



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Departamento de Posgrados

Especialidad en Derecho Constitucional

Título: *Desvaneciendo frivolidades, un adiós al formalismo: ¿cómo derrotar una norma jurídica?. El particularismo práctico en la imprevisibilidad de la configuración de casos frente a la previsibilidad universal del ordenamiento jurídico.*

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de especialista en
Derecho Constitucional**

AUTOR: Mauricio José Vintimilla Rodríguez

DIRECTOR: Andrés Martínez Moscoso

CUENCA- ECUADOR

2012

DEDICATORIA

*A quienes viven atrincherados en el silencio;
a los inconformes, a los indignados y los diferentes.
Juntos hallaremos la voz para un nuevo pensamiento.*

A Bernarda

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iii
ABSTRACT	iv
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO: FRAGMENTACIÓN DE LOS POSTULADOS POSITIVISTAS Y DISCURSO PRÁCTICO.	4
Aproximación	4
Entre la espada y la pared: un positivismo en crisis y el rescate de una teoría (neo) constitucionalizada.	16
El (neo) constitucionalismo y la razón práctica	27
CAPÍTULO II: DICOTOMÍA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	30
Aproximación	30
Estructura de las formulaciones del tipo regla: ¿razones definitivas?	34
Niveles de normatividad de las reglas: nivel débil y nivel fuerte	39
La estructura positiva de los principios: los mandatos de optimización	41
Niveles de normatividad de los principios: nivel débil y nivel fuerte	44
CAPÍTULO III: ¿EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS QUE NO SEAN INCUMPLIR EL DERECHO?: LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.	48
Aproximación	48
¿Qué es la derrotabilidad o posibilidad de revisión?, un concepto.	49
La imprevisibilidad de los interlocutores en el discurso y la creación de los casos desde el particularismo práctico.	53
Alexy y la Ley de la Colisión: los principios cara a cara.	56
El principio de proporcionalidad y sus subprincipios: una nueva estructura argumentativa.	60
¿Existen normas inderrotables?: la derrotabilidad como propiedad disposicional de las normas jurídicas y la posibilidad de superación.	65
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	73

ABSTRACT

To truly understand what a neoconstitucional paradigm means and which its repercussions are in the theory of law and the theory of the norms, captive the practical and juridical reason, for that motive this work seeks to explain the change and the influence that the plural societies have had in the theory of law; in a same way to demonstrate the existent continuity among law and moral and the form of bringing near those systems; as well as to understand how it is articulated in the practice a neoconstitucional outline and the importance that it plays the juridical argumentation in this; through the proposal of a theoretical model different from the traditional law theory and influenced by the improvidence; and sustain that defeasibility of the norms is a decisive property in the judicial activity of the neoconstitucionalism.

RESUMEN

Comprender verdaderamente lo que un paradigma neoconstitucional significa y cuáles son sus repercusiones en la teoría del derecho y la teoría de las normas, cautiva a la razón práctica y jurídica, por ello este trabajo pretende explicar el cambio y la influencia que las sociedades plurales han tenido en la teoría del derecho; de igual manera demostrar la continuidad existente entre derecho y moral y la forma de acercar esos sistemas; así como comprender como se articula en la práctica un esquema neoconstitucional y la importancia que en éste juega la argumentación jurídica; a través de la propuesta de un modelo teórico diferente del derecho tradicional e influido por la imprevisión; y, sostener que la derrotabilidad de las normas es una propiedad determinante en la actividad judicial del neoconstitucionalismo.

INTRODUCCIÓN

El derecho es una creación social, un subsistema que debe reflejar la realidad de la exigencia de un mundo o una comunidad determinada. Pero la sociedad cambia, y si el sistema lo hace cambio los subsistemas, de ninguna manera la excepción. La dinámica de la sociedad avanza a pasos agigantados, las fronteras se hacen más tenues, las tecnologías cambiar las relaciones, los valores retoman un papel crítico en la vida política y democrática de los pueblos y parece ser que el derecho, en nuestra práctica local, no participa de esa corriente, se ha estancado, no ha sabido qué camino tomar, como un niño sin una alguien que le guíe ha quedado solitario en un confín y en peligro de abandono.

La noción tradicional de un ordenamiento jurídico como conjunto de reglas y órdenes respaldadas por sanciones para controlar la vida social, desde sus mismas raíces se muestra por completo insuficiente. La decadencia y absorción del poder lo torno y ha corrompido en un instrumento hegemónico de dominación y unificación, para acallar a quien exige no ser dominado, oprimido, quien quiere ser liberado y busca el reconocimiento del otro como el otro, como una persona con un mundo propio, con aspiraciones y deseos distintos.

Desde el retorno a la democracia en Ecuador, esto es en 1979, la propuesta constitucional ha puesto en escena nuevas promesas dogmáticas y teóricas, pero con trabas claves, impidiendo plasmar en la práctica esas nuevas intenciones, esas buenas intenciones. Ya a partir de la reforma constitucional de 1996 y la Asamblea Constitucional (mal llamada constituyente¹) el Ecuador estuvo adscrito a una corriente de un

¹ El hecho de que la Constitución de 1998 fue básicamente una reforma a la Constitución de 1979 significó que la Asamblea no tuvo poder para fundar un Estado, por ese motivo no se podía haber denominado como Asamblea Constituyente.

constitucionalismo moderno, un neoconstitucionalismo, que incentivó a la profundidad de un cambio de cultura jurídica. La Constitución creada en Montecristi en el año 2008 por la Asamblea Constituyente no solo reforzó, introdujo más elementos a esa transformación constitucional, social y cultural a la que durante tanto tiempo nos hizo la misma invitación; pero esta vez, el cambio vino de otros lugares, de otros movimientos sociales, de una esfera que no fue la del poder económico y político imperante hasta la esa fecha.

Han transcurrido casi cuatro años de nueva trayectoria constitucional sin que este proyecto de vida social y colectivo se pueda implementar; un cambio imposible si lo que se ha querido, desde el punto de vista del derecho, es emplear categorías nuevas en teorías tradicionales. Un nuevo Estado, una nueva sociedad requiere de un nuevo derecho y una nueva filosofía. El derecho se crea desde la sociedad y no la sociedad desde el derecho, quizá ese sea nuestro gran error.

Solidaridad, igualdad, liberación son los planteamientos filosóficos que nos hacen este nuevo constitucionalismo ecuatoriano y que necesitan representarse en un nuevo paradigma del derecho que pueda cumplir con lo prometido. Sin embargo, el cambio debe venir acompañado de actividad, ya que caso contrario es es "como dar palos de ciego" y cualquier desarrollo teórico sin cambio real sería inútil, debemos empezar a preocuparnos, pues la situación alarma.

Llevamos los derechos diariamente de la mano, los usamos en nuestros reclamos más comunes, en nuestro vocabulario más cotidiano, pero no los conocemos, no sabemos nada de estos seres ingrátidos y sensibles, de estas criaturas de la moralidad, que nos exigen un mejor trato, que gritan por ser tomadas en cuenta para salvarnos de nosotros mismos.

El derecho ha cambiado y tenemos que dar cuenta de ello enérgicamente, la cultura jurídica ecuatoriana encuentra su problema desde

las mismas aulas anquilosadas en conceptos tan tradicionales que solo plantear una alternativa de cambio significa una herejía. En el presente trabajo se propondrá justamente este cambio necesario. El positivismo jurídico del siglo XX dejó de funcionar, entro en crisis y el derecho fue secuestrado por legisladores inconscientes y jueces poco sensibles.

Sostendremos a continuación que este cambio en el derecho es un cambio más de práctica y actividad que de la misma teoría, plantearemos que el paradigma neconstitucional debe ser entendido desde su discurso propio y diferente para que así se justifique un cambio en la razón práctica de los operados del derecho, veremos que la influencia de la constitucional es ubicua y que un derecho fundamental no puede ser entendido como un ley formal o una regla cualquier e incluso que la misma regla no puede más ser comprendida como lo se lo ha hecho durante ya más de cien años y que, en temor de cualquiera, el derecho es argumentación y prácticas sociales, no autoridad, para lo cual se necesita una metodología específica de aplicación que se denomina derrotabilidad.

La invitación la hacemos con pensamiento abierto en busca de una nueva luz para un nuevo derecho.

CAPÍTULO I: EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO: FRAGMENTACIÓN DE LOS POSTULADOS POSITIVISTAS Y DISCURSO PRÁCTICO.

“El derecho domestica la sociedad, la libera de toxinas”

Estefano Rodotá, *la Vida y las Reglas*.

Aproximación

Caminamos aparentemente solos por una calle que no termina, no sabemos quién es el otro y al parecer nos tiene sin cuidado. No todos pensamos igual, nuestras expectativas, nuestros proyectos son distintos, aprendimos a no mirar al rostro del otro como el otro, la proxémia² excluye la inmediatez³ y la proximidad ha producido lejanía. Somos personas, sí, personas distintas en creencias, aspiraciones, intereses, deseos y acciones y ello es causa permanente de conflicto.

Nuestra convivencia se ve siempre dificultada por nuestras convicciones. El enfrentamiento de las decisiones éticas y esferas morales subjetivo-criticas para alcanzar el desarrollo de nuestros proyectos de vida imposibilita una avenencia pacífica. Frente a las sociedades relativamente uniformes del pasado, sostenidas en un orden de valores ampliamente compartido y coercitivamente impuesto por el sistemas de sistemas, hoy se erigen ante nosotros sociedades nuevas, complejas, cuyos miembros, en concepciones muy diferentes, son auténticos interlocutores. En este entramado plural el derecho positivista normativo⁴ se ha visto atrapado en un camino sin salida, por

² En la línea de la filosofía de la liberación de Enrique Dussel cuando hablamos de la relación que se establece con las cosas físicas que están en el mundo y lo que se hace con ellas, alienar, vender, acumular, etc. Dussel E. *Filosofía de la Liberación*. Fondo de cultura económica. Primera edición del FCE 2011. PP. 44-51

³ Continuando con Dussel hablar de inmediatez es hablar del rostro a rostro, de la inmediatez anterior a toda inmediatez entre las personas el palpar, el tocar a otra persona, el besar a alguien, el amamantamiento hijo/madre,

⁴ El positivismo normativista ha sido seguramente la concepción del derecho más extendida entre los teóricos durante el siglo XX; presentándose dos formas básicas, a decir Atienza: El modelo Kelseniano, más radical; y, el modelo Hartiano, más moderado

una sociedad que desconfía del sendero recorrido y gran incertidumbre sobre su horizonte. Aquel sistema de órdenes respaldado por sanciones desborda problemas desde su interior y su propia fundamentación; una problemática que ha incrementado notablemente y propone tareas nuevas reflexivas y constructivas del pensamiento jurídico desde el reconocimiento de esa diversidad hasta su impacto real en los modelos tradicionales del pensamiento jurídico.

Entre pluralismo y constructivismo: la fragmentación del paradigma IP

La impronta pluralista de nuestras sociedades modernas y nuestros sistemas normativos ha sido especialmente abordada por *John Rawls* con el cuño de la expresión el “*hecho del pluralismo razonable*” en su obra *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, esto con el motivo de reparar en que la asunción histórica de un pluralismo es un presupuesto consustancial al discurso moral⁵ y político del avance social. Entra la duda: con un pluralismo asumido de este modo, ¿es posible formular juicios morales con pretensión de objetividad?, la respuesta la podemos hallar en desarrollo del constructivismo en la filosofía moral, que abarca un sinnúmero de implicaciones teóricas distintas—nos adelantamos en decir la importancia capital que juega en un paradigma neoconstitucional para el discurso justificatorio de la razón práctica—.

y sofisticado. La primera de ellas es la que ha tenido mayor influencia en el mundo hispano hablando, según la cual el derecho es un sistema coercitivo y creado, validado y aplicado por cadena de autoridad, un sistema de normas respaldadas por el uso de la fuerza, previsible y seguro, con una función de control social donde el derecho es un sistema que es contemplado y aplicado una vez creado, como una construcción terminada; rechazando así la idea de un discurso justificatorio del derecho. Atienza M. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho. 2006. Barcelona. España. PP 29.

⁵ Habermas, miembro de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt denomina como morales a “*todas las instituciones que nos informan acerca de cuál es la mejor forma en que deberíamos comportarnos para contrarrestar mediante los miramientos y el respeto la extrema vulnerabilidad de las personas*” Habermas J. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Editorial Trotta. Madrid España 2000. PP 18.

La principal característica de un constructivismo moral es que no hablamos más de una moral social u objetiva, ni una moral crítica personal; es más bien una representación procedimental⁶ del discurso moral. El propio Rawls *explicita* esta situación en orden a su planteamiento constructivista al señalar “que los juicios son válidos y atinados si resultan de haber superado correctamente el procedimiento correcto y descansan en premisas verdaderas.” Esta elaboración significa una interpretación constructivista de la filosofía moral de Kant, pues somete el razonamiento moral –que desde ya se ve no es un razonamiento objetivo- a una aprobación procedimental y controlada que lo aleja de lo meramente subjetivo, precisamente, porque una de las consecuencias del planteamiento constructivista es la relativización gradual entre moral social y moral crítica⁷, entre vigencia y validez-.

El imperativo categórico Kantiano y el procedimiento discursivo, adquiere entonces una nueva formulación, siguiendo la versión Habermas-MacCarthy:

En lugar de considerar como válida para todos los demás cualquier máxima que quieras ver erigida en ley universal, somete tu máxima a la consideración de todos los demás con el fin de hacer valer discursivamente su pretensión de universalidad.⁸

Sobre este constructivismo se han planteado diferentes posturas, la primera un constructivismo individualista propio del liberalismo de Rawls llamado también “*elitismo moral*”. Así, para el autor, es un planteamiento no ontológico y epistemológico, en tanto es la construcción individual a partir de

⁶ Un procedimiento proporcionado por la ética del discurso expresa adecuadamente nuestras intuiciones morales, que son ciertamente algo sustancial. Habermas J. Ob. Cit. PP 18.

⁷ Nino C. S. *Ética y derechos humanos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2da. Edición 2005. P. 93

⁸ Citado por J. Muguerza en “De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta” en *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Biblioteca Nueva. Madrid. España. 1997. Pp 68.

un procedimiento reflexivo la que determinaría cual sería el resultado del procedimiento colectivo individual. Por otro lado encontramos un constructivismo al discurso real, desarrollado Alemán Jürgen Habermas y denominado como *populismo moral*, en el que la tarea de argumentación moral no se puede superar de modo monológico sino que requeriría de un esfuerzo cooperativo y, en un posición intermedia, el *constructivismo ético* de Nino que se sitúa entre la temperatura de ambas posturas, del que el autor cree es el procedimiento democrático el más fiable de manera colectiva y que opera sin excluir del todo la reflexión individual.

Aquí lo importante es que, indistintamente de las diferencias que existen en los planteamientos constructivistas, esta teoría metética nos sirve para sostener una tesis de continuidad entre derecho y moral, entre constitucionalismo y constructivismo, donde la objetividad ya no se supone dada por el punto de vista de universo, de una moral terminada sino por un punto de vista social efectiva y adecuadamente construido por los participantes y puesto a consideración global, como es lo es la célebre *posición original* de Rawls, propuesta en su obra *La teoría de la Justicia*, según la cual los participantes se hallan en un velo de ignorancia de la conciencia frente a otros para la elección de los principios de justicia sobre aquellos rasgos que suelen menoscabar la imparcialidad: sexo, raza, nacionalidad, patrimonio, condición migratoria, etc. En consecuencia de la posición original y el velo de la ignorancia, plantea Rawls, aparece la justicia como imparcialidad, se trata de una justicia procedimental pura y no universalmente objetivizada, en tanto lo que es justo se define por el resultado del procedimiento mismo. Justicia a la luz del constructivismo.

¿Pero qué tiene que ver el pluralismo y el constructivismo con una concepción del derecho?⁹ nuestra respuesta frente a esta interrogante es, todo.

⁹ Atienza entiende por concepción del derecho "*un conjunto de preguntas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho*" ("introducción" en Summers Robert, *La naturaleza formal del derecho*. Ariel Derecho. 2001. Barcelona. España.) entre ellas: cuales son límites entre derecho y no derecho,

El derecho será siempre el reflejo de una exigencia social, de una pretensión por alcanzar los fines que ella encuentra como verdaderos y aceptados para su convivencia interior, inclusiva y de incorporación intrasistémica diferenciada¹⁰. Dos respuestas: primero, es obvio que una sociedad de convicciones plurales, de mundos contrapuestos, muchas veces es una sociedad de conflictos y el derecho se ha manifestado como instrumentos para resolver conflictos. Segundo, el derecho usualmente y por sí mismo, suele ser un reflejo de algún tipo de conflicto; el derecho resuelve pero también crea problemas provenientes de las bases morales y políticas de las personas que se hallan en la creación del derecho¹¹.

Estamos acostumbrados al derecho como un acto de creación de autoridad, sin una fecha específica de ejecución, pero aquel que es creador, que escapa de nuestras manos, como sí se tratara de una obra divina y ajena al ser humano. Acto que crea un sistema compuesto por normas propias o migradas en alguna época desde o hacia un sistema de normas morales; creado, por supuesto por un órgano autorizado y custodio del poder de quien lo ha entregado para su uso y aplicado por otro cuyo respaldo de ejecución asentado en una sanción puede ser conseguido mediante la aplicación de un tipo de coerción: la fuerza (que para autores como el austriaco Hans Kelsen sería el objeto mismo del sistema), pues es, precisamente esta fuerza, la que, se supone, caracteriza y diferencia al derecho de otros sistemas de regulación

qué se considera derecho válido, cuáles son sus relaciones con el poder y con la moral, qué funciones cumple, cómo puede conocerse. Entre otras.

¹⁰ En oposición a la incorporación intrasistémica indiferenciada en la que las personas nos vemos incluidos en un sistema social uniforme.

¹¹ Siguiendo los pasos de Weber (Weber M, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Trad. L. Legaz Lacambra, Península, Barcelona, 1975, PP. 258) el constructivista español, Alfonso García Figueroa, a quien se le seguirá muy de cerca en este trabajo, habla también de una tercera relación al respecto del pluralismo. Y sostiene que estas consideraciones *“son relevantes para el derecho porque nos hallamos en sociedades postmetafísicas y desencantadas, cuyos sistemas jurídicos ya no pueden hallar sus fundamentos últimos en cosmovisiones religiosas, aunque tampoco parecen dispuestas a renunciar a ese momento de incondicionalidad del razonamiento práctico que sirva de contrapeso a la mera instrumentalización de la política.”* . García Figueroa A, *Criaturas de la moralidad*. Editorial Trotta. 2009. Madrid. España. Pp 32.

social. Hablo por mí, cuando pienso que ¿aquí falta algo?, parece ser que el derecho es tal nada más que por la institucionalización.

Recuerdo como si fuera ayer la primera clase de introducción al derecho, haber repasado las clásicas fuentes y como de memoria recitar: la Ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y finalmente los principios generales. Una curiosidad de estudiante que casi fue adormecida: ¿Por qué la primera fuente es la Ley? y porque razón la justicia al final de la cola, cuando el derecho no busca una sociedad justa, ¿o con un matiz más exacto?, ¿no busca una pretensión de justicia y dirigir la sociedad hacia esos fines últimos de su existencia?; la paz, la justicia, inclusive y porque no, la solidaridad. El derecho romano nos enseñaba que *lex dura lex sed lex*, la Ley es dura pero es Ley. La finalidad del derecho parecer ser búsqueda de la previsibilidad, un sentimiento de seguridad y objetividad, la misma que llevó al positivismo austriaco y alemán a extenderse entre teóricos de toda Europa y expandirse con gran aceptación a la región hispanoamericana.

Para el sistema positivista normativo, guardián del imperio de la ley, la normatividad moral es demasiado ambigua y en la formación de conceptos como la justicia distorsionaría la realidad de un ordenamiento jurídico, al desplazado por una moral objetiva o social que no puede determinarse, perdiendo perdería su aptitud de sistema de control social que conjuga el uso autorizado de violencia para el cumplimiento de las ordenes, prohibiciones o permisiones previstas en normas jurídicas respaldadas por un sanción. Un argumento que, con un poco de cinismo, ha sido sostenido por un positivismo cognositivista en el sentido de que esta *inmoralidad* intrínseca que significa la violencia asociada, *contaminaría el concepto de moralidad*¹², y por lo tanto debe ser apartada del concepto del derecho.

¹² "Por tanto, el positivista con pretensiones normativas (que normalmente adopta el positivismo con el propósito de garantizar la violencia asociada al derecho y su intrínseca inmoralidad no contamine el concepto de moralidad) suele expresar un positivismo de transición. En consecuencia estos autores instrumentalizan abiertamente el positivismo jurídico con un propósito resueltamente normativo." García Figueroa A.

Así podemos decir que el positivismo jurídico se sostiene en dos tesis, centrales: la *tesis de la separación* y la *tesis de los hechos sociales*. La primera de ellas mantiene un postulado sobre que existe una separación conceptual entre derecho y moral, es decir, entre lo que el derecho es y lo que debería ser, por eso para el positivismo las condiciones de validez jurídica son de elemento autoritario y no dependen del contenido moral de las normas en cuestión; mientras que la *tesis de los hechos sociales* afirma que una norma jurídica o un orden jurídico compuesto por normas jurídicas existe como reflejo de una comunidad humana en tanto ese orden sea válido para esa comunidad.

En el sentido de la segunda tesis central, la validez es la existencia específica del derecho, lo que diferencia a derecho de otros sistemas normativos como la moral o las prácticas de cortesía. Cuando se dice que la existencia específica de una norma jurídica o de un orden compuesto por normas jurídicas es su validez, se pone de manifiesto la forma especial en la que ésta se nos presenta –a diferencia del ser de los hechos naturales, como lo diría el propio Hans Kelsen “[...] el derecho, cuyo concepto aquí presupuesto, es un orden coactivo de conducta humana, esto es, un conjunto de normas que enlazan a determinadas circunstancias, en especial, a determinadas conductas humanas como condición, determinados actos coactivos como consecuencia.”¹³ De lo que se concluye que el derecho es profundamente un fenómeno social, cuyas condiciones de validez jurídica son estos hechos verificables y previamente configurados por un órgano autorizado, por reglas convencionales de reconocimiento que determinan qué eventos necesitan ser

Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista en *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento de jurídico de Luigi Ferrajoli*” Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009. PP. 267-283. Reconociendo en que el positivismo jurídico resulta compatible con los mayores excesos cognoscitivistas y objetivistas en materia de moralidad.

¹³ Kelsen H. *Validez y Eficacia del derecho* en *Validez y Eficacia del derecho*. Eugenio Bulygin y Robert Walter. Editorial Astrea. 2005. 49-51. Este artículo de Hans Kelsen se encontraba en su archivo literario, que después de su muerte paso a su discípulo Rudolf Aladar.

regulados y que también proporcionan las formas de creación, modificación y anulación de estándares jurídicos¹⁴.

Conociendo las tesis del positivismo, sostendremos enérgicamente un planteamiento antipositivista relacionado al constructivismo como teoría discursiva metaética de un ordenamiento jurídico, que permita superar el positivismo, diluir paradigma el positivismo-naturalismo, IP, (y dar cuenta de los requerimientos de las sociedades plurales, dejando en claro que esto no significa de ninguna manera abalizar tesis iusnaturalistas ni un clásico dictum tomista *lex injusta non est lex*, sino más bien la propugnación de un modelo distinto.

Vale hacer desde ya una aclaración metodológica y conceptual, un planteamiento antipositivista, al contrario de lo que se piensa, no niega la validez de la Ley, sino que supone la superación del paradigma IP. Lo que se propone es dejar de afirmar que, como lo sostienen Alexy¹⁵ y Dworkin¹⁶, de alguna manera el positivismo jurídico está equivocado porque el naturalismo jurídico esta en lo correcto, y afirmar más bien que *el positivismo jurídico está equivocado porque el naturalismo también lo está*¹⁷.

La contienda, usando la imagen de García Figueroa, entre positivismo y naturalismo, como los finalistas de la copa mundial del derecho, es decir de la contienda entre todas las posibles teorías del derecho, se da, fuera de aspectos específicos, en un marco de discusión sobre el dualismo derecho-moral y, dentro de este marco trabajaremos para sostener precisamente un

¹⁴ Mamor A. *Teoría Analítica del derecho e interpretación constitucional*. Ara Editores. Lima. Perú. 2011. PP. 51.

¹⁵ Alexy R. *El concepto y la validez del derecho en Una concepción teorica-discursiva de la razón práctica*. Trad. De J. M. Seña. Gedisa. Barcelona. España. 1994 PP. 131-157.

¹⁶ Dworkin R. M. *Los derechos en serio*. trad. De M. Gustavino. Ariel. Barcelona. España. 2002-

¹⁷ García Figueroa A. *Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser critica, pero parece neoconstitucionalista*, Cit. PP. 274

sistema que sin ser naturalista, no es positivista y sí derecho y moral tienen o no algún tipo de vinculación; sí esta es necesaria y de serlo de que moral se trata.

Para efectos didácticos de formación de lo que denominamos como paradigma o dialéctica IP, postularemos este paradigma sobre la base de las tesis compartidas y discutidas tanto por el positivismo como por el derecho natural (o mejor denominado derecho ideal), y esbozado por García Figueroa¹⁸:

Existen dos tesis que pueden formar el paradigma, sobre las cuales, la adhesión o rechazo, conforman, o bien un sistema positivo o bien un sistema de derecho natural, la primera es una tesis ética analítica o metaética (cognoscitiva en materia moral) y la segunda una tesis de la teoría del derecho (afirmativa de vinculación con el derecho positivo):

T1: Existe un orden moral objetivo (que en general se identifica con el derecho natural) que sirve de criterio de evaluación moral de las normas.

T2: Existe una relación conceptual necesaria entre derecho positivo y un orden moral objetivo, cuya negación (-T2) es la tesis central del positivismo jurídico

Estas tesis tienen, de hecho, relevancia para cualquier teoría del derecho, podrían convenir en las siguientes combinaciones de modelos analíticos:

M1: T1 & T2

M2: -T1 & -T2

M3: T1 & -T2

M4: -T1 & T2

¹⁸ García Figueroa A, *Criaturas de la moralidad*. Ob. Cit., Pp 208-251.

Sin entrar en detalle diremos que existen modelos puros: M1 que acepta la existencia de un orden moral objetivo y que existe una relación conceptual necesaria entre éste y el derecho positivo (Naturalismo ontológico) y, M2 que niega la existencia de un orden moral objetivo de evaluación y en consecuencia una relación conceptual con el derecho positivo (positivismo no cognocitiva o normativo, que puede deformar en un formalismo). Respecto a M3 la situación es distinta, existen dos modelos que dependen de la fortaleza con la que se sostenga su tesis central, llamados modelos de transición, por un lado un naturalismo deontológico y por otro un positivismo cognocitista, ambos mantienen la relación T1 & - T2. En estos modelos, positivismo y naturalismo, aceptan las tesis centrales y niegan las tesis no centrales de sus modelos puros correspondientes. Es decir M3 (positivista de transición) niega la tesis de relación niega la tesis central de la vinculación entre moral y derecho (-T2), pero acepta la existencia de un orden moral, renunciando al escepticismo ético del positivismo tradicional (renuncia a -T1), mientras que M3 (naturalista de transición) sostiene la tesis central que comparte con el modelo puro (T2) y renuncia a la tesis no central de vinculación o relación conceptual para optimizar su argumento reforzando su tesis central concediéndole a su contrario la tesis no central, es decir, renuncia a la vinculación sosteniendo que el derecho positivo no tiene porqué vincularse, tiene que ser el semejante y reflejo del orden moral ideal. Se podrían expresar de esta forma: M3: T1 & - T2 y M3': T1 & - T2.

La pregunta obvia resulta ser, ¿y dónde queda M4?; a primera vista resulta incomprensible o absurdo que plantee una vinculación entre derecho y moral negando o siendo escépticos frente al propio planteamiento moral. La respuesta la da el profesor español Alfonso García Figuerola, quien sostiene que *a pesar de su aire paradójico*, M4 representaría, adecuadamente matizado, un modelo de actual vigencia. Su respuesta es que M4 más bien se trata de una relativización severa de T1 a partir de los planteamientos constructivistas. Es decir que hablamos de una moral indeterminada y no objetiva-terminada, que

se establece a partir del resultado del procedimiento constructivo y que se vincula al derecho positivo a través de los vínculos sustanciales que se forman en el resultado del procedimiento constructivo, como el ejemplo vimos de la posición originaria de Rawls y la justicia procedimental pura. Proponemos un modelo menos esencialista y más pragmatista, menos general y más particular, pues la construcción ética se debe hacer en base de las razones más relevantes de un caso específico, de tal manera que la representación procedimental discursiva puede determinarse en orden a la polaridad total de éstas razones y no –como ha sido hasta ahora- en la consideración de las normas como razones universales invariables

Como se aprecia este modelo propone razones particulares pro-tanto¹⁹ desplazables en una teoría menos objetualista²⁰ y más interpretativa (como lo propondría Dworkin, un derecho como integridad o Atienza, un derecho como argumentación.); una legitimidad que encuentra su condición de eficacia en una mayor actividad argumentativa; paradójicamente, menos sistemática y más problemática; por canales de justicia procedimental y mecanismos de control del procedimiento discursivo.

Esta relación cognoscitiva-conceptual de M4, articulada por un constructivismo ético, es sistematizada por y a través del neoconstitucionalismo, como un modelo de filosofía del derecho aplicada; que procura un vinculación necesaria (negando la tesis central de positivismo) con una procura de moral construida en el procedimiento (negando la tesis cognoscitiva del naturalismo; denominando así, a un verdadero (neo) constitucionalismo como un modelo de disolución o antipositivista externo y no solo de relativización de las tesis del paradigma IP (denominados antipositivistas internos). Recordemos lo que decía García Figueroa: [...]el antipositivismo

¹⁹ Las razones pro-tanto, son factores que influyen para que una decisión sea o no tomada pero que, a diferencia de las razones invariable o definitivas, se caracterizan por su variabilidad.

²⁰ Una teoría objetualista es aquella que observa al derecho como una sistema dado y no como una construcción; lo analiza desde la perspectiva de objeto y a partir de ahí se agota en describirlo.

*interno dice: el positivismo jurídico está equivocado porque el iusnaturalismo tiene razón, mientras que el antipositivismo externo afirma: el positivismo jurídico está equivocado en la medida en que lo está el iusnaturalismo*²¹. Abandonar el paradigma IP supone salir del club de la teoría del Derecho tal y como se ha desarrollado históricamente.²²

Se puede ver que el constructivismo acerca la moral al derecho y por eso veamos un poco acerca de esta relación. Para Theodor Geiger, la moral y el derecho tienen un origen común, en algún momento de la vida social y humana formaron un solo sistema, un sistema que se creó a partir de la costumbre primitiva de los seres humanos *la costumbre contuvo in complexu el núcleo de ambos, la moral y el derecho*²³, continua Geiger recordando que posteriormente esa génesis común se fragmentó o –en sus palabras- se polarizó. En el evento histórico en que esta costumbre se fue volviendo parte indeterminable e inseparable del espíritu, ella se espiritualizó denominándose moral; un orden interno. Y, cuando la costumbre fue tomada como regla común de conducta por un orden político organizado, está se institucionalizó –rasgo esencial para el concepto positivo del derecho; pues es condición de validez-, se volvió un orden externo al ser humano; el derecho; lo que concluye al derecho como un fenómeno político y no moral, pero no diferente de un primer fenómeno social del sistema de sistemas. En el Protágoras, Platón cuenta que un día Zeus envió a la tierra a Hermes para que repartiera entre los hombres los fundamentos esenciales de la civilización: *aidós* y *diké*. *Dales de mi parte una ley: que a quien no sea capaz de participar de aidós y diké lo*

²¹ García Figueroa A. Criaturas de la Moralidad. Ob. Cit, PP. 217

²² Sobre esto Pedro Serna sostiene un planteamiento similar, haciendo incapié en el importante papel que juega históricamente la filosofía del derecho; la decadencia del positivismo jurídico y el concomitante desplazamiento desde la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación. Serna P. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa. México. 2006. PP. 13-46.

²³ Geiger Th. *Moral y derecho*. Polémica con Uppsala. Trad. Garzón Valdés (comp), Derecho y Filosofía. Alfa. Barcelona. España. 1985. PP 43-57

*expulsen como a una enfermedad de la ciudad.*²⁴ Enseña Savater que Aidós era el sentido moral, el respeto. Mientras que diké era el recto sentido de justicia; entonces la espiritualización, como cree Geiger correspondía, según Platón, al área de la ética, a Aidós, comprendida como la disposición del sujeto libre de reconocer la humanidad de los otros y la consigna de no tratarlos como instrumentos; diké pertenecía al área del derecho, comprendida como la institucionalización formal de lo que corresponde a cada uno y las garantías que aseguran su protección.

Entre la espada y la pared: un positivismo en crisis y el rescate de una teoría (neo) constitucionalizada.

El hecho del pluralismo racional presenta una nueva estructura en los pactos sociales, la participación democrática diferenciada significa que las partes implicadas introducen en ellos los principios que se corresponden con sus ideales de justicia²⁵. Aquí encontramos una pista sobre la importancia del discurso moral en las sociedades contemporáneas constitucionalizadas, implícita en esas criaturas de la moralidad que son los derechos fundamentales, porque son ellos las expresiones diversas que requieren una axiología aplicada y dinámica (un sistema estático de moral dinámica), pero al mismo tiempo flexible, justificada, con un discurso de la razón práctica empleado por los operadores jurídicos.

¿Qué es una concepción neoconstitucionalista, o que es el neoconstitucionalismo?, antes de dar una respuesta a esta interrogante,

²⁴ Savater F. Platón, *los diálogos que iniciaron todo* en La aventura de pensar. Debolsillo. Madrid. España. 2000. PP. 14-289

²⁵ Gustavo Zagrebelsky en su obra *el derecho dúctil*, en clave constitucional, hace la misma referencia que hemos venido tratando sobre una vinculación entre una conclusión de procedimiento discursivo moral y sistema jurídico positivo, "De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho. Esta operación es un elemento tan relevante para las concepciones jurídicas que constituye incluso la condición del éxito de la propia obra constituyente como obra de todos y no como imposición unilateral de una parte sobre otra." Zagrebelsky G. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid España. Novena edición 2009. PP. 97.

brevemente y siguiendo el ejemplo del ser de Martín Heidegger en el *Ser y el Tiempo*, debemos primero formular correctamente esa pregunta y luego buscar su respuesta, caso contrario respuesta ambiguas no nos dirían nada. Por eso debemos primero inferir que deseamos de esa pregunta: saber cuáles son las características de este sistema, de este ordenamiento, de este nuevo paradigma; cual es la propiedad esencial que lo hace ser tal y lo diferencia, para tener la aptitud de diluir el paradigma IP. Entonces la pregunta debería ser ¿Cuáles son las características específicas o propiedades esenciales que configuran un paradigma neoconstitucionalista?

La respuesta compondrá un nuevo modelo (M4) del cual podremos dilucidar su razón práctica, de la que me adelanto a decir, su base metodológica, es un cuestionamiento deconstructivo-reconstructivo sobre la polaridad de las razones que justifican una acción de manera procedimental, cuyo resultado siempre será variable y controlado por la actividad argumentativa.

Varios hechos han marcado la crisis del positivismo jurídico del siglo XX, al parecer le llego su hora fatal. Hablar de crisis conceptuales puede llevarnos a ejercicio del pensamiento sin salida y sin frutos, pero la historia y la sociología nos pueden dar una respuesta diferente, una respuesta más real. Boaventura de Sousa Santos²⁶, sostiene que esta crisis se ha venido dando, en gran parte, por los procesos de transición democrática que han sufrido los estados. El profesor portugués precisa entre algunas de las causas de crisis que en las últimas tres décadas las siguientes:

Los jueces, de manera muy lenta y fragmentaria, han ido asumiendo las políticas de actuación benefactora de los Estados; la distancia que se marca entre Constitución y su propuesta axiológica y derecho ordinario es enorme y,

²⁶ De Sousa Santos B. Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas en *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Tomo I. Ediciones Uniandes. Bogotá. Colombia. 2001. 96-112.

los jueces, en general muestran un posición muy tímida y tibia al intentar, en el mejor de los casos, acortarla de forma que el derecho se aproxime al proyecto plural y colectivo que proponen las nuevas constituciones; a lo que se suma un “conservadurismo”, por usar la expresión del autor, de los jueces criado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas y despreocupadas de la axiología y procedimientos de justicia, dominadas por concepciones retrogradadas de la relación entre derecho y sociedad; un desempeño rutinario y enfocado únicamente un tipo de *justicia retributiva*; Estados políticamente hostiles a la justicia distributiva y, sobre todo, poco preparados para ella; una cultura jurídica cínica que no se toma en serio los derechos, que, dice Boaventura, ha sido *forjada en largos periodos de convivencia o complicidad con graves violaciones de derechos consagradas constitucionalmente, con la tendencia de ver en ellos simples declaraciones programáticas más o menos utópicas*²⁷; el descuido de la organización judicial, que ha significado funciones judiciales deficientes, carente de recursos humanos, técnicos y materiales; poderes judiciales secuestrados por poderes ejecutivos hostiles a la garantía de los derechos; movimientos sociales fuertemente organizados; y, un derecho ordinario, en especial, procesal, hostil y anticuado.

A los motivos expuestos por el catedrático de la Universidad de Coimbra, se podrían sumar dos, el primero debido a la deficiente comprensión de los jueces del manejo de las condiciones de validez de las normas y el uso de una lógica exclusivamente deductiva sin actividad argumentativa, lo que ha degenerado en un formalismo casi sin salida de toda una generación de abogados y juristas. Y, por otro lado, una cultura jurídica arraigada a un fetichismo y una idolatría hacia el órgano y proceso de creación de la Ley, que ha retirado del pensamiento jurídico su capacidad crítica externa como interna, al considerarlo como la única arena de contienda democrática y producción jurídica.

²⁷ De Sousa Santos B. Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas en *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. 2001. Ob. Cit. PP. 109.

La lucha histórica de los movimientos sociales por el reconocimiento jurídico y político de sus derechos, desde trabajadores a mujeres, de mujeres a movimientos indígenas, por los niños, adolescentes y los LGTB, la tragedia de la segunda posguerra y la aparición de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, significaron un sacudón, al desarrollo jurídico, político y filosófico de los aspectos del derecho y la democracia. En la teoría del derecho la crisis, como se lo ha relatado, del positivismo jurídico del siglo XX fue insostenible, y frente a esta se erigieron dos argumentos centrales: por un lado el de la injusticia, que cuestionó la extrema injusticia de las normas positivas que desplegó una eficacia reductora del ordenamiento jurídico al decirnos que normas no son jurídicas a pesar de ser positivas, con un marcado *utopismo*.

El segundo argumento, el de los principios, -soporte habilitador del desarrollo neoconstitucional- sostiene que existen principios en el derecho, reconocidos por las Constituciones y que, como tales, son también, normas positivas pero con una distinta estructura. Autores como Robert Alexy y Ronald Dworkin participan de esta tesis y la han usado como inclinación central de sus teorías, este último, profesor norteamericano, en un extenso análisis sobre la existencia de principios jurídicos concluye en que estos a pesar de no ser aplicados, no dejan de existir, sino que juristas y jueces únicamente los consideran en la resolución de los *hard cases* (los casos difíciles) pues, por su estructura amplia *prima facie*, son los únicos que pueden superar los problemas de la indeterminación en el agujón semántico que infesta las reglas; en una suerte de discrecionalidad judicial que encuentra sus límites en los propios principios; de ahí su planteamiento del derecho como integridad.

Para Dworkin²⁸ los principios jurídicos ocupan un lugar muy especial entre los sistemas normativos, pues no son principios morales como el principio del respeto o las prácticas de cortesía, cuya sanción ante el incumplimiento es una condena de fuero interior o un reproche social; pero tampoco son reglas, pues

²⁸ Dworkin R. M. *Los derechos en serio*. Ob. Cit. Análisis de Caps. 2 y 3.

un principio no es una razón definitiva que se cumple o no, según la producción de su supuesto de hecho, lo que el autor llama “el todo o nada” de las reglas, es por esto que el autor los ubica, con especiales características, entre los principios morales y las reglas jurídicas, compartiendo con los principios morales su característica axiológica de bondad, abstracción y juicio de valor y con las reglas la consecuencia de un deber jurídico, de poder ser exigidos ante un órgano jurisdiccional y ser compelida una conducta a través de una sanción y el uso de la fuerza.

Así, el argumento de los principios no tiene una eficacia reductiva sino más bien *expansiva* sobre el ordenamiento jurídico al decirnos qué normas son jurídicas aparte de las reglas positivas. Este es un argumento que se presenta en un clima de normalidad democrática y que, a decir de García Figueroa, [...] *indica un horizonte ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el derecho*.²⁹ Tal argumento ha requerido de un marco conceptual y teórico nuevo que los desarrolle y brinde la amplitud suficiente para su despliegue y esta recepción la ha hecho el *neoconstitucionalismo*, a través de la consideración de los derechos fundamentales como principios y vínculos sustanciales que actúan también como límites al poder y son, a través del constitucionalismo, no sólo “[...] *una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de nuestro siglo [...] un programa para el futuro*”³⁰.

Hablamos de crisis, luchas y argumentos de principios. Hemos dicho que el marco conceptual, en la teoría del derecho, para la recepción de este argumento de los principios es el neoconstitucionalismo, ahora vale la pena volver a la pregunta ¿Cuáles son las características propias y específicas, así

²⁹ El profesor español subraya el clima de normalidad democrática, lo cual resalta que, el argumento de los principios responde a un carácter conceptual de categoría jurídica inserta en las constituciones y no a una valoración circunstancial de un momento histórico en que, el criterio de injusticia, es una apreciación general social. García Figueroa A. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* en El canon neoconstitucional. Carbonell M y García Jaramillo L. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010. PP. 185-207.

³⁰ Ferrajoli L. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2008. PP. 35.

como la estructura del neoconstitucionalismo de corte *antipositivista* externo?. Neoconstitucionalismo es una denominación hecha por Susana Pozzolo en el año 1997, para referirse genéricamente al derecho o al paradigma jurídico del derecho en los Estados constitucionales; lo cual nos refiere, para entender claramente este concepto, al derecho en los Estados constitucionalizados, a su estructura y el contenido y papel de los derechos fundamentales en las constituciones modernas de sociedad marcados por el hecho del pluralismo, que han inducido a ésta nueva concepción del derecho.

De manera sintética hemos hablado de sociedades crecientemente marcadas por el hecho del pluralismo y que la filosofía moral ha desarrollado teorías constructivas que pueden abarcar y habilitar las expresiones de este pluralismo; de que los derechos fundamentales son criaturas morales que han sido reconocidas en constituciones con el carácter de normas positivas, lo cual se traduce en un derecho constitucionalizado que reproduce el pluralismo al que nos hemos venido refiriendo.

Parece ser que nos queda un cabo suelto: ¿Qué significa hablar de constitucionalización?. Entenderemos por constitucionalización al resultado de un proceso de transformación causado por la Constitución a través del contenido de los derechos fundamentales y su papel de vínculos sustanciales; es decir, el denominador común de existencia de una constitución con ciertas características específicas. Esta transformación se refiere a muchos planos distintos en el derecho pero vinculados entre sí, autores como Riccardo Guastini (en su obra *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*) hablan de un Estado constitucionalizado o Estado constitucional; de culturas jurídicas constitucionalizadas que asumen la ideología de un estado constitucionalizado; o de una teoría del derecho constitucionalizada, que tiene como fin y objeto una reconstrucción teórica del derecho, esta última la que ocupa a este trabajo, pues el neoconstitucionalismo es, ante todo, un sentido de teoría del derecho constitucionalizada.

De una manera sumamente amplia podemos dar un primera definición de neoconstitucionalismo como una teoría del derecho cuyo objeto predilecto de estudio son los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, y que, a su vez, por la influencia de la clausula constitucional, es por sí mismo un paradigma, el paradigma del constitucionalismo³¹, el paradigma del Estado constitucional de derecho³².

Bajo esta concepción amplia de la teoría del derecho, del Estado y la democracia, el neoconstitucionalismo utiliza aspectos metodológicos, descriptivos y prescriptivos para de alguna manera reconstruir el derecho de los Estados constitucionales modernos y brindar un diagnostico, sea por un verdadero ideario disolutivo o por un ideario garantista como el del positivista crítico Ferrajoli. Este nuevo ideario, y hablamos del modelo de disolución, ha provocado una consecuencia impensada pero fundamental en la teoría del derecho, ha cuestionamiento del positivismo jurídico del siglo XX (hegemónica durante los últimos doscientos años) desde sus mismas bases conceptuales con la idea central de que el derecho ha cambiado y que esto exige una nueva y diferente teoría y otra respuesta a la gran batería de preguntas sobre el concepto del derecho.

Este modelo de disolución neoconstitucional ha tenido una consecuencia muy particular: un desplazamiento en las fuentes del derecho de la centralidad de la Ley como reflejo del protagonismo del parlamento para dar y casar la Ley hacia la Constitución como reflejo del hecho del pluralismo (del poder constituyente y muy especialmente de los Tribunales y Cortes Constituciones), situándola en el centro del sistema jurídico, abriendo causes por normas jurídicas de estructura principal (los derechos fundamentales) en relaciones de preferencia, jerarquías móviles y derrotables por la metodología de la ponderación, provistas de una fuerte carga

³¹ Atienza M. *El sentido del derecho*. Ariel. Barcelona. España. 2001. PP. 309-210.

³² Ferrajoli L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2006. PP. 22

axiológica y pertenecientes a la esfera del lo bueno, cuya esfera de validez no se discute y que, a su vez, irradian sus contenidos, hacia todo el ordenamiento jurídico (efecto denominado por Alexy como de irradiación o impregnación).

Conexo a este aspecto, el papel de los jueces cambia, los releva de su rol pasivo de destinatarios y aplicadores de normas jurídicas incondicionales de universos binarios a una nueva forma argumentativa y de evaluación de la variabilidad de las razones en los casos concretos (constitucionalización también conlleva particularismo argumentado y controlado), se revela en una vocación e imagen más profunda y práctica del derecho. No un conjunto de normas que proponen ordenes respaldadas por sanciones, sino un sistema de elementos más valorativos que autoritarios, que se refleje como un concierto de prácticas sociales que brindan argumentos y razones en la toma de una decisión.

Para que hablar de neoconstitucionalismo, como estudio de los ordenamientos constitucionalizados, se tienen que reunir ciertas condiciones, unas esenciales y otras indicativas de grado de constitucionalización (matices de los que prescindiremos y volverán a ser tratados en otra oportunidad). El estudio hecho por el profesor Riccardo Guastini, positivista de la Escuela de Génova, es lo suficientemente claro y estudio pormenorizado para clarificar cuales son estas condiciones de las condiciones de constitucionalización³³.

1) Una constitución rígida: el ordenamiento jurídico está gobernado y encabezado por una Constitución resistente a las mayorías parlamentarias y la legislación ordinaria; con procedimientos especialísimos y difíciles de reforma. Mecanismo denominado contramayoritario.

³³ El profesor italiano reconoce dos elementos esenciales: la Constitución rígida y la garantía de la constitución. La interacción de los otros elementos mide el grado de constitucionalización. Al respecto Guastini R. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003. 49-73.

2) Una garantía de la Constitución y los derechos: la constitucionalización supone tanto un juez como un mecanismo procedimental de control de constitucionalidad de normas; que sería apoyado también por los mecanismos particulares de restablecimiento de derechos vulnerados, a través de jurisdicciones de control; cuyo papel, en el caso de la Corte Constitucional, no es el de ser un *legislador pasivo* y expulsar normas del ordenamiento, más bien, por el efecto de irradiación e intromisión, actuar como creador de derecho y manipulador del sistema jurídico para adecuarlo y volverlo conforme a la Constitución.

3) La fuerza vinculante de la constitución: este rasgo, a decir de Guastini, es un rasgo que viene desde la cultura jurídica de los Estados constitucionales, desde la ideología misma de los juristas, en respuesta a que, cuando el ordenamiento jurídico está constitucionalizado los juristas consideran a la Constitución como una verdadera norma jurídica y no una simple declaración programática. La visión positivista de Guastini se hace presente en este elemento con mucha fuerza; para nosotros, la relación constructivista en la carga axiológica de los derechos y su estructura de principios³⁴ exigibles y positivizados, produce la fuerza vinculante, la que no viene directa e inmediatamente de la Constitución, sino per se, de los derechos fundamentales que, como anota Alexy, despliegan fuerza en el ordenamiento jurídico y que por la estructura de principios tienen cuatro extremos, un máximo rango, una máxima fuerza jurídica, son de máxima

³⁴ El profesor alemán de la Universidad de Kiel, Rober Alexy, uno de más influyentes filósofos del derecho alemán moderno, adherido a una corriente constructivista ética, da una definición precisa de lo que es un principio, para efectos de la estructura adaptativa que en su teoría presentan los derechos fundamentales "*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*" Alexy R. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. CEPC. Madrid España. 2da edición 2008 PP. 67

importancia y de máxima indeterminación³⁵(as pecto, precisamente, concretable desde el procedimiento discursivo).

4) La sobreinterpretación de la Constitución: la aplicación de consecuencias jurídicas por analogía argumentativa en casos *a simili* desarrollada en el procedimiento constructivo y la invocación de principios constitucionales en las relaciones jurídicas, intensifican la presencia de la constitución hasta volverla omnicomprensiva en la vida del derecho, pudiendo, toda controversia, hallar una respuesta en el sistema constitucionalizado gracias a la posibilidad que brinda la indeterminación de los derechos por la sobreinterpretación de la constitución.

5) La aplicación directa de la constitución: también llamada eficacia sobre terceros o eficacia horizontal o inmediata de los derechos fundamentales en el Derecho privado; lo cual significa una extensión de la eficacia de los principios hacia las relaciones privadas.

6) La interpretación conforme a la Constitución: Una costumbre jurídica de la jurisdicción positivista es la estimación o desestimación del problema, o se acepta o no, o se dispone el pago o no, o la demanda tiene lugar o no. Lo propio venía sucediendo con la justicia constitucional; o una norma era constitucional o inconstitucional, lo cual dejaba un papel muy reducido al control constitucional en una suerte de legislador negativo. La influencia de la Constitución en este aspecto a requerido mayor importancia del papel del juez y mayor actividad judicial (lo que no significa activismo), pues el efecto de vinculación junto con la sobreinterpretación en los estados constitucionales, pone una posibilidad intermedia en el control de

³⁵ Alexy R. *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003. 31-47.

constitucionalidad de que juez guardián de la constitución interactúe con el ordenamiento jurídico, manipulándolo, con la generación de procedimientos argumentales y llenando vacíos, resolviendo antinomias, interpretando el ordenamiento, de tal manera que determine como debe entenderse una norma secundaria a la luz de los principios y la Constitución, esto, junto con el empleo de sentencias interpretativas, aditivas, exhortativas, de efectos *ex nunc* o *ex tunc*, fundadoras líneas o marcadoras hitos, en definitiva, ha dada un nuevo rol al juez de creador de derecho.

7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: dice Ferrajoli [...] *los derechos fundamentales sancionados en las constituciones [...] operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación [...] Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él.*³⁶. La fuerte impronta moral de los principios constitucionales junto en una impronta política intervienen en la argumentación política para regir las relaciones entre los poderes del estado y las relaciones de poder en general, permitiendo a los órganos jurisdiccionales de control constitucional (tribunales o cortes constitucionales) examinar esa argumentación política que está en la base de las normas jurídicas, rompiendo de la unidad del razonamiento práctico y dando paso para la transformación de la argumentación jurídica, a su vez, en argumentación política o moral.

Es la confluencia de todos estos elementos la que determina la constitucionalización del derecho y por tanto una estructura sistemática para descubrir un verdadero paradigma neoconstitucional. Sin embargo, y lo

³⁶ Ferrajoli L. *Derechos fundamentales en El fundamento de los derechos fundamentales*. De Cabo A. y Pisarello G. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2001. PP. 37

trataremos a fondo en capítulos siguientes, existe un elemento que no ha sido considerado y pensamos en la clave para que se presente, libre de ataduras, un modelos de disolución (-T1 & T2), pues vemos que en todos estos elementos existe una característica común, y es la influencia de la carga axiológica de los derechos fundamentales y la actividad argumentativa, restando como elemento para la constitucionalización la *derrotabilidad como propiedad disposicional de las normas jurídicas*, que es la consecuencia lógica del procedimiento constructivista.

El (neo) constitucionalismo y la razón práctica

Queda claro que existe una continuidad entre sociedad plural, la axiología pluralista, el constructivismo discursivo y la deontología principialista flexible de las constituciones. Si vivimos en sociedades cambiantes y plurales no es natural regirse por sistemas formales, rígidos y monolíticos sino diversos y flexibles. Hasta el momento hemos esbozado a breves rasgos dos conceptos: el constructivismo ético como el pensamiento idóneo para reflejar la estructura de principios y el neoconstitucionalismo como teoría del derecho, con sus especiales características; en otras palabras, la moral y el derecho. Estos conceptos, el uno de la filosofía moral y el otro de la ciencia jurídica, crean la relación necesaria para el modelo de disolución del paradigma IP. Por un lado el constructivismo acerca la moral al derecho y, por otro, el neoconstitucionalismo acerca el derecho a la moral, formando una continuidad que supera el dualismo dominante de separación entre sistema jurídico y pretensión de corrección moral. Volviendo a los planteamientos de Geiger, nos referimos a que aquella polarización de la moral a lo espiritual y el derecho a lo institucional se relativiza y muestra señales de que alguna vez estuvieron juntos y que, sin duda, no solo existe una relación, sino que derecho y moral forman una imbricación, que más allá de ser discutida es una apuesta por una nueva intención o acaso ¿la obediencia de un norma creado por el legislador no es una cuestión de mera confianza a fin de cuentas?.

La vinculación necesaria entre sistema positivo y un constructivismo ético bajo el modelo (-T1 & T2), lleva como consecuencia que todas las normas de un ordenamiento jurídico se vinculen a un procedimiento racional de construcción por medio de la ética del discursivo y no de manera monológica, como ha sido el uso común, en la que consecuentemente los juicios morales y jurídicos dependen en alguna medida de las imprevisiones de los participantes, las particularidades del mundo su sistemas de convicciones, y por lo tanto, una construcción de justicia procedimental pura, que pueda o bien aplicar una norma o bien derrotarla, por ello, la importancia de la derrotabilidad como una propiedad disposicional de todas las normas; tanto reglas jurídicas.

Para la perspectiva constructivista el derecho depende de la argumentación jurídica y de controles argumentativos, es decir, de un tipo de argumentación procedimental cuya conclusión afectará a un sistema jurídico positivo que se vincula directamente a éste resultado y que, además, se ve limitado por él. Los principios constitucionales adhieren el ingrediente faltante a las normas jurídicas del ordenamiento positivo, un ingrediente de cuestionamiento, de inestabilidad necesario, que imperdonable por la seguridad jurídica, pretende la justicia.

El reflejo práctico del discurso constructivista de un derecho como argumentación, de una teoría neoconstitucionalizada, es la derrotabilidad, es la habilitación hacia la razón práctica del discurso justificatorio en una posibilidad de que el derecho plantee alternativas diferentes a la ley formalmente válida y vigente de configuración autoritativa, pues, lo naturalmente imprevisible de las relaciones sociales obliga a superar el arquetipo común de normas jurídicas como razones invariables e incondicionales para la acción, por razones variables (pro tanto) que dependen de la polaridad de las circunstancias del caso concreto, para que el problema tiene que ser primero sea visto desde la realidad, desde la praxis, y evaluar así una solución justa. Cuando un conflicto no encuentra solución en el universo binario de las normas, no significa que por eso el derecho falla,

significa que no se encuentra *ex ante* contemplada por el ordenamiento, y sin embargo el problema debe ser resuelto con una norma jurídica derrotada y una regulación específica condicional al hecho concreto.

Nos llevamos de aquí que la razón práctica, la razón para la acción de los operadores debe, necesariamente, ser una razón variable a la polaridad de las circunstancias en juego y que condiciona la aplicación o no de la norma, para dejar atrás la alternativa única de aplicación frívola y formal de la norma, por la pretensión de justicia, en las posibilidad que brinda la derrotabilidad. No es de temer la inestabilidad que insertan las cargas axiológicas de los derechos en las normas, el miedo a la inestabilidad es natural, pero siempre de la duda nacerá la mejor respuesta. El neoconstitucionalismo es una filosofía del derecho aplicada, desarrollado por filósofos con convicción de constitucionalista y llevada a la práctica por constitucionalistas con convicción de filósofos³⁷.

Continuemos y descendamos ahora este trabajo a la forma en que estas concepciones teóricas pueden plasmarse en la aplicación real del derecho.

³⁷ Sin embargo, en este punto, García Figueroa nos advierte dos problemas inmediatos: *“primero que se trata de un grupo de autores y teorías extremadamente heterogéneas y, segundo, que se trata de un movimiento en formación. Ambos rasgos permiten pensar que nos hallamos ante una cierta tendencia en el panorama teórico, una dirección cuya consolidación exige una reconstrucción que confiera unidad y consistencia a sus tesis.”* García Figueroa A. *Criaturas de la Moralidad*. Ob. Cit, PP. 65.

CAPÍTULO II: DICOTOMÍA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

“Lo que más espanta es la certeza...”

Enrique Dussel, Filosofía de la liberación

Aproximación

Hemos dado cuenta de la importancia que han adquirido los principios en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados y el papel que juegan en una razón práctica de corte antipositivista como la de Alexy, Dworkin o Nino, en lo que hemos sostenido, es la versión del neoconstitucionalismo que se halla en disposición de explicar adecuadamente el discurso involucrado en la aplicación de los derechos fundamentales de estructura de principio para los estados constitucionales.

El argumento de los principios considerada que ellos también son normas jurídicas y no solo órdenes superiores de un sistema morales. Lo propio de una sociedad plural y de una axiología flexible, produce distintas consecuencias: la principal y que nos ocupará en este capítulo trata de la dicotomía que se forma entre reglas/principios. La consideración de los principios como normas jurídicas positivas pone de manifiesta que se trata de reformulaciones de posiciones axiológicas, según expresa Alexy, es claro que los principios (derechos fundamentales) y los valores morales están estrechamente vinculados entre sí, en un doble sentido:

[...]por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede hablarse también de una colisión de valores y una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores[...]. Por ello, los enunciados... sobre los valores pueden reformularse en enunciados

*sobre los principios y los enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores, sin pérdida de contenido*³⁸.

Entonces la estructura de principios difiere de la estructura de las reglas y lo mismo sucedería con su forma de expresión, manejo lingüístico, determinación, metodología de aplicación, tipo de razones que constituyen y exigencia de actividad del operador.

Pero aclaremos que la distinción entre reglas y principios tampoco es algo nuevo y sin embargo sigue generando un sinfín de polémicas y confusiones, pues existe una variedad desconcertante de criterios de distinción, lo que siempre le dio la vista de una terminología vacilante. Esta confusión ha convocado a juristas para comúnmente no debatir entre reglas y principios *sino entre normas y principios*³⁹, pero en este trabajo reglas y principios serán agrupados dentro de un mismo concepto, a cuya luz serán tratados en los capítulos correspondientes a cada una de las formulaciones normativas propuestas: el concepto de norma jurídica. Tanto reglas como principios son normas jurídica, porque tiene el rasgo común de establecer lo que es debido y ser formuladas a través de expresiones deónticas básicas como el mandato, el permiso o la prohibición, son entonces, las dos, razones⁴⁰

³⁸ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC. Madrid. España. 2da edición 2008. PP. 117-118

³⁹ El profesor alemán, Robert Alexy, es quien precisa con gran claridad en este particular y señala tres criterios tradicionales propuestos para la distinción entre reglas y principios: el de generalidad, el de posibilidad de determinar los casos en que debe aplicarse uno u otro tipo de normas, la forma de su génesis, la explicitud del contenido valorativo, la referencia a la idea de derecho o de un derecho supremo, la importancia para el ordenamiento jurídico y además si los principios son fundamentos de las reglas o reglas en sí mismos, o de si se trata de normas de argumentación o de comportamiento. Alexy Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 65-66.

⁴⁰ *Una razón para la acción es un factor relevante a favor o en contra de llevar a cabo una determinada acción. Esta dimensión de fuerza o relevancia es unánimemente admitida como el aspecto central del concepto de razón. Llamar a algo "un razón para actuar" y luego no conferirle importancia alguna en el razonamiento práctico en el que se toma una decisión acerca de qué se debe hacer, significaría que no hablamos sinceramente, o que no usamos en serio la expresión "razón".* Redondo M. C.

para llevar a cabo juicios concretos de deber ser. La distinción o dicotomía entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.

Antes de descender en la forma en que las concepciones tratadas en el capítulo I se aplican al derecho a través del discurso que se ha propuesto, resulta indispensable plasmar los modelos más prácticos en que esta dicotomía puede ser conceptualmente entendida y reparar sobre sí esta distinción conceptual resiste el traslado hacia el plano de la aplicación. Continuemos con Robert Alexy, que sin duda es uno de los teóricos más influyentes en esta materia, para distinguir tres tesis sobre la bifurcación entre reglas y principios y que, cabe decir, es en torno de las cuales se han agrupado las diversas teorías sobre los principios⁴¹.

1) La tesis de la conformidad o escéptica: según esta primera tesis, todo intento de dividir las normas en dos clases, reglas y principios, es vano debido a la pluralidad que existe en la realidad y por lo tanto no existen diferencias de ningún tipo. Normalmente esta tesis se muestra escéptica en aceptar la existencia de estructuras principales, asimilándolas a la estructura de regla, dirigiendo la atención a los numerosos elementos comunes que se encuentran dentro de la clase de las normas.

2) La tesis débil de la separación o separación de grado: De acuerdo a los postulados conceptuales de esta tesis, existen diferencias entre reglas y principios pero ésta diferencia o distinción no es cualitativa sino solo de grado. A esta tesis se adhieren los autores que piensan que el grado de generalidad es el criterio decisivo de distinción junto con la inscripción de criterios normalmente tradicionales como:

Razones y normas en Interpretación y razonamiento jurídico. Volumen II. Ara Editores. Lima. Perú. 2010. PP. 169.

⁴¹ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP 67. También puede verse con un cierto grado de desarrollo y siguiendo las mismas tesis del profesor alemán, en García Figueroa A. *Criaturas de la moralidad*. Ob. Cit. PP. 137-138.

fundamentalidad, abstracción, generalidad, etc. Según este postulado los principios son más generales que las reglas, más vagos que las reglas, pero hay que estar atentos a que si rodeamos el ordenamiento jurídico podremos encontrar, así mismo, formulaciones del tipo regla que son igual de generales e igual de vagas o indeterminadas que los principios.⁴²

3) La tesis fuerte de la separación o cualitativa: Siguiendo la línea de Alexy, aparentemente esta es la tesis a la que él se adhiere, a tal punto que expresa: *Esta tesis es correcta*. Ella plantea que existen diferencias cualitativas entre reglas y principios, de tal manera que una norma, o bien es una regla o bien es un principio, con un carácter mutuamente excluyente y conjuntamente exhaustivo, se adhieren a esta tesis autores Dworkin, Atienza y Ruiz Manero. Sin embargo postulamos que no es lo más recomendable por la dificultad de su traslado al plano práctico desde el teórico y se entendería como una negación de la interacción constante que existe entre reglas y principios que fragmentaría el ordenamiento jurídico (produciendo la denominada *paradoja del principialista frustrado*)

Para adentrarnos en el análisis de la estructura, metodología de aplicación e interpretación, y la problemática de su confrontación, prescindiremos de cualquier clasificación y nos centraremos en cada uno de estos tipos de normas de forma independiente de sus relaciones.

Constructivismo más constitucionalismo como modelo de disolución significa una visión holista del derecho que impide separar reglas de principios, y no porque estas dos categorías pueden interactuar sino porque deben

⁴² Moreso J.J. *Conflictos entre principios constitucionales en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003. PP. 99-121, p. 112., lo mismo se puede analizar en Comanducci P. *Principios Jurídicos e indeterminación del derecho*. artículo publicado en revista DOXA. 21-II. Madrid. España. 1998. PP. 89-104.

interactuar siempre consideramos a la derrotabilidad como un elemento esencial de los ordenamientos constitucionalizados y sobre todo, como la representación de una concepción de propiedades disposicionales comunes en todas las normas asumiendo la concepción de Alexy del efecto de irradiación o impregnación de los principios sobre el ordenamiento jurídico, en la que toda norma *infraconstitucional*, sea cual fuere su rango y configuración, debe estar dispuesta o preparada para ser excepcionada singularmente por normas constitucionales. Y puesto que desconocemos en qué casos eso deberá ser así, entonces todas las normas comparten esa propiedad de inestabilidad para en el caso específico, y por la importancia de las razones variables del caso concreto, desplazarse.

Estructura de las formulaciones del tipo regla: ¿razones definitivas?

La importancia que han adquirido los principios en los ordenamientos constitucionales ha fragmentado la normatividad para dar cuenta de la existencia de normas que sin ser reglas, tampoco son principios morales; hablamos de los principios jurídicos. Comúnmente para la tradición positiva del siglo XX decir que alguien tiene una obligación o un deber jurídico significa que las circunstancias reales del caso de una persona, su conflicto, se incluye dentro de una norma jurídica válida que, cuando es aplicada (por presentarse tales circunstancias) se produce un nexo que permite a un órgano autorizado (los jueces) aplicar la sanción que apoya una orden de hacer algo o prohibir que algo se haga⁴³.

Hablamos de estándares normativos en los cuales tener un derecho o capacidad de exigir el cumplimiento de una norma significa, a su vez, la obligación de hacer o no hacer algo por parte de las demás personas que

⁴³ "(Decir que un hombre tiene un derecho jurídico, o que tiene algún tipo de poder jurídico, o un privilegio o inmunidad jurídica, es una forma taquigráfica de aseverar que otros tienen obligaciones jurídicas, reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de ciertas maneras que a él le afecten). En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica." Dworkin R. *Los derechos en serio*. Ob. Cit. PP. 66.

conviven en sociedad. Aquí se puede ver al derecho como un conjunto de órdenes claramente respaldado por sanciones.

Entonces, como lo sostendría Kelsen: *Con la palabra norma se alude a algo que deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera*⁴⁴. Este es el concepto más básico de norma en la teoría del derecho, sin que por eso, este concepto se limite a esta ciencia; en tanto expresiones que pueden formar parte del lenguaje ordinario, así como de la sociología, la filosofía moral, la lingüística, entre otras. Las normas jurídicas producen una conducta, establecen que una expectativa de comportamiento de lo que es debido, de una manera contra fácticamente estabilizada a diferencia de las normas axiológicas que establecen juicio de valor o de lo bueno y no juicio de obligación. La norma jurídica se concreta a través de empleo de enunciados deónticos que determinan cual es la forma en la que esa conducta se debe direccionar para llegar al punto de lo que es debido: ordenes, prohibiciones o permisiones⁴⁵, lo que se debe, lo que se puede y lo que no se debe; cuando esta expresión se completa, en el lenguaje expresivo, con un supuesto que compone la situación de hecho o circunstancia en la que la norma se produce, se conoce como enunciado normativo.

Las reglas son normas, se podría decir, de una apariencia precisa y que se componen de una circunstancia extraída de la contemplación de la realidad, en la que las conductas son guiadas por un juicio de obligación de tal manera que generen deberes jurídicos a favor de quien tiene derecho, son creaciones de autoridad a través de un proceso de producción que les confiere validez, por esto la discusión de las reglas es siempre una discusión sobre la validez para regular y controlar una conducta de manera general y obligatoria, en cuyo incumpliendo permite que se la exija mediante el uso

⁴⁴ Kelsen H. *Teoría pura del derecho*. Trad. Vernengo R. UNAM. México D.F. México. 1979. PP. 18.

⁴⁵ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 31-41

autorizado de la fuerza, como dadiva del poder en un sistema de soberanía representativa con un rol de legisladores, como poder exclusivo de creación del derecho.

Podemos ver así que las reglas se componen de tres elementos: un supuesto de hecho, un nexo causal o vínculo de imputación y una consecuencia jurídica. Una vez que en la realidad se cumplen las circunstancias preestablecidas *ex ante* en el supuesto de hecho, se produce el nexo causal entre premisa mayor (norma) y premisa menor (hecho), reacciona la consecuencia y la norma válidamente creada se aplica. Esto brinda a las normas su carácter de razones definitivas o invariables, pues si se cumple el supuesto la norma se aplica, si por el contrario el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción prevista en la misma regla o en otra que entra en conflicto, el juez excluye la aplicación; la normatividad de las reglas es una normatividad de "todo o nada"⁴⁶.

De esta manera se puede apreciar que las reglas tienen una estructura binaria y con una visión atomista, limitándose el juez subsumir el hecho en la norma jurídica correspondiente y de contenido. La estructura binaria de las reglas se refiere a que dividen el universo de casos en dos: un universo en el que el supuesto de hecho previsto se cumple y un universo en que el supuesto de hecho no se verifica o verificado, se produce una situación excepcional prevista en la misma regla o en otra regla del ordenamiento válido.

La pertenencia entre creación de la normas y condición de validez de ellas supone que un conflicto de reglas será al fin un conflicto de validez o excepción. De validez al momento en que dos reglas al entrar en conflicto y no existir una solución en que la regla no se aplique por existir o no ser verificable una excepción, o bien en la misma regla o bien en otra regla, supone la

⁴⁶ Bernal Pulido C. *Normatividad y argumentación jurídica* en Interpretación y razonamiento jurídico. Ara editores. Lima. Perú. 2010. PP. 295-305.

declaratoria de invalidez de una de ellas, pues el concepto de validez jurídica no es un concepto graduable, si una regla no es válida y aplicable al caso su consecuencia jurídica tampoco es válida, lo que resulta obvio al excluirse la posibilidad de que dos juicios concretos de deber ser sean válidos y contradictorios entre sí al mismo tiempo⁴⁷. Para encontrar esta invalidez, tenemos distintos criterios de solución de antinomias tales como "*lex posterior derogat legi priori*" (ley posterior deroga a la ley anterior; criterio de temporalidad), "*lex specialis derogat legi generali*" (ley especial deroga ley general; criterio de especialidad) y "*lex superior derogat legi inferiori*" (ley superior deroga ley inferior: criterio de jerarquía); lo fundamental aquí es que la decisión versa solo sobre la validez de la regla.

La segunda forma de solucionar el conflicto de reglas, por la restricción de sus supuestos y la dependencia en la verificación para que sean aplicadas, se presenta a través de la introducción de excepciones, es decir, situaciones especiales en las que, a pesar de que se cumpla el supuesto de hecho previsto en la misma norma o introducido por otra norma válida, esta circunstancia expresada por el mismo legislador enerva su aplicación. Las normas se cumplen de forma automática, salvo que tenga tales excepciones.

Dworkin lo ilustra de forma muy expresiva: en un juego de beisbol, el bateador que ha fallado a tres lanzamientos no está en *out* si el *cácher* ha dejado caer el tercero; el hecho de que el *cácher* haya dejado caer el tercer lanzamiento es la excepción de que se produzca la consecuencia de las reglas del beisbol: tres fallos son un *out*. Lo mismo sucede con las reglas, no obstante de su aplicación ser siempre obligatoria cuando se esté el universo de su cumplimiento, puede la misma regla disponga otra circunstancia; cuantas más

⁴⁷ El profesor alemán de Kiel sostiene que "*Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede eliminarse mediante la introducción de una cláusula de excepción, debe entonces declararse inválida, por lo menos, una de las reglas*". Alexy R. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. Cit. PP. 69-70.

excepciones se establezcan en la regla, mediante juicios contrafactuales, más preciso es su enunciado y más completa es la regla.

Un ejemplo lúcido trae el Art. 430 del Código de Procedimiento Civil *“Si el deudor no paga ni propone excepciones dentro del respectivo término, el juez, previa notificación, pronunciará sentencia, dentro de veinticuatro horas, mandando que el deudor cumpla inmediatamente la obligación. La sentencia causará ejecutoría.”* Si en el tiempo dispuesto por el juez de acuerdo al proceso no se paga o se proponen las excepciones tendientes a la defensa (y que también son excepciones la presunción de autenticidad del instrumento ejecutivo) el juez dictará sentencia y mandará a pagar, pero, si se proponen excepciones el proceso continua a su etapa probatoria; la regla encuentra su excepción de aplicación en el pago o proposición de excepciones de defensa.

En resumen, el conflicto de reglas, por su estructura incondicional, se resuelve de dos maneras: 1. Introduciendo una cláusula de excepción en una de las reglas en conflicto, o 2. Invalidando una de las reglas y expulsándolas del ordenamiento jurídico, retirándole su validez.

La reflexión hasta aquí presentada muestra que las reglas son razones de un tipo específico. Recordemos que por razón hemos de entender un factor relevante a favor o en contra de llevar a cabo una determinada acción; en este sentido, las reglas, como normas, proponen razones de relevancia invariable por ser el contenido de condicionales cuantificados universalmente que correlacionan la presencia de ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias deónticas. El carácter universal de una razón o bien es invariablemente relevante o bien no lo es; pero tales razones pueden ser desplazadas de la esferas de validez por razones opuestas, mientras la determinación de la regla no fracase ésta tiene una validez definitiva.

Nos adelantamos en decir que, en un ordenamiento constitucionalizado y un modelo de disolución que se habilita por la derrotabilidad, los principios podrían introducir en las reglas cláusulas de excepción que debilitarían su carácter definitivo⁴⁸.

Niveles de normatividad de las reglas: nivel débil y nivel fuerte

En este episodio de nuestro trabajo abordaremos en forma breve un segundo nivel de normatividad para dar una pista al lector que lo guíe en la forma de imputación de la sanción prevista o construida para cada uno de los tipos de normas que se han distinguido a este punto.

A lo largo de la historia de la filosofía y teoría del derecho se han enunciado diversos conceptos acerca de la normatividad. Por supuesto que no es algo de extrañar, si tenemos en cuenta que el concepto de normatividad designa la propiedad *valorativa (evaluativa) o prescriptiva*⁴⁹ de un enunciado. Pues bien, como hemos visto las normas hacen juicio, juicios de obligación o juicio de lo que es debido, distintos de los juicios fácticos o los juicio de valor, entonces la normatividad es la que designa las propiedades prescriptivas de las normas y como se debe actuar, o como debe actuar quien tiene obligación de aplicarlas cuando se cumplan las condiciones.

El lenguaje del derecho corresponde al género llamado "*lenguaje prescriptivo*" distinto del descriptivo, asertivo o informativo; pues no pretende dar cuenta de alguna realidad, sino "*influir en el comportamiento de los demás*"⁵⁰, hablamos así de que cumple una función directiva para referirse a

⁴⁸ Alexy R. Teoría de los derechos fundamentales. Ob. Cit. PP 81.

⁴⁹ Al respecto se puede anotar la importante distinción que hace el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido para establecer las relaciones que existen entre los niveles de normatividad y la argumentación jurídica en la normatividad de las reglas y de los principios. Bernal Pulido C. *Normatividad y argumentación jurídica* en Interpretación y razonamiento jurídico. Ob. Cit. 295-305.

⁵⁰ El derecho sin duda es lenguaje y las normas solo puede ser expresado a través de este. Para un estudio más profundo ver a Prieto Sanchís L. *El lenguaje del derecho* en Apuntes de teoría del derecho. Editorial Trotta. Madrid. España. 2005. PP. 41-52.

órdenes o prohibiciones, pero también a ruegos, peticiones, etc. Aspecto que, respaldado por factores como la autoridad que se tenga sobre el destinatario de la prescripción o la existencia de premios o castigos, influye para que la norma tenga existo en guiar estas conductas; sin embargo, dejamos en claro que, existiendo normas de estructura informativa o asertiva pueden tener una función prescriptiva dependiendo de la fuerza del lenguaje, de cómo se maneje ese conjunto de símbolos o palabras ordenadas según las reglas gramaticales que configuran la transmisión de contenidos significativos.

Centrándonos en lo que ocupa al lenguaje prescriptivo del derecho en general, la normatividad se refiere a las normas jurídicas, en particular; como se ha desarrollado hasta aquí el derecho se compone de diversos tipos de normas jurídicas, cada una de ellas con una normatividad propia y ciertas propiedades singulares.

Para fines conceptuales, Bernal Pulido, ha distinguido dos tipología de normas que se dividen en dos grupos: la primera tipología ha sido ya abordada con amplitud y se refiere diferenciación entre reglas y principios y que da lugar a la normatividad de las reglas y la normatividad de los principios; la primera, del todo o nada y la segunda de optimización (de alcance gradual) o normatividad *prima facie*. Y, la segunda tipología es la distinción entre normas primarias y secundarias.

Recordemos que en la normatividad de las reglas si sucede el supuesto de hecho previsto en la ella, el juez debe aplicarla por completo; si por el contrario no se verifica el supuesto o concurre una excepción, el juez excluye la aplicación de ella.

La diferencia entre normas jurídicas primarias y secundarias da lugar a dos tipos diferentes de normatividad. En lo que respecta a las normas del tipo regla (condicionales hipotéticos), esta distinción fue abordada por el austriaco Hans Kelsen en su obra "La teoría pura del derecho" y "en Introducción a los

problemas de la teoría del derecho", de acuerdo con el profesor austriaco la norma jurídica primaria es aquella que atribuye al juez una competencia para imputar la sanción una vez que se haya verificado el supuesto de hecho previsto en la norma jurídica. Mientras, por otro lado, la norma secundaria, es aquella que establece la acción que debe hacerse o no hacerse para impedir la sanción; aspecto sobre el que se podría discutir en relación a si la norma secundaria se propone de manera directa en dirección al sujeto o *si es un reflejo de la norma primaria*⁵¹. Sin embargo, lo que es cierto, es que a este tipo de normas corresponde un tipo de normatividad. La que corresponde a las normas primarias es aquella que se ha denominado como débil y la que corresponde a las secundarias aquella denominada como fuerte.

El ejercicio de las competencias judiciales establecidas en las normas (reglas) primarias no depende de la discrecionalidad o voluntad del juez, sino únicamente de una operación lógica formal y deductiva que se lleva a cabo mediante el método subsuntivo que determine las premisas mayor (regla primaria) y la premisa menor (hecho) para establecer la aplicación de la consecuencia jurídica en una norma individual.

La estructura positiva de los principios: los mandatos de optimización

A este punto hemos dicho mucho sobre los principios, hemos hablado de su dicotomía con las reglas y de que a diferencia de ellas, que se aplican de formas automática y completa cuando se verifica el supuesto de hecho, los principios no usan esta operación. Los derechos fundamentales como estructura de principios son criaturas ingravidas y gentiles que vienen del mundo de la moralidad, que pertenecen, en un principio a la esfera de lo bueno, de lo justo y lo correcto; criterios que considerados como conclusiones

⁵¹ Bernal Pulido C. *Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen* en Hans Kelsen 1881-1973. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2004. i

de los procedimientos discursivos del constructivismo, atraen lo justo a lo jurídico.

Derechos como la vida, la integridad, la vivienda, la salud, etc. son principios y representaciones de proyectos de vida, son expectativas perfectibles, y como indica Carlos Santiago Nino en la Introducción de su obra *Ética y derechos humanos*, son la protección de los frágiles. Nuevamente y como dice el profesor Alexy, el punto decisivo para comprender la diferenciación entre reglas y principios, es que una regla de no ser verificada no se cumple y no se aplica, mientras que los principios siempre deben ser considerados, aplicados como expresión de un valor de la centralidad de la persona. Lo que aquí importa no es su esfera de validez (que no está en discusión) sino más bien en qué grado ordenan una conducta y para quien ordenan esa conducta, lo que importa es su peso. Son normas jurídicas, en tanto son obligatorias, positivas, y deben ser tomadas en cuenta por jueces y juristas al momento que toman una decisión; ordenan que algo sea siempre realizado, y no que algo se haga o no; en la mayor medida posibles (dice Alexy), discrepo al creer que lo correcto es de la mejor manera y en la mayor medida; dentro de las posibilidades reales y existentes, siendo este el punto de que se construye mediante una fuerte actividad argumentativa; y dependiendo siempre de las posibilidades reales y jurídicas (o principios o reglas opuestas en juego)

Basta dar un vistazo a un principio para notar su diferencia estructural, su materialidad, su peso. Así como las reglas poseen un supuesto de hecho cerrado, "preciso" y controlado, un vínculo de imputación automático y una sanción que respalda una orden y que se la aplica mediante el uso condicionado de la fuerza, los principios no determinan *per se* una conducta específica, decir que tengo derecho a...una vivienda digna y adecuada, no es lo mismo que decir, en caso de abrirse una ventana o un balcón deben mediar mínimo tres metros entre los predios vecinos (Art. 922 del Código Civil). Los principios mandan algo, sí (mandato en un sentido amplio de orden o

prohibición), pero no especifican ni cuándo ni cómo, pues no contemplan ex ante ninguna circunstancia específica de la vida social, sino que dan direcciones (obligatorias) para mejor actuar y llevar adelante un proyecto de vida pacífico⁵². Imaginemos que estamos en un parque y necesitamos llegar a nuestro lugar de trabajo; una regla nos diría que para llegar a nuestro lugar de trabajo debemos tomar tal o cual calle en tal o cual sentido y llegaremos a nuestro destino; sin importar si ese camino es seguro, iluminado, corto, con paisajes, ni nada parecido y a sabiendas de que, si no llego a tiempo o tomamos otro camino tendremos que seguramente pagar alguna sanción por ello. Un principio solo nos diría que tenemos que llegar a ese destino sin decirnos cuál es el camino, pero dejándonos la opción de elegir el mejor... tenemos que llegar, eso es seguro, pero vemos dos caminos... uno oscuro e inseguro pero que nos llevará en menor tiempo y uno largo e iluminado pero que nos tomará más tiempo; optar por el mejor de ellos considerando todas las circunstancias que nos podrían afectar si tomamos uno u otro y decidir por el mejor. Eso lo que hacen los principios, nos obligan para de entre todas las opciones elegirá la más adecuada para nosotros y para la convivencia social.

Así las cosas, los principios son abiertos, incluso, ambiguos (paradójicamente deben ser así), no determinan una conducta, pero sí nos dicen algo, entonces sin ser indeterminados ni determinados son determinables, pero la determinación será específica a las condiciones del caso en que las colisiones de principios se presenten y a la evaluación de impactos que se haga de las razones variables en juego, de todas las circunstancias que rodean al caso (all things considerate) y no solo de las razones jurídicas para la acción; para así, de la colisión, extraer una consecuencia deóntica (jurídica) específica al caso concreto: los principios así,

⁵² Recordemos que un proyecto de vida adecuado propone que toda vida es valiosa desde el momento en que llega al mundo y durante todo su desarrollo, subjetivamente y hacia todos los demás, sin imposiciones más allá de las que sean aceptadas, argumento que muchas veces pone inclusive en duda el carácter moral del derecho como sistema social, cuando en la imposición de conducta su naturaleza sería esencialmente inmoral.

proponen razones particulares y no razones que de fundamentan de forma universal.

García Figueroa, critica el hecho de que Alexy se adhiere a una tesis ontológica sobre reglas y principios (de separación fuerte), pero reconoce que el filósofo alemán sí caracteriza a reglas y principios en términos funcionales⁵³. Si las reglas son (aplicadas como) mandatos de determinación, entonces los principios se (aplican) como mandatos de optimización, para que algo sea realizado en la mejor y mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades reales y jurídicas, es decir, que los principios tienen un carácter *prima facie* que es reforzado introduciendo una carga de argumentación a favor de determinado principio o determinados tipo de principio. Este carácter *prima facie* de los principios como mandatos de optimización produce que no existan consecuencias jurídicas definitivas que de ellos se extraigan sino que la polaridad de las razones reales y jurídicas en juego hará que existan una infinidad de eventos de entre los cuales se deberá elegir, luego de un control argumentativo, para decidir por la mejor consecuencias jurídica a un caso concreto o la existencia de una excepción a la aplicación del principio que, teóricamente, no es enumerable; por ello se considera que los principios generan un *haz de posibilidades* que pertenece a la esfera del peso y no de la validez.

Niveles de normatividad de los principios: nivel débil y nivel fuerte

Así como a las reglas les correspondía, para fines conceptuales, una segunda tipología que fundamente el nivel de normatividad, lo mismo sucede con los principios. Debemos advertir que el concepto de normatividad desarrollado por Kelsen y la distinción en niveles primarios y secundarios, débil o

⁵³ Sin embargo el profesor español pone en tela de duda la claridad sobre sí la tesis de separación fuerte entre reglas y principios en el plano ontológico resista su traslado al plano funcional, que se da o bien por la subsunción o bien por la ponderación. Al respecto García Figueroa A. *Criaturas de la moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009. PP 142.

fuerte, fue hecha en base del entendimiento del derecho como una comunidad de reglas especiales usadas por esa comunidad con el propósito de determinar cuáles son las conductas punidas o coaccionadas mediante el poder público, una visión que entiende al ordenamiento como reglas válidas que constituyen todo el derecho en forma exhaustiva⁵⁴, esto es, de normas con estructura condicional hipotética y sus propiedades autoritarias o reglas.

Los principios proponen razones abiertas que fundamentan mandatos de optimización, entonces, se trata de una normatividad *prima facie*, amplia, que no se puede verificar en un hecho a primera vista, sino que debe ser concretada a través de un proceso argumentativo. Como sostiene Alexy, los principios son mandatos de optimización con validez *prima facie*, ya que el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario que, en el haz de posibilidades no son concluyentes ni determinantes. Sin embargo de lo dicho, los principios y su normatividad también pueden reformularse bajo la tipología kelseniana primaria y secundaria.

Así, para efectos didáctico, empezamos por los principios secundarios, que tienen una estructura en la que se ordena al destinatario optimizar el objeto del principio. Un ejemplo encontramos en el artículo 66 numeral 20 de la Constitución ecuatoriana que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, estableciendo un principio que ordena, entre muchas cosas más, al padre, optimizar la intimidad de sus hijos en el uso del correo electrónico en el hogar o al empleador respecto del trabajador optimizar la intimidad en el uso de los aparatos telefónicos. Este tipo de mandato de optimización pueden llamarse como de normatividad fuerte de los principios, en el sentido en que está direccionado hacia todos los destinatarios, sean estos públicos (verticales) o privados (horizontales), por cuanto, como lo hemos dicha ya muchas veces,

⁵⁴ Este mismo análisis lo hace de forma pormenorizada Pablo Raúl Bonorino Ramírez en un estudio sobre el pensamiento jurídico, político y filosófico de Ronald M. Dworkin. Bonorino Ramírez P. *Dworkin*. Ara editores. Lima. Perú. 2010. PP. 31-53./ Lo propio puede verse en Dworkin R. *Los derechos en serio*. Ob. Cit. PP. 65-71.

los principios- como derechos fundamentales – son vínculos y límites, resistencias contra el poder público y privado, son contrapoderes.

De la mano de la normatividad secundaria de los principios, encontramos su dimensión adyacente, la normatividad débil o normatividad primaria. Se trata de una tipología de normatividad que está específicamente dirigida al juez, como lo estaba la subsunción en lo que de reglas se trata. Esta normatividad solo se hace efectiva al momento en que el juez extrae consecuencias de los principios por métodos constructivos y concluye en la aplicación del mismo, por lo que se trata –igual que para las reglas- de una normatividad que se concreta en una norma de competencia para llevar a cabo, ahora, lo que se ha denominado como ponderación (contrapesar o equilibrar), o con mayor precisión, llevar adelante una operación argumentativa a través del principio de proporcionalidad⁵⁵ que deviene de la estructura de principio y así determinar la máxima y mejor medida posible en que el mandato debe realizarse, tomando en cuenta las razones jurídicas y fácticas que juegan en contra.

De esta forma hemos aislado las propiedades de las tipologías normativas y la dicotomía que entre ellas se presentan, conociendo sus propiedades, aspectos específicos y metodología de aplicación, en grandes rasgos. Esto se lo hizo con el afán de invitar a la reflexiones que haremos en el capítulo siguiente sobre la derrotabilidad, para poder dilucidar, en definitiva, a nuestro parecer, cuales son las repercusiones de la importancia de los principios en los ordenamientos, estados y teorías constitucionalizadas y como se reflejan estas especificidades en la práctica y tener en claro el verdadero espíritu de estas criaturas de la moralidad, de estos seres ingrátidos y sensibles

⁵⁵ Dice Bernal Pulido que en las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir[...] en Bernal Pulido C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. CEPC. Madrid. España. Segunda edición. 2005. Capítulo VI.

que son los derechos en un modelo de disolución como es el neoconstitucionalismo.

CAPÍTULO III: ¿EXISTEN OTRAS ALTERNATIVAS QUE NO SEAN INCUMPLIR EL DERECHO?: LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS.

“Puede ser que una vez/en un desvelo descubramos que el mundo es una fiesta y encontremos al fin de esa respuesta que desde siempre nos esconde el cielo.”

Mario Benedetti, Soneto de lo posible

Aproximación

Finalmente se ha podido apreciar un derecho cambiante, un sistema influenciado ampliamente por el pluralismo y la diversidad, por las luchas sociales y la necesidad constante de reconocimiento y justicia. La costumbre jurídica de encontrar la solución del conflicto en las conductas sociales predispuestas en normas ha mostrado ser una cultura de corte cínico y de praxis insuficiente, frente a las exigencias de una sociedad que busca respuestas, nuevas respuestas.

Desde una perspectiva histórica el argumento de los principios ha supuesto la consolidación y expansión de la democracia constitucional y lo ha hecho desde un marco teórico sumamente amplio y que se acopla correctamente a sus estructuras normativas y axiológicas.

Todo lo que se ha tratado hasta este momento se lo hizo, precisamente, con el afán de ir descendiendo paso a paso en la manera misma en que la convergencia de la pluralidad, neoconstitucionalismo y constructivismo ético se deberían reflejar en la realidad práctica de la cultura jurídica de un estado como el nuestro, constitucional de derechos y justicia. Y, para comprender porque dijimos que solo una visión antipositivista del derecho, en la forma –T1 &

T2, es acorde con las exigencias de un paradigma neoconstitucional que es, sin duda, una postura tendencialmente pragmatista.

A continuación se desearía explicar y defender algo que se ha venido proponiendo desde un inicio, que la derrotabilidad de las normas jurídicas en los estados constitucionales cubiertos por teorías constitucionalizadas se trata una propiedad disposicional de ellas, para dar una solución a todas las eventualidades de las relaciones sociales a través del derecho, evaluando el problema desde las mismas relaciones en uso del constructivismo y la actividad argumentativa que brinda el principio de proporcionalidad.

Arnio piensa que las reglas nos guían como los carriles de un tren⁵⁶: o se los sigue fielmente o descarrilamos. Más consideremos que la mejor manera de empezar entender la derrotabilidad es deliberando en sí debe haber alguna alternativa o por lo menos, con independencia de los resultados, debe haber la posibilidad de preguntarse sobre otras alternativas, que no sea descarrilarse, y empezaremos así... la sola posibilidad de cuestionarse debería ser un trasgo propio del derecho en un estado constitucional.

¿Qué es la derrotabilidad o posibilidad de revisión?, un concepto.

En nuestra vida diaria todo el tiempo hacemos uso de enunciados, a los que aludimos con tal naturalidad que muchas veces olvidamos que se trata de situaciones de simple normalidad. Por ejemplo decir que todas las aves vuelan. Damos por sentado este enunciado consiente sin recordar que, al igual que sucede con las normas, podríamos constantemente incorporar excepciones, y en efecto lo hacemos. En la vida práctica estas excepciones dan validez al enunciado, y las efectuamos todo el tiempo: Todas las aves vuelan menos el azulejo herido de mi hermano, el pingüino de la Antártida, los avestruces africanas... pero o podemos, tampoco, establecer una enumeración

⁵⁶ Arnio A. *Las reglas en serio* en La normatividad del Derecho. Ed. Garzón Valdez E. y Uusitalo J. Gedisa. Barcelona. España. 1997. PP. 17

completa y exhaustiva de excepciones al enunciado de manera ex ante (previa al enunciado), lo que significa que no hablamos de enunciados estables y definitivos⁵⁷.

Al contrario del uso cotidiano de los enunciados, el derecho, principalmente el derecho positivista del siglo XX, en su consideración de las normas (reglas) como mandatos de determinación que se aplican en verificación del supuesto he hecho previsto en ella, ha negado su posibilidad de revisión en caso específicos por su fundamentación universal, ha negado la derrotabilidad de las reglas y aceptado, en el mejor de los casos, únicamente la posibilidad de derrotar un principio por su misma estructura.

Pero quién no acepte, de manera previa a cualquier resolución, que todas las normas jurídicas, como género, reglas o sean principios, tienen, cuando menos, la posibilidad de ser cuestionadas y revisadas y confíe, por tanto, en que las normas jurídicas pueden excluir de forma total la deliberación práctica, esta simplemente haciendo algo contrario a la razón práctica que, como lo vimos en su momento, en un paradigma neoconstitucional, tiene una vinculación inescindible con el derecho. En esta relación inescindible entre derecho y razón práctica, es quien niega la posibilidad de argumentar más allá del todo o nada de las reglas, quien, en la imagen de Arno, se está saliendo del derecho.

Así llegamos al punto crítico que tantas veces se ha nombrado, ¿Qué es la derrotabilidad?. En un neoconstitucionalismo que pretende tomarse la constitución y los derechos en serio afirmar que una norma es derrotable es afirmar que ella puede ser superada, revisada o inobservada, cuando el conjunto de excepciones que se presentan a su aplicación en las

⁵⁷ García Figueroa precisa en que esta circunstancia lleva a este tipo de enunciados (inestables e indefinidos) a no cumplir con la ley del refuerzo del antecedente, y que así, es posible la invalidación del consecuente, creando inestabilidad y abriendo la posibilidad de que el enunciado sea revisable, lo que evita un razonamiento no mono tónico. García Figueroa A. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* en Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta. Madrid. España. 2010. PP. 185-207.

circunstancias fácticas del caso no pueden ser determinadas exhaustiva y definitivamente ex ante⁵⁸. En otras palabras, una norma puede ser desplazada y no considerada por el aplicador cuando existen más circunstancias que pueden excepcionar argumentativamente su aplicación y que no estaban incorporadas de manera previa en el supuesto de hecho que compone la norma. Asumir la posibilidad de derrota de las normas válidas presume asumir la unidad o no fragmentación del discurso práctico⁵⁹ y nos sumerge plenamente en el discurso constructivo moral.

Ahora claro, la posibilidad de incorporación de excepciones no previstas en el antecedente inestabilidad la consecuencia jurídica de las normas y la única forma de devolverle esa estabilidad sería a través de añadir nuevos elementos al antecedente, pero suficientes como para que se pueda clausurar, eliminar la inestabilidad del enunciado y constituirse en una revisión estable. Ciertamente parece ser que la respuesta es muy difícil y en todo caso nuestra conocimiento, nuestra realidad y cotidianidad no parece basarse en enunciados así de exhaustivos.

Resumiendo, las normas jurídicas son derrotables porque su contenido deber siempre sensible a los nuevos casos que en la vida imprevisible y cotidiana se presentan y ello supone a su vez asumir que el contenido de las normas puede depender de las particularidades (infinitas) de los casos en que ellas sean aplicables.

Quisiera ilustrar esto con un ejemplo⁶⁰ sencillo para trasladar estas reflexiones del ámbito teórico al ámbito y práctico, y es quizá una de las más claras y didácticas situaciones en que se muestra la derrotabilidad.

⁵⁸ García Figueroa A. Ob. Cit. Ibidem. PP 192.

⁵⁹ Santiago Nino C. *Derecho, moral y política*, Ariel. Barcelona. España. 1994. PP. 64.

⁶⁰ El caso lo he tomado prestado de Alfonso García Figueroa y se lo ha adaptado a la realidad jurídica ecuatoriana. Referencia: García Figueroa A. *¿Existen diferencia entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*. En Alexy R. et al. *Derechos Sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. España. 2007. PP. 333-370.

Supongamos que queremos abrir una ventana en nuestra casa y la vivienda contigua se encuentra muy cerca, entonces visitamos a un abogado quien lo primero que hace es revisar el Código Civil y encuentra que en el primer inciso del artículo 922⁶¹ del Código Civil está, a su parecer, la solución definitiva, la prohibición de abrir una ventana a menos de tres metros de distancia con el predio colindante.

En principio parecería que la aplicación de la norma es sencilla, y se postula su estructura binaria en dos universos: más de los tres metros de distancia, permitido; menos de los tres de distancia, prohibido, lo que, en una aplicación positivista atrinchera la norma e imposibilita que se entren a considerar más razones para resolver el problema. Pero supongamos que la familia está integrada por cinco menores de edad, es la única dirección de mi vivienda en la que puedo abrir una ventana y el predio contiguo se encuentra a 2.90m de distancia. Al mismo tiempo la Constitución ecuatoriana en el artículo 30 dice así:

Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.

Para resolver el problema parece razonable invocar el artículo 30 para solucionar el problema de la ventana. De esa forma el operador está obligado un principio de máximo rango, máxima fuerza y directa aplicación a maximizar el contenido del derecho a la vivienda adecuada y digna, en una argumentación moral que descubra que es lo adecuado y que es lo digno y cree una argumentación jurídica procedimental. Vemos como el principio del artículo 30 se presenta como una excepción a la regla del artículo 922 del Código Civil, pudiendo reformular la norma de la siguiente manera:

⁶¹ Art. 922 del Código Civil, inciso primero: No se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que se interponga una distancia de tres metros.

No se puede tener ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no; a menos que se interponga una distancia de tres metros, salvo que ello signifique una vulneración a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Con este ejemplo vemos como la regla pudo ser derrotada en su aplicación por un principio que planteo una excepción a su aplicación que no estuvo prevista ex ante y que reformulo una norma de tal manera que fue sensible y ajustada al caso, sin descarrilarse del derecho y revisando aquella cuya aplicación no era consecuente con un principio.

Continuando, se ha creído indispensable resaltar dos aspectos que, para el autor, configuran la derrotabilidad como práctica de un verdadero estado constitucional consiente con el paradigma neoconstitucionalista del ordenamiento jurídico: la imprevisibilidad y el particularismo.

La imprevisibilidad de los interlocutores en el discurso y la creación de los casos desde el particularismo práctico.

Constantemente hemos dicho que constructivismo y neoconstitucionalismo forman una continuidad práctica: el constructivismo acercando la moral al derecho y el neoconstitucionalismo acercando el derecho a la moral, y constituyen la imbricación que relativiza la polaridad de Geiger y posibilita la aplicación del modelo de disolución que se ha plateado anteriormente. El constructivismo de las sociedades plurales significa una participación activa de todos en el discurso jurídico al constituirse como una oposición al realismo objetivo moral y una metaética⁶² descriptiva que

⁶² Recordemos que la metatética o ética analítica es la disciplina que estudia el significado de los juicios morales; es un metadiscursos (usando la imagen de José Antonio Marina, siempre que se lea *meta* se dirá ancho o superior) acerca de lo que sea o es el discurso moral en sí.

identifica el significado de los juicios éticos con una descripción del mundo, por eso es una forma de representación procedimental del discurso moral⁶³.

El derecho siempre se ha presentado como un sistema de reglas que regulan y controlan la conducta de una determinada comunidad, para controlar y regular la previsión y la seguridad son indispensables. Esta seguridad, seguridad jurídica, ha sido quizá el más grande pilar del derecho desde la revolución burguesa de 1789, y es la que de una u otra forma que dado al derecho su característica de universalidad en la fundamentación de las normas. Una norma regla tradicional construía el supuesto con la idea de que la sociedad sepa a qué atenerse y solo en virtud del principio de plenitud hermética una conducta podía llegar a la puerta del sistema y solicitar regulación, una vez procesada por el órgano autorizado y creada en estructura normativa, constituía derecho, mientras no lo cumplía ese proceso, no era derecho. Esta situación excluía del sistema a todas aquellas conductas y razones que interactuaban en los casos afectando a los participantes al no proponerse como excepciones en la misma norma, olvidando el qué, olvidando la dinámica de la vida social y tornando al derecho en una gran procesadora a vapor de conductas: lento, pasivo y reactivo.

Para que la imprevisibilidad sea un elemento del derecho solo puede ser considerada desde la justificación que ha su introducción da el constructivismo al permitir que procedimentalmente los interlocutores o participantes sociales interactúen con el sistema jurídico para colmar vacíos y resolver pretensiones de justicia, para de cierta manera actualizar el derecho.

El constructivismo ético considera que la moral no es algo que este ahí afuera, sino que el salta de las relaciones sociales y se lo construye de acuerdo a un procedimiento racional y que, los descendientes de Kant creen que se la

⁶³ García Figueroa A. *Criaturas de la moralidad*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009. PP. 35.

edifica discursiva y no monolíticamente⁶⁴. Y, en ese caso nuestros juicios morales dependen en gran medida de contingencias imprevisibles, de las particulares concepciones del mundo de los futuros participantes, lo cual nos plantea un gran desafío a nuestra costumbre de uso de normas generales en los sistemas infraconstitucionales de los Estados constitucionales.

La pregunta sobre qué casos pueden presentarse en la vida práctica tiene una respuesta infinita y que no puede ser enumerada. No podemos prever quién decidirá (quienes serán los participantes en el discurso moral o jurídico) ni sobre qué deberá decidirse (que es relevante en la configuración de un caso). Esta imprevisibilidad puede irse matizando hacia el futuro con el trabajo constructivista pues irá incorporando nuevas conductas y evaluándolas a partir del resultado del procedimiento, pero sin cerrar la posibilidad de revisar los enunciados en caso de nuevas emergencias imprevisibles.

La derrotabilidad responde así a una exigencia de la razón práctica en tanto nuestros juicios deben ser revisables para podernos enfrentar correctamente a las posibilidades de los casos que no podemos prever, de esta manera, la razón práctica no solo debe ser la que funda la derrotabilidad sino también la que la administra y mantiene bajo control frente a la falta de previsibilidad, como dice el profesor Alfonso García Figuera:

[...] una respuesta plausible se halla en la asunción de una ética constructivista en los términos antes indicados. Si la razón práctica se concibe en términos constructivos y discursivos, entonces, es el mero seguimiento del procedimiento discursivo por parte de participantes ideales o reales en el discurso lo que garantiza la justicia del resultado. La relación interna entre el resultado del procedimiento discursivo y la corrección de ese resultado (justicia procedimental pura) excluye una deriva nihilista o escéptica kripkeana.

⁶⁴ Rawls J. *El constructivismo kantiano en la teoría moral en Justicia como equidad*. Tecnos. Madrid. España. 1986. PP. 137-187.

La forma única de administrar la derrotabilidad en los términos que se han propuesto a esta este punto es a través de un particularismo práctico, de un análisis específico y caso por caso, en el que se constate hacia donde y como se inclina la polaridad de las razones para tomar la decisión de, o bien aplicar la norma si esta se ha verificado o bien derrotarla por la introducción de una excepción de anticipada en el supuesto de hecho. El ejemplo que da Jonathan Dancy⁶⁵ es el más comprensible: nos habla de un restaurante neoyorquino que no sabe si recomendar o no. Mientras un amigo le dice que la comida es pésima, una referencia que disgusta. Otro amigo le dice que las porciones son muy pequeñas, lo que causa el mismo efecto. Según Dancy, tomadas aisladamente ambas son razones para desaconsejar el restaurante, una porción pequeña es una razón para no acudir a comer ahí, lo mismo lo es la mala calidad de la comida, pero bien pensado –dice el autor- *si la comida es mala, entonces, parece bueno que se sirva en porciones pequeñas[...]*. Las porciones pequeñas cambiaron su polaridad y empiezan a parecer buena razón para ir a ese lugar, pero si a eso le sumamos otras circunstancias como: disfrutar de un bello panorama en una terraza, ser atendido por meseros amables y escuchar una ensamble de jazz en vivo; la razón variable por un momento se puede volver definitiva.

Alexy y la Ley de la Colisión: los principios cara a cara.

Antes de mostrar, específicamente, como estos procedimientos discursivos propios del constructivismo se presentan en el traslado práctico al derecho, es preciso tratar sobre el evento que obliga a su utilización en los estados constitucionalizados y que están jurídicamente influidos por presencia derechos fundamentales en estructura de principios o mandatos de optimización que obligan a que algo se realice en la mayor y mejor medida posible de acuerdo a las posibilidades reales y jurídicas, y recordemos que los principios por ser de cumplimiento gradual crean un haz de posibilidades. Por eso, el enfrentamiento de dos o más principios es el un choque auras o

⁶⁵ Dancy J. *Ética sin principios*. Oxford University Press. Oxford. 2004. PP. 15 y ss.

espectros en abstracto en donde no se puede ver a simple vista cual fue el límite en donde ellas impactaron para proponer la restricción que resuelva la colisión.

Cuando hablamos de posibilidades reales nos referimos a la situación fáctica, física, económica, social, cultural, socio-económica, presupuestaria, etc. pero cuando hablamos del ámbito de posibilidades jurídicas estamos frente a los principios y reglas opuestas que están en juego⁶⁶. Por dar ejemplos: la honra contra la libertad de expresión, la vivienda digna contra la propiedad privada, la propiedad contra la libertad de tránsito, la salud contra el desarrollo de actividades económicas, entre infinitos contrapuntos que podrían darse en la vida de una sociedad plural.

A diferencia del conflicto de reglas que se resuelve invalidando una de ellas o introduciendo una clausula de excepción, las colisiones de principios se resuelven de manera totalmente distinta. Cuando dos principios colisionan ninguno de ellos puede ser declarado inválido ni que en el principio desplazado se ha de introducir una clausula de excepción, en tanto los principios no proponen una consecuencia jurídica definida. Si para la optimización de un principio una conducta de permitirse y según otro, para su maximización esa conducta debe prohibirse, se debe llegar a una conclusión en la que exista un equilibrio entre la fuerza de los principios en tensión. Y este comportamiento de los principios, paradójicamente, es muy común.⁶⁷

Lo que sucede con los principios, por siempre ser válidos, es que, bajo ciertas circunstancias uno de ellos precede o se lo prefiere frente al otro, de tal

⁶⁶ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC. Madrid. España. 2da edición 2008. PP. 68

⁶⁷ El positivista metodológico español, Luis Prieto Sanchís, considera que los principios tienen una especial fisonomía consistente en seguir cierta conducta que puede realizarse en distinta medida, que tienen un peso propio y magnitudes escalares distintas que conducen a una exigencia de proporcionalidad para, en el caso concreto, equilibrar esas magnitudes en una solución. Prieto Sanchís L. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial en Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. 4ta edición. Madrid. España. 2009. PP. 123-158

suerte que forman una jerarquía axiológica temporal y móvil, en tanto, bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece, puede solucionarse de forma inversa. Con esto se afirma que, los principios operan en el caso concreto, y no solo eso, sino que tienen un peso diferente y que deberá siempre primar, condicionalmente, el que tenga mayor peso.

Los principios viven en una relación de tensión que no se puede solucionar dando prioridad absoluta a uno de ellos porque significaría desconocer o invalidar los demás, pues cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento de otro, y aquí de lo que se trata es de establecer, en un equilibrio de contrapesos o ponderación, que principio tiene mayor peso en un caso concreto estableciendo una relación de proporcionalidad en sus fuerzas. Según Alexy [...] *la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada*⁶⁸.

Para entendernos, la determinación de la que habla Alexy de una relación de precedencia condicionada (también llamadas concretas o relativas) consiste en que, la colisión de principios solo se puede resolver tomando en cuenta las condiciones particulares en que se presenta el caso, pues ella determinaran, para la situación específica, cuál de los principios tiene mayor peso frente a su opuesto a diferencia de los conflictos de reglas en que la solución se da a través de relaciones de normas incondicionales. Este concepto es indispensable para la comprensión de las dimensiones que adquieren los principios cuando están cara a cara y sobre todo para dar cuenta de un elemento restante, la consecuencia jurídica.

De la relación de precedencia condicionada nace, argumentativa y discusivamente, una regla concreta que prescribirá la consecuencia jurídica del principio que haya prevalecido en la relación cuando se den las condiciones circunstanciales de preferencia. En base de este razonamiento el

⁶⁸ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales. Ob. Cit. PP. 73*

profesor de Kiel a elaborado, lo que el denomina como la ley de la colisión⁶⁹, una metaregla que prescribe el procedimiento de creación de la regla concreta que resolverá la tensión entre los principios, y que se manifiesta de esta forma:

Si el principio P1 en las circunstancias C, tiene precedencia sobre el principio P2; (P1 P P2)C⁷⁰, y si de P1, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C→R.

De manera menos técnica:

Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente⁷¹.

El resultado de la Ley de la Colisión es una nueva norma C→R que se denomina como norma adscrita de derecho fundamental, es decir, una norma que no está expresada directamente por un enunciado constitucional que expresa una norma de derecho fundamental (una permisión, prohibición u orden relativa a un derecho fundamental) pero que lo hace explicitando condiciones específicas de aplicación, creando un supuesto de hecho y un consecuente para determinado caso y que podría ser empleado en situaciones análogas⁷².

⁶⁹ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 75

⁷⁰ Las variables que usa Alexy deben entenderse así: P1= principio que se exige, P2= principio opuesto en juego, P= símbolo para la relación de precedencia, C= circunstancias concretas en que un principio precede a otro, R= consecuencia jurídica de la regla específica.

⁷¹ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 75

⁷² Según enseña Alexy las normas adscritas con el resultado de una reducción de la indeterminación de los principios mediante la definición de una regla semántica que lo vuelven operativo y determinable. Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 49-55.

Vemos que la ley de la colisión refleja con absoluta claridad el carácter de los principios como mandatos de optimización, mostrando como entre ellos no existen determinaciones absolutas ni mandatos definitivos y que, esta ley comprueba como dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios para decidir cual interés debe ceder en la conformación típica del caso y las circunstancias específicas del caso particular. El aspecto constructivista forma parte de uno de los segmentos de la ley de la colisión y se presenta al momento en que debemos establecer la relación condicionada de precedencia que se establece en base de la argumentación que subyace de todas circunstancias del caso en concreto, reales y jurídicas.

La colisión ha sido expuesta porque en adelante veremos de cerca el procedimiento constructivo que nos lleva de la colisión a la regla específica y que viene dado por el principio de proporcionalidad y su correspondiente test.

El principio de proporcionalidad y sus subprincipios: una nueva estructura argumentativa.

Se ha insinuado que entre los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión. Y no se trata de cualquier conexión sino de una conexión indispensable, a decir de Alexy, el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad, y este implica aquél. Que el carácter de principio implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad es deducible del carácter de principio, es decir, que deriva desde la propia esencia de los derechos fundamentales. La proporcionalidad significa conformidad de las partes con el todo, nace del vínculo que se forma entre la irradiación de un principio con la irradiación del principio contrapuesto.

Esta irradiación o efecto de irradiación tiene que ver con los valores que son la esencia de los derechos fundamentales y su estructura de principios,

cuales no tienen solo aplicación exclusiva a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino que, expanden sus contenidos a todos los ámbitos del derecho, pueblan el derecho, para que gocen de ubicuidad⁷³ en el sistema jurídico.

El principio de proporcionalidad es una herramienta puesta en manos de los jueces, porque si algo queda claro es que la aplicación idónea de los principios como mandatos de optimización es la aplicación judicial que puede hacer examen del caso concreto. Es, en definitiva, una estructura argumentativa y procedimental reglada para controlar las restricciones en derechos fundamentales que se dirige a invalidar aquellas intervenciones que implican un sacrificio constitucionalmente, innecesario o desproporcionado de los mismos⁷⁴ y se constituye como un mecanismo esencial para resolver las tensiones entre derechos y restablecer su equilibrio conjunto.

Este principio que deviene de los mismos derechos fundamentales es el fiel reflejo de un planteamiento constructivista y supone la etapa argumentativa que se presenta en la ley de la colisión que justifica porque se establece la relación de precedencia condicionada alimentándose de las circunstancias reales y jurídicas que rodean un caso específico. La representación constructivista propiamente dicha la encontramos en el llamado test de proporcionalidad que es una articulación práctica y procedimental del discurso neoconstitucional, que se constituye en la forma metodológica racional de argumentación.

El test de proporcionalidad se deriva de la estructura misma del principio de proporcionalidad que opera como herramienta argumentativa para la

⁷³ Alexy R. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* en El canon neoconstitucional. Carbonell M. Ed. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010 PP. 109.

⁷⁴ Esta definición con ciertas variables ha sido tomada del profesor colombiano Leonardo García Jaramillo. García Jaramillo L. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción* en El canon neoconstitucional. Carbonell M. Ed. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010 PP. 109.

fundamentación de los derechos fundamentales a partir de estos, como hemos dicho estableciendo racionalmente su grado de importancia o restricción necesaria por los principios opuestos en juego al principio que se pretende restringir o intervenir, y forma parte del nivel normativo primario de la resolución de colisiones de principios.

La realización de los principios, como se ha visto, depende de dos perspectivas para una correcta optimización, una real y una jurídica, si concluimos en que el principio de proporcionalidad deviene de la estructura misma de la optimización significa que, así mismo, deberá albergar estas dos perspectivas para poder llevar adelante la construcción argumentativa o test argumentativo y cumplir con su finalidad de mecanismo de control. Así el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios o mandatos: la idoneidad (o mandato de adecuación técnica), la necesidad (o mandato del medio más benigno) y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Cada uno de estos mandatos conforma uno de los pasos del test de evaluación y solo su cumplimiento puede llevarnos a la siguiente etapa de la proporcionalidad; por lo cual el test de proporcionalidad podría ser leve, medio o estricto (si se llega a la última etapa argumentativa).

1. La idoneidad o mandato de adecuación: La idoneidad trata de una optimización relacionada con las perspectivas fácticas, es decir, verifica la realización del principio en la realidad. Este subprincipio enjuicia la medida que interviene en un derecho fundamental en orden a la consecución de una finalidad, busca que la actuación que afecte a un derecho fundamental se muestre consiente con el bien o la finalidad en cuya virtud se establece. De palabras del maestro Carlos Bernal Pulido:

[...] toda intervención en un principio jurídico debe ser adecuada para contribuir a la realización de otro principio jurídico, es decir, debe perseguir un fin plausible propuesto por la propia constitución⁷⁵[...]

Si la actuación que se cuestiona no es adecuada para el fin o la realización propuesta por el principio, ello significa que para él resulta indiferente que se adopte o no tal medida; pero en cambio, dado que sí podría afectar a la realización de otra norma constitucional, se debe excluir la legitimidad de la intervención.⁷⁶ Así, el principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que perjudiquen la realización de un principio sin favorecer otro al que debe servir para su realización.

2. La necesidad o mandato del medio más benigno: Este subprincipio también procura la optimización de las perspectivas reales o fácticas y sostiene Alexy que se trata, junto con la idoneidad, de la manifestación ideal del óptimo de Pareto⁷⁷. Según este subprincipio de dos medio que puedan favorecer en igual medida o de igual forma a un principio, se debe elegir el que menos intensamente afecte al principio contrario, pues lo que para un principio es indiferente para otro no lo es y siempre que se elija el medio con menor intensidad e igualmente idóneo podrá ser mejorada la posición que se enfrenta.

Para Luis Prieto la necesidad ha de acreditar que [...] ⁷⁸*no exista otra medida que obteniendo la finalidad perseguida resulte menos grave o restrictiva [...]*, esto significa que si un fin constitucional puede alcanzarse a

⁷⁵ Bernal Pulido C. *Interpretación y razonamiento jurídico* en *Normatividad y Argumentación Jurídica*. ARA editores. Lima. Perú. 2010- PP. 302 y 303.

⁷⁶ Prieto Sanchís L. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* en *Neoconstitucionalismo(s)*. Ob, Cit. PP. 150-151

⁷⁷ Según este criterio debe preferirse una constelación A a una constelación B si en el paso de A a B ninguno de los participantes resulta peor situado que antes y al menos uno de los participantes experimenta una mejora. Es decir, una posición puede ser mejorada sin que existan perjuicios para otra.

⁷⁸ Prieto Sanchís L. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* en *Neoconstitucionalismo(s)*. Ob. Cit. PP. 150

través de una pluralidad de medidas se debe escoger la menos impacto cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

[...] toda medida de intervención en un principio debe ser la más benigna con el principio intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto⁷⁹.

Este subprincipio claramente invita a imaginar y pronosticar cuál es la mejor forma en que se puede optimizar un derecho de entre todas las posibles alternativas que se pueden presentar en la realidad práctica y no exclusivamente en la realidad jurídica.

3. Proporcionalidad estricta o mandato de ponderación: Ponderar significa sopesar o equilibrar posiciones enfrentadas para optar por una de ellas sin perjudicar o perjudicar en la menor medida posible a la otra y es el único subprincipio o regla del test que corresponde a la perspectiva de posibilidades jurídicas, porque la elección se hace del enfrentamiento de posiciones jurídicas en juego, de otros principios o reglas y se identifica con una regla compilada por Alexy llamada ley de la ponderación, que se enuncia de la siguiente forma:

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro⁸⁰.

Esta regla expresa un enunciado de validez para la ponderación entre cualquier tipo de principio y supone al operación propia y esencial de la proporcionalidad, al poner de manifiesto que el peso de los principios no es determinado en sí mismo y de forma absoluta, sino determinable de manera

⁷⁹ Bernal Pulido C. *Interpretación y razonamiento jurídico en Normatividad y Argumentación Jurídica*. Ob. Cit. PP. 303.

⁸⁰ Alexy R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. Cit. PP. 138.

relativa; muestra como la optimización en los principios en conflicto no se basa en uno o en otro sino únicamente en un equilibrio.

A su vez, la ley de la ponderación se compone de tres pasos que tienen que ser verificados a través de la argumentación. En el primero se establece el grado de incumplimiento o intervención en un principio; para luego comprobar la satisfacción del principio contrapuesto; y, finalmente, precisar la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto que justifica la afectación del otro. Para determinar estos grados Alexy ha formulado una escala denominada como trídica que divide las intervenciones en tres: leves, medias y graves y asigna un valor numérico a cada una de ellas: 1, 2 y 4, mediante una fórmula geométrica llamada fórmula del peso, procurando otorgar un margen de razonabilidad y exactitud a la ponderación.

Hemos llegado al punto central de este papel, para el que se han abordado todos los temas desde pluralidad, constructivismo y neoconstitucionalismo, pasando por dicotomías y estructuras hasta metodologías de enfrentamiento y fórmulas argumentativas, para concluir en que, estas características y maneras de los principios tienen un impacto fuerte en el sistema jurídico y sobre todo una especial significación para las normas de los estados constitucionales en un neoconstitucionalismo de disolución del paradigma IP a través de la derrotabilidad: la derrotabilidad es una propiedad disposicional de las normas jurídicas que incorpora excepciones no previstas ex ante a través de procesos argumentativos como la proporcionalidad. Ahora veamos lo que significa esto.

¿Existen normas inderrotables?: la derrotabilidad como propiedad disposicional de las normas jurídicas y la posibilidad de superación.

Hemos llegado a nuestro corolario. Recordemos que los principios producen un efecto irradiante o de irradiación a todos los ámbitos del derecho. Estos vínculos, que ya de forma concreta los tratamos como

derechos fundamentales, transfieren mediante el efecto de irradiación no solo una cobertura de protección, garantía y una preeminencia de jerarquía para la aplicación, sino que además lo hacen con parte de sus mismas propiedades y generando un sistema interactivo con las reglas que pueblan el sistema infra constitucional, como vimos en el ejemplo de la ventana. Si algo se concluye como característica de los principios en estructura de derechos fundamentales es su facilidad para ser desplazados bajo las circunstancias del caso concreto en una relación de precedencia y por lo tanto su capacidad de ser derrotados.

La pregunta: ¿existen normas inderrotables? No. Si decimos que la norma X es un principio equivale a decir que la norma X es derrotable. Cuando decimos que la norma X es derrotable decimos también que en un determinado caso la norma X puede ser inaplicada si surgen nuevas excepciones inesperadas y que no fueron previstas ex ante, esto no equivale, de ninguna manera a decir, que la norma X ha sido o está siendo excepcionada ni que pueda o sea probablemente excepcionada en el futuro, lo que decimos es que, la norma X deberá ser derrotada o excepcionada en todo caso en el que concurra la condición necesaria para ello. Por eso decir que la derrotabilidad es una propiedad disposicional⁸¹ de las normas (principio o reglas por efecto de irradiación) en un estado constitucional bajo modelo de disolución es decir que la posibilidad de desplazamiento es una constante porque se constituye como una propiedad esencial sin la cual la norma perdería su carácter de norma en un paradigma neoconstitucional. Así las normas de un sistema jurídico constitucionalizado son necesariamente derrotables.

La derrotabilidad precisamente concebida como una propiedad disposicional supone no poderse verificar en todo momento y sin embargo

⁸¹ Un autor que analiza el concepto de propiedad disposicional con mucha profundidad pero en los conceptos de tolerancia y estabilidad de los sistemas políticos es Ernesto Garzón Valdés en *Derecho, ética y política*. CEC. Madrid. España. 1989 PP 401-577.

estar presente ahí, pues a pesar no explicitarse, su manifestación tiene lugar solo cuando concurra de hecho su condición de manifestación⁸², que la derrotabilidad no se manifieste en todo momento no significa que tal propiedad no existe sino simplemente que ha se ha cumplido una determinada situación para que muestre su actividad, diferenciándose de una propiedad categórica que puede ser verificada en cualquier momento.

Para ilustrar el planteamiento primero nos referiremos a la estructura de una disposición desarrollada por Rudolf Carnap y luego daremos un ejemplo cuya imagen aclare este trillado asunto.

Según Carnap⁸³ al hablar de propiedades disposicionales se deben distinguir algunos elementos relevantes que definen su estructura lógica: la manifestación de la disposición, la condición de manifestación de la disposición y la base de la disposición. Si no proponemos una disposición D, como, por ejemplo, que un líquido cambia su estado físico a gaseoso, si y solo si, cuando se cumple la condición de manifestación C (en este caso, que llegue a su punto de ebullición), entonces, tendrá lugar la manifestación de la disposición M (el líquido cambiará su estado físico a gaseoso).

Si jamás someto un líquido como el agua a una temperatura lo suficientemente alta como para que ésta se transforme en gas entonces la propiedad disposicional no se manifestará nunca, pero eso no significa de ninguna manera que a alguien le quede una duda sobre si un líquido en determinada temperatura se transforma en gas, por más alejado que mantengamos a ese líquido de altas temperaturas. Si tomo un vaso con agua y lo pongo en un congelador, sellado y el extremo más frío del polo sur, sin que reciba un solo rayo de calor, el agua del vaso no dejará de por ello transformarse en gas si se la somete a la temperatura suficiente. Tan solo dejará

⁸² García Figueroa A. *Criaturas de la moralidad*. Ob. Cit. PP. 137-140.

⁸³ El profesor español que tanto hemos citado y cuya línea se ha seguido muy de cerca toma esta estructura de una obra de Rudolf Carnap titulada *Testability and Meaning*. García Figueroa A. *Criaturas de la moralidad*. Ob. Cit. PP. 137-140.

de estar expuesta a la condición de manifestación, pero la base de la disposición continuará ahí, pues lo irrazonable sería que, por estar esas condiciones perdería su disposición, como lo formula Carnap:

$$C \rightarrow (D \leftrightarrow M)$$

De esta manera vemos como, la propiedad disposicional se presente bajo ciertas condiciones sin dejar de existir, incluso en ausencia de su condición de manifestación.

Lo propio sucede con las normas jurídicas en un estado constitucionalizado bajo un paradigma neoconstitucional. Como en el ejemplo de la ventana del artículo 922 del Código Civil, no porque no se presente una excepción deriva del derecho a la vivienda digna y adecuada significa que la regla del artículo 922 pueda ser desplazada cuando se presenten las condiciones suficientes que justifiquen esta situación, sea por intervención del principio de la vivienda digna o de cualquier otra situación imprevisibles que se derive de una provisión constitucional evaluada desde las circunstancias del caso concreto. La polaridad que tomen las razones será la condición de manifestación de la derrotabilidad en un caso concreto, pues es el elemento constitutivo de su carácter práctico.

En suma, en un Estado constitucional cubierto por un paradigma de disolución que argumenta a través del constructivismo influyendo en el derecho, la visión holista del ordenamiento jurídico dispuesta por el efecto de irradiación, muestra sus particularidades esenciales y se refuerza a través de la derrotabilidad como propiedad disposicional y también protege la posibilidad de que en el futuro de la vida social existan nuevas circunstancias de casos imprevisibles que merezcan atención y una efectiva solución de parte del derecho, impactando en la teoría de las normas y la teoría del derecho y apostando por una superación antipositivista.

Esta es la nueva exigencia que nos ha puesto el paradigma constitucional a juristas, abogados y operadores. Quienes olvidando administrar justicia de han dedicado a administrar derecho y han sido absorbidos por la poca actividad argumentativa de una lógica deductiva deformada en formalismos y preocupada por una universalidad y uniformidad que distorsiona y no es propia de una sociedad que vive el hecho del pluralismo. Este es el reto, dar cobertura a la dimensión axiológica que adquiere el derecho, cumplirlo depende de muchos factores, pero el cambio debe empezar. El cambio es cultural, es de actividad, es de pensamiento, de perder el miedo y encasillarnos en la conformidad. Necesitamos activismo y teoría en una conjunción liberadora, parafraseando a un gran profesor, Ramiro Ávila, la tarea es pensar y fuerte es un imperativo.

CONCLUSIONES

El neoconstitucionalismo nos pone gran reto, como se expuso a lo largo de esta investigación, hablamos de un nuevo derecho, una nueva filosofía y una propuesta que no solo afecta a la teoría jurídica, sino también a la teoría política y democrática. Mientras no integremos una proclama constructivista al quehacer práctico del derecho y comprendamos que las normas jurídicas han adquirido nuevas propiedades que bajo un modelo positivista no se hacían presentes, no podemos hablar de un auténtico paradigma.

La derrotabilidad como propiedad disposicional nos quita intencionalmente el sentimiento de seguridad que brinda el ordenamiento universal y previsible de las normas incondicionales y de aplicación automática; es verdad. Sin embargo, no dejará de ser un conjunto frívolo e insensible a las verdaderas exigencias de sociedades que han participado activamente con sus valores en el desarrollo de nuevas constituciones, y merecen tal reconocimiento, y eso necesariamente se debe cambiar. La derrotabilidad también lleva implícita un riesgo profundamente arraigado en sus necesidades de razón práctica, pero no hay que confundir activismo judicial con actividad argumentativa.

Durante los últimos cuatro años en que la apuesta por el neoconstitucionalismo fue materialmente puesta en marcha, se ha vivido un choque de trenes, donde nuestra idiosincrasia jurídica no ha dado oportunidad alguna al cambio, quizá por miedo, quizá por conformismo o quizá por intereses distintos a la misma promesa dogmática que nos trajo la Constitución de Monstecristi.

Abogados, juristas, jueces y operadores pretenden entender el nuevo derecho desde los postulados y tesis centrales del positivismo jurídico y eso fragmenta la teoría constitucionalizada y resta dinámica a la operación real

que nos exige disolver esas tesis en búsqueda de un sistema más justo, inclusivo, diferenciador, sensible y solidario.

Kelsen sostenía que la validez del derecho era una cuestión de *fiat*, de confianza en el legislador y de creencia en el proceso de creación de las normas, pero el positivismo ya tuvo su momento y es tiempo de expandir un pensamiento y desbordar esa confianza a otro segmento del derecho, el de los jueces. Mientras sigamos queriendo comprender al neoconstitucionalismo como positivistas o naturalistas, la tarea será inútil.

El riesgo, es una realidad. Pero ese riesgo será latente desde el momento en que cometamos el error de mezclar sistemas y no encontremos unidad en el discurso que está detrás de la Constitución: pluralismo, plurinacionalidad, derechos, principios, justicia. Ciertamente la tarea no es sencilla y el camino por recorrer aun es largo y desconocido. El constructivismo requiere de actividad argumentativa y compromiso con los derechos fundamentales; un compromiso filosófico y no legal. Ese su imperativo solo puede ser alcanzado desde las bases de la educación para que se refleje una nueva cultura en el derecho, esa es la arena del cambio y la comprensión.

La filosofía del derecho tiene que perder su traje de gala y usar un uniforme de batalla, evaluar la realidad y desde ahí buscar los espacios para aplicarse como lo vino haciendo la teoría del derecho y para ello la derrotabilidad es seguramente el arma más importante que posee, en tanto conjuga la filosofía moral (constructivismo) con el derecho (constitucionalismo).

El positivismo jurídico silenció muchas voces y secuestro por mucho tiempo a los derechos en una cárcel sin salida. Ahora, la derrotabilidad de las normas y su concepción de propiedad disposicional, son un horizonte por la justicia que depende de todos nosotros y, en especial, de las nuevas generaciones de abogados. La paradoja de la imperfección, la inestabilidad y la falta de coherencia de un sistema incompleto, es, precisamente, lo más

necesario para que el derecho sea un sistema estático de moral dinámica y no un sistema dinámico de moral estática.

Esperemos ver el día en que el neoconstitucionalismo se convierta en algo así como una filosofía del derecho aplicada. El neoconstitucionalismo nos propone que dejemos de buscar lo sublime y eterno de lo jurídico, para conformarnos con lo bello y asincrónico de lo cotidiano. Una concepción constructivista y discursiva de la ética en conexión con el reconocimiento de la derrotabilidad de las normas jurídicas es la manifestación de un nuevo espíritu, la necesidad de abrir esa nueva ventana.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M y García Jaramillo L. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho en Una concepción teórica-discursiva de la razón práctica*. Trad. De J. M. Seña. Gedisa. Barcelona. España. 1994.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. CEPC. Madrid España. 2da edición 2008.

Arnio, Aulis. *Las reglas en serio en La normatividad del Derecho*. Ed. Garzón Valdez E. y Uusitalo J. Gedisa. Barcelona. España. 1997.

Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel Derecho. Barcelona. España. 2006

Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*. Ariel. Barcelona. España. 2001.

Benedetti, Mario. *Testigo de uno mismo*. Visor libros. Madrid. España. 2008.

Bernal Pulido Carlos. *Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen en Hans Kelsen 1881-1973*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2004.

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. CEPC. Madrid. España. Segunda edición. 2005.

Bernal Pulido, Carlos. *Normatividad y argumentación jurídica en Interpretación y razonamiento jurídico*. Ara editores. Lima. Perú. 2010.

Bonorino Ramirez, Pablo. *Dworkin*. Ara editores. Lima. Perú. 2010.

Comanducci, Paolo. *Principios Jurídicos e indeterminación del derecho*. Artículo publicado en revista DOXA. 21-II. Madrid. España. 1998. PP. 89-104.

Dancy, Jonathan. *Ética sin principios*. Oxford University Press. Oxford. 2004.

De Sousa Santos, Boaventura. *El caleidoscopio de la justicias en Colombia*. Tomo I. Ediciones Uniandes. Bogotá. Colombia. 2001.

Dussel, Enrique. *Filosofía de la Liberación*. Fondo de cultura económica. Primera edición del FCE 2011.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. trad. De M. Gustavino. Ariel. Barcelona. España. 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales en El fundamento de los derechos fundamentales*. De Cabo A. y Pisarello G. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2008.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2006.

García Figuera, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009.

García Figueroa, Alfonso. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* en El canon neoconstitucional. Carbonell M y García Jaramillo L. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010.

García Figueroa, Alfonso. *¿Existen diferencia entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy*. En Alexy R. et al. Derechos Sociales y ponderación. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. España. 2007.

García Figueroa, Alfonso. *Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista* en Garantismo: Estudios sobre el pensamiento de jurídico de Luigi Ferrajoli" Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Editorial Trotta. Madrid. España. 2009. PP.

García Figueroa Alfonso. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* en Neoconstitucionalismo(s). Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010. PP.

García Jaramillo, Leonardo. *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción* en El canon neoconstitucional. Carbonell M y García Jaramillo A. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2010 PP. 109.

Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, ética y política*. CEC. Madrid. España. 1989 PP 401-577.

Geiger, Theodor. *Moral y derecho*. Polémica con Uppsala. Trad. Garzón Valdés (comp), Derecho y Filosofía. Alfa. Barcelona. España. 1985.

Guastini, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* en Neoconstitucionalismo(s). Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003.

Habermas, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Editorial Trotta. Madrid España 2000.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Vernengo R. UNAM. México D.F. México. 1979.

Kelsen, Hans. *Validez y Eficacia del derecho en Validez y Eficacia del derecho*. Eugenio Bulygin y Robert Walter. Editorial Astrea. 2005.

Mamor, Andrei. *Teoría Analítica del derecho e interpretación constitucional*. Ara Editores. Lima. Perú. 2011.

Moreso, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M y García Jaramillo L. editores. Editorial Trotta. Madrid. España. 2003.

Muguerza, Javier. *De la conciencia al discurso: ¿un viaje de ida y vuelta en La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Biblioteca Nueva. Madrid. España. 1997.

Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2da. Edición 2005.

Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*, Ariel. Barcelona. España. 1994.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Editorial Trotta. Madrid. España. 2005.

Prieto Sanchís, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial en Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Carbonell M. Editorial Trotta. 4ta edición. Madrid. España. 2009.

Rawls, Jhon. *El constructivismo kantiano en la teoría moral en Justicia como equidad*. Tecnos. Madrid. España. 1986. PP. 137-187.

Redondo, María Cristina. *Razones y normas en Interpretación y razonamiento jurídico*. Volumen II. Ara Editores. Lima. Perú. 2010.

Savater, Fernando. *Platón, los diálogos que iniciaron todo en La aventura de pensar*. Debolsillo. Madrid. España. 2000.

Serna, Pedro. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa. México. 2006.

Summers, Robert. *La naturaleza formal del derecho*. Ariel Derecho. 2001. Barcelona. España.

Weber, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Trad. L. Legaz Lacambra, Península, Barcelona, 1975

Zaglebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid España. Novena edición 2009.