera bajo la licencia *Creative Commons* CC BY-ND 4.0 (reconocimiento sin obra derivada).



Política por secciones

Dossier: Los artículos y ensayos de esta sección responden a la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia concreta de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Ensayo: En esta sección se publican artículos y ensayos que tratan temas fuera de la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia concreta de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Reseña: Se publican evaluaciones críticas de libros que hayan sido publicados en los últimos dos años en español, inglés, francés o portugués.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a profesionales del Derecho, figuras públicas, miembros de iniciativas ciudadanas y personalidades políticas o académicas vinculadas al escenario jurídico.

Requisitos para las secciones Dossier y Ensayo

- El texto debe estar precedido de un resumen de al menos 500 caracteres con espacios (cce) y no mayor a 800 cce, en español e inglés.
- Las y los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título, en español e inglés.
- El título del artículo no puede contener más de diez (10) palabras. El autor o autora puede completarlo utilizando un subtítulo.
- La extensión de los artículos y ensayos debe ser de 30.000 a 50.000 cce.
- El texto debe ajustarse a las normas de citación CHICAGO Deusto de Cálamo.
- En la etapa de edición, el equipo editorial podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.

Orientaciones para el envío de propuestas de coordinación del Dossier

Las personas interesadas en coordinar un Dossier pueden enviar su propuesta en cualquier momento del año. Para ello, se deberá tomar conocimiento de los documentos normativos de la revista y, especialmente, de las directrices para coordinadores-as; y se deberá enviar el formulario de propuesta junto con la o las hojas de vida de las personas proponentes a calamo@udla.edu.ec. Las propuestas son seleccionadas por el comité editorial. Su aceptación o no aceptación será comunicada en un plazo máximo de quince (15) días.

Orientaciones para el envío de contribuciones

Las personas interesadas en enviar contribuciones deben revisar la política editorial completa, así como el código de ética y las normas de citación de Cálamo, documentos normativos disponibles y descargables en la página web: www.calamo.ec. Deben remitir junto con el artículo, ensayo, reseña o entrevista, un formulario de autor-a debidamente llenado (también disponible en la página web). Los envíos pueden hacerse a través de la página web o al correo electrónico calamo@udla.edu.ec



udla.