

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



**LA RAZONABILIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

TESIS

Presentada por:

Mtro. Enlil Iván Herrera Pérez
ORCID: 0000-0002-0050-2882

Asesor:

Dr. Dennis José Almanza Torres
ORCID: 0000-0001-6251-3985

Para obtener el grado académico de:

DOCTOR EN DERECHO

TACNA – PERÚ
2024

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

Tesis

**“LA RAZONABILIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”**

Presentada por:

Mtro. Enlil Iván Herrera Pérez

**Tesis sustentada y aprobada el 12 de junio de 2024; ante el siguiente
jurado**

examinador:

PRESIDENTE: Dr. Carlos Alberto CUEVA QUISPE

SECRETARIO: Dr. Mario Guillermo DENEGRI SOSA

VOCAL: Dra. Delia Yolanda MAMANI HUANCA

ASESOR: Dr. Dennis José ALMANZA TORRES

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo, Enlil Iván Herrera Pérez, en calidad de: egresado del programa de Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI 70417622.

Soy autor de la tesis titulada: “La razonabilidad de la decisión judicial en el Estado Constitucional de Derecho”, con asesor: Dr. Dennis José Almanza Torres.

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de Doctor en Derecho, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 14% de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

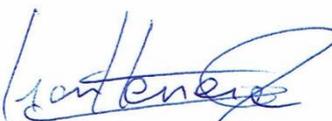
Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención

presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Tacna, 12 de junio de 2024.



Enlil Iván Herrera Pérez

DNI 70417622

DEDICATORIA

A mis estudiantes.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar y sobre todo a Dios.
A mi familia, por su apoyo y motivación incesante.
Y a mis profesores, a muchos de los cuales también
considero amigos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTOS	VI
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VII
ÍNDICE DE TABLAS	XIII
ÍNDICE DE FIGURAS.....	XIV
ÍNDICE DE APÉNDICES.....	XV
RESUMEN.....	XVI
ABSTRACT.....	XVII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA	3
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.2.1. Problema principal.....	6
1.2.2. Problemas secundarios.....	6
1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	6
1.3.1. Justificación teórica	7
1.3.2. Justificación metodológica	7
1.3.3. Justificación práctica.....	7
1.3.4. Relevancia.....	8
1.3.5. Contribución	8
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	8

1.4.1. Objetivo general.....	8
1.4.2. Objetivos específicos	8
CAPÍTULO II: MARCO DE REFERENCIA	9
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO SIMILARES	9
2.1.1. Antecedentes nacionales	9
2.1.2. Antecedentes internacionales.....	9
2.2. BASES TEÓRICAS	11
2.2.1. Concepción(es) y valoración(es) de la razonabilidad.....	11
2.2.2. Constitucionalismo(s) y modelos de Estado de Derecho.....	13
2.3. CONCEPTOS DE LAS CATEGORÍAS	18
2.3.1. Razonabilidad	18
2.3.2. Estado Constitucional de Derecho	18
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	19
3.1. TIPO DE ESTUDIO	19
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	19
3.2.1. Diseños interpretativos	20
3.2.2. Estudios sociocríticos	21
3.3. TÉCNICAS DE TRABAJO DE CAMPO.....	21
3.4. INSTRUMENTOS DE LEVANTAMIENTO DE INFORMACIÓN.....	21
3.5. MÉTODO DE MUESTREO	21
3.6. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS	22
CAPÍTULO IV: HALLAZGOS DE INVESTIGACIÓN	24
4.1. RESULTADOS	24
4.1.1. Concepciones de razonabilidad a partir de las teorías jurídico- filosóficas.....	24

4.1.1.1. El positivismo jurídico en Kelsen	24
A. El pensamiento de Kelsen en contexto.....	24
B. La filosofía jurídica y moral de Kelsen	28
C. Derecho y norma jurídica	33
D. Derecho, ciencia jurídica e interpretación(es).....	36
E. La Stufenbau y los sistemas normativos.....	39
4.1.1.2. La perspectiva anglosajona de positivismo en Hart.....	44
A. El pensamiento de Hart en contexto.....	44
B. El concepto de Derecho.....	49
C. Reglas primarias y reglas secundarias	52
D. La importancia del punto de vista	54
E. La regla de reconocimiento	57
F. Reglas de cambio y reglas de adjudicación	59
G. El debate Kelsen-Hart	61
H. El Derecho frente a la moral	62
4.1.1.3. El iusnaturalismo de Finnis.....	69
A. Surgimiento de la obra de Finnis	69
B. La filosofía jurídica de Finnis	72
C. Derecho y razonabilidad práctica	74
D. El Derecho injusto.....	76
4.1.1.4. El principialismo constructivista de Dworkin.....	79
A. El pensamiento de Dworkin en contexto.....	79
B. Dworkin frente al positivismo jurídico.....	80
C. El aguijón semántico y los desacuerdos	82
D. Interpretación e interpretación jurídica en Dworkin	83

E. La tesis del Derecho como integridad	85
F. La tesis de la respuesta correcta.....	86
4.1.1.5. El principialismo idealista de Alexy	88
A. El pensamiento de Alexy en contexto	88
B. La filosofía jurídica y moral en Alexy	89
C. La doble naturaleza del Derecho	90
D. El concepto de Derecho en Alexy	91
E. La pretensión de corrección y la tesis del caso especial.....	95
F. Criterios de moralidad o justicia	96
G. Principios y reglas en la teoría de Alexy.....	98
H. El principio de proporcionalidad.....	99
4.1.1.6. El escepticismo del realismo jurídico	103
A. El origen del realismo jurídico.....	103
B. Realismo(s) jurídico(s)	104
4.1.2. La idea del Estado Constitucional de Derecho	108
4.1.2.1. Caracterización y surgimiento.....	108
4.1.2.2. Tensión entre razón y voluntad	111
4.1.2.3. La pregunta por el contenido moral de los derechos.....	112
4.1.2.4. La legitimidad del ejercicio del poder.....	115
4.1.2.5. El rol del Tribunal Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho	118
A. Contexto histórico-político del Tribunal Constitucional.....	118
B. El debate Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución.....	120
C. El rol del Tribunal Constitucional	122
D. Contenido material e interpretación de la Constitución	124

E. Los procesos constitucionales.....	128
F. El sistema de control constitucional peruano	130
G. Sentencias típicas y atípicas	138
H. Teoría general del precedente	141
I. El precedente constitucional en el Perú	142
4.1.3. Las exigencias de motivación de una decisión judicial	147
4.1.3.1. El razonamiento judicial	147
4.1.3.2. El deber de motivar	148
4.1.3.3. Modelos de argumentación	151
A. La nueva retórica de Perelman	151
B. El modelo dialéctico de Toulmin	154
C. La justificación bajo el discurso práctico de Alexy.....	157
D. La justificación de doble nivel en MacCormick	163
E. La aceptabilidad racional de Aarnio	164
4.1.3.4. Tipos de motivación	167
A. Modelos de las Salas Supremas Civiles	168
B. Modelos de las Salas Supremas Penales	170
C. Modelos de las Salas Supremas Constitucionales y Sociales.....	172
D. Modelos del Tribunal Constitucional.....	172
E. Una aproximación comparativa a los modelos	178
4.1.3.5. La motivación constitucionalmente deficitaria	180
A. Errores de exclusión	181
B. Errores de delimitación.....	184
C. Errores por una “mala ponderación”	187
D. Asimilación de la motivación constitucionalmente deficitaria	191

4.2. DISCUSIÓN.....	191
4.2.1. ¿Qué conceptos de razonabilidad se formulan en las teorías jurídico-filosóficas?.....	191
4.2.2. ¿Qué caracteriza al Estado Constitucional de Derecho?	193
4.2.3. ¿Cuáles son las exigencias de motivación de una decisión judicial?	195
4.2.4. ¿Cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho?	196
CONCLUSIONES	199
RECOMENDACIONES	201
REFERENCIAS	202
APÉNDICE.....	226
Matriz de consistencia del proyecto de investigación.	226
Ficha bibliográfica.....	227

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Categorías y subcategorías de estudio.....	22
Tabla 2. Ubicación de la Teoría Pura del Derecho.....	32
Tabla 3. Concepciones de la determinación de las proposiciones constitucionales..	126
Tabla 4. Cuadro comparativo de modelos de vicios de motivación en la jurisprudencia peruana.....	178

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Constitucionalismo descriptivo y normativo.....	14
Figura 2. Modelo simple de argumentación de Toulmin.....	156
Figura 3. Modelo general de argumentación de Toulmin.....	157
Figura 4. Modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia.....	170
Figura 5. Modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia.....	171
Figura 6. Modelo estándar de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	173
Figura 7. Segundo modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	176

ÍNDICE DE APÉNDICES

Apéndice 1. Matriz de consistencia del proyecto de investigación.....	226
Apéndice 2. Ficha bibliográfica.....	227

RESUMEN

La presente investigación aborda la problemática de la razonabilidad de la decisión judicial en el Estado Constitucional de Derecho. Para ello, y bajo un enfoque argumentativo propio de una investigación cualitativa adaptada al estudio del Derecho, aborda tres puntos clave: En primer lugar, las principales teorías jurídico-filosóficas tales como el positivismo jurídico como legado de Kelsen y Hart, el iusnaturalismo de Finnis, las teorías principialistas de Dworkin y Alexy, y el escepticismo del realismo jurídico. En segundo lugar, la caracterización del Estado Constitucional de Derecho, y los paradigmas que refleja entre la legalidad y los derechos fundamentales, destacándose el rol del Tribunal Constitucional en ese sentido. Y, en tercer lugar, las exigencias de motivación de las decisiones judiciales, abordando tanto teorías de la argumentación como los modelos propuestos en la práctica jurídica por las Altas Cortes en el Perú. Se concluye reafirmando la falta de univocidad frente a la acerca de cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho, evidenciando además que la determinación de razonabilidad en la práctica dependerá de la idea de Derecho y Constitución que se sostenga dependiendo de la concepción jurídico-filosófica, impidiendo así un control estrictamente jurídico de la razonabilidad de la decisión judicial en todos los casos, pues en otros el control será más político que jurídico.

Palabras claves: Razonabilidad; Estado Constitucional de Derecho; Decisión judicial; Filosofía del Derecho.

ABSTRACT

This research addresses the issue of the reasonableness of judicial decisions in the Constitutional Rule of Law. To do so, and under an argumentative approach inherent to qualitative research adapted to the study of law, it tackles three key points: Firstly, the main philosophical theories of law such as legal positivism as a legacy of Kelsen and Hart, Finnis' natural law, Dworkin and Alexy's principled theories, and skepticism from legal realism. Secondly, the characterization of the Constitutional Rule of Law, and the paradigms it reflects between legality and fundamental rights, highlighting the role of the Constitutional Court in this regard. Thirdly, the requirements for motivation in judicial decisions, addressing both argumentation theories and models proposed in legal practice by the High Courts in Peru. It concludes by reaffirming the lack of unanimity regarding when a judicial decision is reasonable in a Constitutional Rule of Law, also showing that the determination of reasonableness in practice will depend on the idea of Law and Constitution held depending on the legal-philosophical conception, thus preventing a strictly legal control of the reasonableness of the judicial decision in all cases, as in some cases, the control will be more political than legal.

Keywords: Reasonableness; Constitutional Rule of Law; Judicial Decision; Philosophy of Law.

INTRODUCCIÓN

En la convivencia humana, el conflicto se presenta como una realidad inherente, siendo resultado de desacuerdos, limitaciones humanas y escasez de recursos. Para abordar estos conflictos, se han desarrollado distintos sistemas normativos, entre ellos, el jurídico, que no solo regula conductas, sino que también establece normas secundarias para su reconocimiento y cumplimiento. Sin embargo, a pesar de la existencia de normas jurídicas, los conflictos persisten, y es en este contexto que emergen los mecanismos heterocompositivos, destacando la figura del juez. En ese sentido, se espera que el juez, y en especial el juez constitucional, adopte una decisión *razonable*.

El concepto de razonabilidad ha sido abordado desde diversas perspectivas, desde principios y estándares hasta cláusulas generales. La noción de razonabilidad, en el ámbito judicial, se ha convertido en un estándar que evalúa diversos fenómenos. Empero, la ambigüedad de este término y su aplicación como estándar universal plantean desafíos y controversias en el ámbito académico y práctico.

Es por ello que en la presente investigación se ha establecido por objetivo evaluar cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho. Para tal propósito, y bajo un enfoque argumentativo, se han empleado métodos analíticos y normativos para lograr la saturación de las categorías matrices de estudio: la razonabilidad y el Estado Constitucional de Derecho.

Considerando esto, la investigación se estructura en cuatro capítulos. En el primero de estos se efectúa el planteamiento de la investigación, presentando una aproximación a la temática de investigación, para poder así contextualizar el problema a abordarse y la justificación para ello, así como los objetivos requeridos para responder a dicha problemática.

En el segundo capítulo se presenta el marco de referencia. Dicho capítulo se compone de tres secciones: Los antecedentes del estudio, en la que se identifican

tesis doctorales que hayan abordado una o ambas categorías; las bases teóricas, en la que se establece un marco argumentativo –y no los argumentos- para el procesamiento y valoración de los resultados de la investigación; y los conceptos de las categorías identificadas de manera preliminar, pues su saturación encuentra el punto culminante en las conclusiones de la presente investigación.

En el tercer capítulo se presenta el marco metodológico, siguiendo la estructura de una investigación cualitativa adaptada al estudio del Derecho. En ese sentido, se identifica el tipo de estudio, el diseño de investigación fijado, así como las técnicas, instrumentos y procedimientos para la recolección y análisis de los datos obtenidos. Todo esto adaptando los esquemas metodológicos al objeto de la investigación, a fin de no recortar aspectos trascendentales por cuestiones meramente formales.

En el cuarto capítulo se presentan los hallazgos de investigación. Este capítulo se compone por dos secciones. En la primera sección se presentan los resultados de los datos obtenidos, esto es, de los estudios en la doctrina y pronunciamientos de las Altas Cortes, vinculados a las categorías de estudio. En ese sentido, esta primera sección tiene tres apartados: (1) las concepciones de la razonabilidad a partir de las teorías jurídico-filosóficas; (2) la idea del Estado Constitucional de Derecho; y (3) las exigencias de motivación de una decisión judicial. Por otro lado, en la segunda sección se presenta la discusión de los datos obtenidos, esto es, la valoración crítica del análisis de las fuentes abordadas. Para ello, la sección se compone de cuatro apartados de manera correspondiente a las tres interrogantes secundarias y a la interrogante principal.

Finalmente, en base a la discusión de dichos resultados, se presentan las conclusiones y recomendaciones del presente estudio, en respuesta a la problemática planteada.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

El conflicto parece ser un aspecto indesligable de la convivencia humana, pues los desacuerdos existentes, sumados a la vulnerabilidad del ser humano, y la limitación de altruismo, comprensión y fuerza de voluntad que tiene, así como la escasa disponibilidad de recursos existentes para solventar las necesidades son los que parecen explicar el conflicto, y así, explicar la racionalidad de un ordenamiento normativo que regule –precisamente- las interacciones humanas (Hart 2009).

Entre las alternativas regulativas se encuentran ordenamientos normativos morales, sociales y jurídicos. Sin embargo, de estos tres tipos de ordenamientos, únicamente el jurídico es el que, además de contener normas primarias para regular la conducta humana, prevé normas secundarias destinadas que aquellas primarias puedan ser reconocidas, establecidas, y hechas cumplir. Este último objetivo de las normas secundarias se explica no sólo por el hecho de que el ser humano no siempre decide cumplir con las normas jurídicas existentes, sino además porque no siempre es posible entender con facilidad el contenido de dichas normas o los hechos a los cuales estas se tendrían que aplicar.

Bajo este contexto, la existencia de normas jurídicas no impide que se produzca el conflicto, pero sí ofrecen ciertos criterios para solucionarlo. El problema es que, aún en un ordenamiento de tipo jurídico, las partes del conflicto no siempre llegan a un acuerdo sobre la solución aplicable; en algunos casos, por no estar de acuerdo con las propias normas existentes, pero en otros por no estar de acuerdo con el significado de dichas normas, o con la determinación de los hechos sobre los que estas se aplicarían. En ese sentido, ante el fracaso de los medios *autocompositivos* del conflicto, surge y se destaca la relevancia de los mecanismos *heterocompositivos*, en los que se destaca la figura del *juez*.

El conflicto, por su parte, puede presentarse con mayor cercanía a un ámbito privado, como también a uno público. Sin embargo, aunque en ambos casos el conflicto de intereses supone al mismo tiempo un conflicto de poder, cuando este surge en el ámbito público, y en especial en el ámbito constitucional, esta última caracterización se hace más evidente. Ello enfatiza la delicada y gran responsabilidad que tiene el juez constitucional frente al caso, como también la complejidad de su labor en un ámbito en el que la existencia de una respuesta correcta es puesta en duda y motivo de desacuerdos –no sólo respecto de su *existencia*, sino también de su eventual *construcción*. De esta manera, en la intervención del juez en la resolución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica, siendo también conflictos de poder, se exige que este sea y decida de manera *razonable*.

Ahora bien, *ser razonable* o *decidir razonablemente* no constituyen pretensiones novedosas o que hayan surgido únicamente en los últimos años, sino que su búsqueda se remonta tantos años atrás que no es posible establecer un punto en el tiempo que marque su planteamiento. Sin embargo, la pregunta acerca de qué es lo razonable, y cómo poder calificar si, en un caso controvertido (y/o ambiguo), una decisión es o no razonable es una inquietud que se ha retomado con perspectivas críticas –algunas optimistas, y otras no.

En la doctrina, es pertinente citar a Zorzetto (2015) quien señala que la *razonabilidad* es concebida de diversas maneras en la práctica, sea como principio, estándar, o cláusula general; expresa, asimismo, que diversos argumentos en el razonamiento jurídico, a través de los cuales se busca clarificar una situación o interpretar una disposición, se basan en la noción de razonabilidad.

Esto es concordante con la experiencia práctica, tal como Perona (2019) da cuenta, evidenciando a la *razonabilidad* como un estándar en el derecho, que pretende evaluar distintos fenómenos, incluyendo al derecho constitucional, la legislación, e incluso los actos privados. Un criterio que, según el autor citado, es usualmente vinculado al criterio de la coherencia lógica y teleológica con el derecho, pero, además, con la ponderación de principios y circunstancias.

En otro contexto, esta situación de acercamiento aparente entre el derecho y la filosofía moral, como disciplinas normativas, sustentaría estudios como el desarrollado por Mangini (2018), quien considera a la *razonabilidad* como un concepto de múltiples dimensiones, el cual surge como necesidad para el razonamiento tanto jurídico como moral, ante la insatisfacción de la lógica formal como disciplina para la resolución de casos/adopción de decisiones. En todo, el autor citado se inclina por una concepción normativa como la propuesta Von Wright, asociando lo razonable/irrazonable con lo que es bueno/malo para el ser humano, vinculando así a la razonabilidad con la noción de *racionalidad práctica* basada en la tradición aristotélica.

Una noción que impulsa al debate académico, como el desarrollado entre García Amado y Atienza; en el que García Amado (2020) viene cuestionando que la razonabilidad sirva de sustento a la pretensión de corrección, pues no sólo es una noción que choca con la pluralidad de cosmovisiones (cfr. Álvarez Medina, 2007), sino que su realización misma (alcanzar lo razonable) resulta problemático, sea que se trate de una razonabilidad intersubjetiva o de una razonabilidad crítica. Una crítica sobre la cual Atienza (2020) acepta la dificultad (o inclusive *imposibilidad*) de ofrecer una definición de razonabilidad, pero rechaza la posibilidad de prescindir de dicho concepto.

Finalmente, pueden citarse estudios como el de Amorim (2020), quien objeta que la razonabilidad sea una herramienta útil para entender la práctica y el funcionamiento de las instituciones jurídicas, rechazando la caracterización de razonabilidad como estándar *universal*. Sin embargo, para el autor citado ello no es óbice para que los Tribunales empleen dicha noción, pues podría ser utilizada como estrategia para *convencer* y *justificar* sus decisiones.

El estado del arte sobre el tema a abordarse denota –entre otros- dos aspectos que resaltan: (1) la razonabilidad es un término que adolece de ambigüedad y vaguedad; y (2) la razonabilidad es vista, aunque no pacíficamente, como un *estándar* en el razonamiento judicial. A esto, debe sumarse un tercer aspecto, y es que, en buena parte de los sistemas jurídicos existentes, (3) existe una tendencia enfocada a la consolidación y garantía de lo que se ha denominado Estado de

Derecho, o *Rule of Law*, o, de manera más específica, como Estado Constitucional de Derecho (Ansuátegui Roig 2013), a punto de constituirse como un modelo de superación del Estado absoluto y totalitario (Díaz 1988). Es a partir de dichos aspectos que surge la motivación de evaluar qué exigencias determinan que una decisión judicial sea razonable en un Estado Constitucional de Derecho.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De la situación problemática antes descrita, surgen las interrogantes que a continuación se formulan.

1.2.1. Problema principal

¿Cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho?

1.2.2. Problemas secundarios

Como problemas secundarios se propone los siguientes:

- a) ¿Qué conceptos de razonabilidad se formulan en las teorías jurídico-filosóficas?
- b) ¿Qué caracteriza al Estado Constitucional de Derecho?
- c) ¿Cuáles son las exigencias de motivación de una decisión judicial?

1.3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Siguiendo el estudio comparativo realizado por Perona (2019) se evidencia un auge progresivo y un desarrollo de la utilización de la *razonabilidad* como un estándar en el ejercicio de control y adjudicación constitucional de derechos en diversos sistemas jurídicos. Esto, tanto en sistemas de tradición continental, como también en sistemas angloamericanos, y tanto a nivel regional como también a nivel supranacional, a través de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos.

Asimismo, tal como se observa en el tratado dirigido por Bongiovanni, Sartor y Valentini (2009), la utilización de una noción de *razonabilidad* tampoco se limita a una disciplina específica, como podría afirmarse respecto del derecho

constitucional, sino que excede a ello, empleándose en distintas disciplinas, tanto de derecho público como de derecho privado, e incluso, pudiendo afirmarse en argumentación en general (Van Eemeren 2015).

En ese sentido, cabe afirmar no sólo la justificación teórica y práctica de abordar la problemática planteada, sino además la relevancia de la presente investigación tal como sigue.

1.3.1. Justificación teórica

En base a lo antes expuesto, la justificación teórica de abordar la problemática propuesta se hace notar dada la pluralidad de nociones acerca de la razonabilidad, y la relevancia que se le da al modelo del Estado Constitucional de Derecho, se torna necesario un abordaje crítico a las posturas más relevantes, buscando la pertinencia de una postura *realizable* de acuerdo con las exigencias del Estado Constitucional de Derecho.

1.3.2. Justificación metodológica

Así también en cuanto a la justificación metodológica, pues esta supone un enfoque no sólo analítico de las concepciones de la razonabilidad, así como de las exigencias del Estado Constitucional de Derecho, sino también normativo en el sentido de pretenderse la evaluación de la plausibilidad de cada propuesta. Objetivos que no constituyen una duplicidad de esfuerzos, considerando la escases de antecedentes de investigaciones con estas pretensiones o el presente enfoque buscado.

1.3.3. Justificación práctica

Si bien el abordaje a la problemática incide fuertemente en un plano teórico, no se limita a este, pues la comprensión y valoración de las concepciones de la razonabilidad en el contexto del Estado Constitucional de Derecho tienen consecuencia directa en la práctica judicial –ordinaria y constitucional.

1.3.4. Relevancia

La relevancia de la investigación desarrollada se centra en el ámbito de la práctica jurídica, con especial atención del rol del juez y la exigencia de emitir decisiones *razonables* en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Aspectos que también tienen implicancias tanto en los propios justiciables, como en la colectividad misma –piénsese en las decisiones estructurales-, quienes precisamente son aquellos a los que se dirigen las decisiones judiciales –ordinarias y constitucionales.

1.3.5. Contribución

En atención a lo antes expuesto, la presente investigación pretende no sólo identificar las distintas concepciones de razonabilidad en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, sino además evaluar la plausibilidad de estas, a fin de procurar una aproximación a estándares de razonabilidad de la decisión judicial.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

A fin de dar respuesta a las interrogantes antes formuladas, se establecieron los siguientes objetivos de manera respectiva.

1.4.1. Objetivo general

Evaluar cuando una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho.

1.4.2. Objetivos específicos

Como objetivos secundarios se plantean los siguientes:

- a) Identificar los conceptos de razonabilidad que se formulan en las teorías jurídico-filosóficas.
- b) Argumentar una caracterización del Estado Constitucional de Derecho.
- c) Establecer las exigencias de motivación de una decisión judicial.

CAPÍTULO II: MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO SIMILARES

En lo seguido se exponen los resultados de búsquedas de estudios similares al objeto pretendido de la presente tesis.

2.1.1. Antecedentes nacionales

En cuanto a estudios similares que puedan constituir antecedentes de la investigación, una revisión de los repositorios científicos vinculados a la plataforma ALICIA del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC) permite afirmar que no existe investigación que se haya abocado a la problemática planteada.

2.1.2. Antecedentes internacionales

En el plano internacional, una revisión de los repositorios científicos vinculados a la plataforma ProQuest, permite afirmar que tampoco existen investigaciones doctorales que aborden la problemática en los términos planteados en el presente proyecto.

Sin embargo, en cuanto a la categoría de *razonabilidad*, cabe citar dos investigaciones doctorales. La primera es la tesis doctoral de Muñoz Olivera (2008) titulada como *La razonabilidad como virtud*, la cual tiene por objetivo argumentar la idea de razonabilidad como virtud necesaria para la democracia. En dicha investigación, se concluye ratificando la postura defendida, y afirmando que la razonabilidad es una característica moral de la persona, pero también es un término modal empleado para la valoración de lo “razonable”, lo que sólo tendrá sentido en cuanto exista un marco de justicia determinado y establecido. En ese sentido, si bien la investigación citada pretende argumentar un concepto de razonabilidad, resaltando y defendiendo específicamente a la razonabilidad como virtud

democrática, se enmarca en el plano de la filosofía política. A diferencia de dicha tesis, en la presente investigación se busca evaluar una noción de razonabilidad en el plano de la filosofía jurídica, aunque ello no excluya la utilización de fuentes de información que podrían ubicarse en el plano de la filosofía política.

La segunda investigación a citar es la tesis doctoral de D'Antonio (2018), titulada: *How Reasonable Is 'Reasonable'? A Study of U.S. Jury Instructions*, la cual tiene por objetivo a evaluar la idea de lo "razonable" en el contexto específico de la institución de los jurados norteamericanos, concluyendo en que lo "razonable" no se presta a una interpretación consistente, pues su contenido depende de aspectos democráticos, contextuales y educacionales. En ese sentido, aunque este segundo antecedente ubica la discusión sobre la razonabilidad en el plano de lo jurídico, tiene un enfoque en una institución específica (jurados) de un sistema jurídico determinado (*common-law* norteamericano). A diferencia de dicha tesis, en la presente investigación se busca realizar un enfoque a nivel filosófico-teórico, sin restricción a una institución determinada, aunque sí vinculando la discusión de la razonabilidad a la del Estado Constitucional de Derecho.

Del mismo modo, en cuanto a la categoría de *Estado Constitucional de Derecho*, cabe citar la tesis doctoral de Cheng (2020), titulada: *A Systematic Conception of the Rule of Law: Definition, Morality and Aspiration*, la cual tiene el objetivo de realizar una conceptualización del Estado de Derecho (o *Rule of Law*) a partir de la teoría iusnaturalista de Finnis, concluyendo en que dicha base permite una mejor explicación del Estado de Derecho. Al respecto, si bien el antecedente citado comparte una de las categorías de la presente investigación, ubicándose asimismo en el plano de la filosofía del Derecho, como también del derecho constitucional, esta tiene un objetivo direccionado a argumentar un modelo de Estado de Derecho específico, en lugar de evaluar las diversas nociones más relevantes acerca del Estado de Derecho en relación con la discusión acerca de la razonabilidad.

En ese sentido, si bien los antecedentes citados tienen un gran valor teórico para la filosofía moral, la filosofía jurídica, y el derecho mismo; la presente

investigación busca desarrollar un objetivo distinto, y bajo alcances diferentes a los planteados en las investigaciones antes citadas.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. *Concepción(es) y valoración(es) de la razonabilidad*

Razonabilidad es un término empleado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en diversos ordenamientos jurídicos, y tiene un contenido profundo, cuyo origen no parece tener como punto de partida a la técnica jurídica, sino incluso a la filosofía normativa o política de manera general (Muñoz Olivera 2008). En todo, esta noción es pronunciada en diversos discursos jurídicos, no sólo –según sus hablantes- con propósitos de *estética* externa, sino sustanciales.

Así, por ejemplo, partiendo del ámbito de la filosofía moral, Garzón Valdés (1998), sostiene que la razonabilidad puede ser un criterio de corrección moral, posibilitando la identificación racional del contenido de la moral a partir de aquello considerado como *mal* o lo *radicalmente malo*. De este modo, la determinación de lo razonable se efectúa a partir de lo *irrazonable* –como ocurriría con la falsación en las ciencias naturales. A partir de ello, según Álvarez Medina (2007) sería posible afirmar la existencia de un *coto vedado*, respecto del cual, los actos o concepciones que afectasen valores contenidos en dicho *coto* serían *irrazonables*. Siguiendo una evidente concepción no-positivista, bajo una perspectiva similar Haro (2001) afirma que la razonabilidad es un estándar axiológico aplicable al derecho que posibilita determinar aquello axiológicamente válido (o *justo* si se prefiere) en el orden jurídico. De este modo, la postura de los tres autores antes citados permite observar que la idea de *razonabilidad*, aunque concebida en el ámbito de la filosofía moral, tendría además implicancia en el ámbito del derecho. Esto sería no sólo posible, sino –para tales autores- necesario, al sostenerse una tesis de conexión o vinculación entre el derecho y la moral. En ese sentido, siendo que el derecho aspira a ser un sistema no sólo coherente, sino moralmente correcto, la razonabilidad resultaría un criterio necesario en la práctica jurídica para la consecución de dicho propósito.

Por otro lado, evitando una postura que toma como punto de partida la moral, o el orden axiológico, en la obra colectiva dirigida por Bongiovanni, Sartor, y Valentini (2009) se expresa que los usos del término *razonabilidad* no se limitan a un área específica del derecho, concibiéndose como un estándar de *equilibrio práctico*, que exige que las actividades que se realizan bajo el derecho sean estructuradas para que se desarrollen conjugando razones normativas y necesidades concretas, de acuerdo al contexto y caso. Esta concepción de la razonabilidad podría conciliarse con una concepción del derecho que no necesariamente propugna una conexión entre derecho y moral, pues el *equilibrio práctico* aducido no exige una atención a algún estándar axiológico –a diferencia de lo sustentado por autores como Garzón Valdés (1998) o Haro (2001).

En todo, aunque el contenido de la *razonabilidad* varíe en las concepciones antes presentadas, es posible advertir como un punto en común el empleo de dicho término como un estándar –entre otros- en la práctica del derecho, por lo que una primera pregunta se sitúa en ¿qué contenido se le da a razonabilidad?

Siguiendo a Van Eemeren (2015), es posible distinguir entre una concepción geométrica (que también podría denominarse *formalista*), una concepción antropológica (o *relativista*), y una concepción crítica (o *racionalista*) acerca de la *razonabilidad*. La primera concepción encierra dogmas que terminan velando la posibilidad de argumentación. La segunda, expresión de la retórica, considera que una decisión es *razonable* en cuanto sea aceptable por la audiencia a la cual se dirige (comunidad, cultura, en un tiempo determinado), equiparando lo razonable a aquello válido intersubjetivamente. La tercera, expresión de la dialéctica, no restringe la validez de la razonabilidad a una validez intersubjetiva; bajo esta concepción, la validez depende del encaje de la argumentación con el procedimiento para el discurso.

Esta clasificación, si se entiende a la razonabilidad como un *estándar* a seguir en la práctica jurídica, entonces exigiría: (1) bajo la primera concepción, que el razonamiento judicial sea acorde a las formas jurídicas o dogmas existentes; (2) bajo la segunda concepción, que el razonamiento judicial en un caso concreto sea aceptable intersubjetivamente; y (3) bajo la tercera concepción, que el razonamiento

judicial se ajuste a los procedimientos para el discurso. Los cuestionamientos a estas propuestas normativas serían, a su vez, los siguientes: (1) ¿las formas jurídicas o dogmas, se conocen o se construyen? ¿y cómo se identifican?; (2) ¿cuál es la audiencia de los operadores del derecho? ¿ciudadanos, otros jueces, otros poderes, letrados en derecho? ¿cómo se explican los desacuerdos normativos ante la exigencia de validez intersubjetiva?; (3) ¿qué es lo que pretende el procedimiento para el discurso? ¿se admite discreción, o se exige una respuesta correcta? ¿las reglas del discurso permiten únicamente razones jurídicas o también razones normativas extrajurídicas (como las razones morales)? Sólo luego de responder a tales cuestionamientos se podría evaluar cada una de las propuestas normativas concebidas bajo las tres posturas citadas anteriormente.

2.2.2. Constitucionalismo(s) y modelos de Estado de Derecho

Antes de abordar las bases teóricas que permitirán analizar el fenómeno –o mejor, los fenómenos- del constitucionalismo y el Estado de Derecho, conviene hacer dos precisiones. La primera, es que la idea de constitucionalismo varía según el contexto histórico y social y, por tanto, también la del Estado de Derecho. La segunda, que estas variaciones también dependen de la perspectiva filosófica y teórica desde la que se tome como punto de partida. En consecuencia, conviene hablar de *constitucionalismos*, en lugar de hacer referencia a un único modelo.

En ese sentido, es pertinente hacer mención de dos propuestas de clasificaciones sobre los *constitucionalismos*: el estudio desarrollado por Robert Schütze (2019) y la propuesta clásica de Paolo Comanducci (2002). En base a estas clasificaciones, posteriormente se abordan las bases teóricas para la categoría del Estado Constitucional de Derecho.

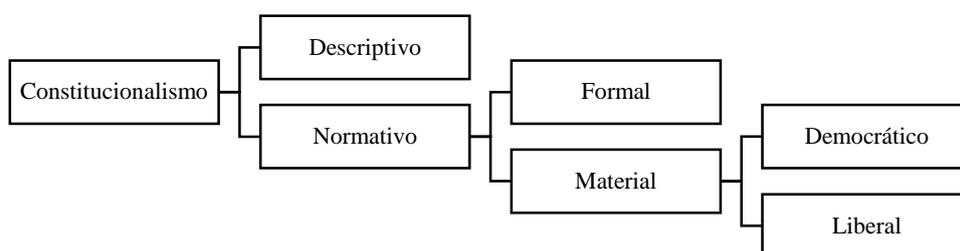
Para Schütze (2019), el constitucionalismo engloba las ideas que definen qué es o cómo debería ser una constitución. Como es fácil percibir, lo largo de la historia del Derecho, se han desarrollado diversas concepciones de lo que es –o debe ser- la constitución y, en ese sentido, el constitucionalismo (Fioravanti 2001).

Una situación como esta es la que conduce a Schütze (2019) a clasificar su abordaje bajo tres perspectivas dicotómicas, a saber, una perspectiva descriptiva

frente a una normativa, una formal frente a una material, y una liberal frente a una democrática. En estas, cada una de las últimas perspectivas presupone a las siguientes, como puede verse en la siguiente ilustración.

Figura 1

Constitucionalismo descriptivo y normativo.



Nota. Elaborado a partir de la propuesta de Schütze (2019).

Desde una perspectiva descriptiva, el constitucionalismo implica que una constitución es la descripción factual de las instituciones y poderes gubernamentales. Además del clásico modelo de Aristóteles (2018) sobre formas de gobierno, el auge de la democracia y el gobierno representativo, marcado por las revoluciones americana y francesa, renovaron el significado de dichas formas de gobierno, destacándose dos ideas clave: la constitución “republicana” y la idea de “representación democrática” (cfr. Hamilton, Madison y Jay 2003). Esto dio lugar a distintas formas de gobierno modernas, ya sea dominadas por un ejecutivo elegido (presidencialismo), una asamblea de ciudadanos elegidos (parlamentarismo) o un pequeño grupo de políticos profesionales (Estado de partidos). También se reconocen formas de democracia directa, aunque incluso estas contienen elementos de “representación”, y su expresión negativa se conoce como “populismo”, caracterizado por el gobierno basado en la opinión pública, a menudo manipulada por intereses privados poderosos.

En contraste, el constitucionalismo normativo sostiene que las constituciones no solo describen las estructuras gubernamentales existentes, sino que también prescriben su composición y poder (o poderes), i.e. cómo debe ser dicha composición o cómo deben distribirse y ejercerse dicho poder (o poderes). Desde un punto de vista formal, las leyes constitucionales son aquellas normas que, como las leyes más elevadas dentro de una sociedad, están por encima del gobierno, de ahí que se hable acerca de la supremacía de la constitución (Hesse 1992). Sin embargo, en los últimos dos siglos, esta definición formal ha competido con una comprensión material acerca de lo que debería ser una constitución.

Este constitucionalismo material vincula el concepto jurídico de la constitución con una filosofía política específica destinada a legitimar la constitución. Así, compiten por esta filosofía una visión basada en un constitucionalismo “democrático”, bajo la cual se argumenta que una constitución genuina existe solo si esta se basa en la idea de un “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, tres elementos –y no una mera frase- que requieren ser evaluados para determinar si se está o no frente a dicho modelo. En cambio, el constitucionalismo “liberal” sostiene que una constitución solo es “verdadera” si establece límites al poder gubernamental, siendo la separación de poderes y los derechos fundamentales los límites tradicionales (Bingham 2018). En todo, a esta dicotomía podría añadirse un modelo adicional, el del constitucionalismo “social” (Díaz 1988), que pone en relieve que la preocupación no sólo debe recaer sobre las libertades fundamentales, sino también sobre los derechos económicos, sociales y culturales, que a fin de cuentas son condición para el ejercicio de las libertades.

Por su parte, Comanducci (2002) desarrolla una clasificación distinta sobre el constitucionalismo, pero, además, sobre las *formas de neoconstitucionalismo*. El punto de partida para este autor viene configurado por la idea de constitucionalismo moderno, en el sentido de ideología jurídica. Para su abordaje, Comanducci aborda tres tricotomías.

La primera dicotomía se vincula al objeto y pretensión del constitucionalismo. En esta se distingue –además del constitucionalismo en sentido

amplio y restringido- entre un constitucionalismo *débil* y uno *fuerte*. En el primero la constitución es requerida únicamente para la limitación del poder existente, no previendo garantías para la eficacia de los derechos fundamentales. En el segundo, por el contrario, sí se requiere el establecimiento de dichas garantías para exigir el cumplimiento de los derechos frente al poder del Estado. Mauricio Fioravanti (2001) da cuenta del paso del primero al segundo modelo en la historia.

La segunda dicotomía se relaciona con los medios institucionales a través de los que se busca satisfacer sus fines. Se distingue así entre un constitucionalismo *de contrapoderes* y otro *de las reglas*. El primero, para la limitación del poder y garantía de los derechos, se basa en un sistema de frenos y contrapesos, en el que cada poder del Estado limita y controla al otro poder –estableciendo entre sí mismos un balance. El segundo, se basa en la propuesta de un sistema en el que los derechos fundamentales prevalecen frente a la acción del Estado, esto, a través de reglas fundamentales –de ahí su nombre de “constitucionalismo de las reglas”- que buscan que el Estado se abstenga de inmiscuirse en la esfera privada de las personas. En ambos casos, agrega Comanducci (2002), los dos planteamientos pueden ser instrumento para el constitucionalismo fuerte.

La tercera dicotomía se enfoca en los medios políticos a través de los que también se busca satisfacer sus fines. En esta se distingue a un constitucionalismo reformista y a uno revolucionario. El primero de estos establece el requerimiento al poder existente de la concesión o pacto de la promulgación de una constitución. El segundo, la destrucción del poder existente y el otorgamiento de una constitución frente a un nuevo poder revolucionario.

Finalmente, según la idea de constitución que se sostenga, Comanducci (2002) advierte que esta puede conducir a un neoconstitucionalismo ideológico, caracterizado por la sujeción de los jueces a un deber de interpretar el Derecho conforme a un modelo axiológico presente en la constitución –en cuanto se sostenga dicha idea de constitución. Así también, según la idea de constitución, puede darse cabida a lo que el autor citado denomina como neoconstitucionalismo metodológico, el cual aboga por una conexión necesaria entre Derecho y moral, cuyo “puente” viene configurado por los derechos fundamentales –véase por

ejemplo Alexy (2013b). Una tesis contraria a la que sostiene el positivismo jurídico (Hart 2009).

Es en función a la idea –o ideas- del constitucionalismo que se discute sobre un modelo de Estado denominado como “Estado de Derecho”, conocido como *Rule of Law* en el ámbito del *common law*, el cual abarca lo conocido como “*rättssäkerhet*” y “*rättstat*” en el Derecho sueco, o al “*Rechtssicherheit*” y “*Rechtsstaat*” en el Derecho alemán. La discusión sobre el Estado de Derecho, tal como ocurre con la idea de constitucionalismo –en términos de Schütze (2019)- plantea la pregunta sobre si se debe atribuirse una definición formal o una material.

El modelo del Estado de Derecho fue desarrollado como respuesta al absolutismo, buscando evitar la tiranía al distribuir, equilibrar y limitar el poder. Sin embargo, siguiendo a Naiade El-Khoury y Rüdiger Wolfrum (2019) no hay consenso en la definición del concepto de Estado de Derecho, por lo que esta depende de la cultura jurídica y circunstancias históricas que se tenga. En todo, estos autores distinguen entre una visión formal y una material sobre el Estado de Derecho. mientras la primera tiene un enfoque más procedimental e implica que el Estado debe estar sujeto a sus propias leyes y actuar bajo ellas, asegurando la previsibilidad y legalidad práctica (Fuller 1967); la segunda tiene un enfoque más sustancial –inclusive axiológico- y es más amplia e incluye derechos humanos y calidad de la legislación (Peces-Barba 1995, Díaz 1988), siendo más controversial (Ansuátegui Roig 2013). En todo, El-Khoury y Wolfrum (2019) –y en el mismo sentido autores como Alexy (2016b), Dworkin (2022), entre otros- consideran que ambos enfoques no son incompatibles *per se*, sino que inclusive pueden ser complementarios.

2.3. CONCEPTOS DE LAS CATEGORÍAS

2.3.1. Razonabilidad

Es aquello conforme a la razón, pudiendo hacer referencia a una respuesta objetivamente correcta (razonabilidad objetiva), una respuesta subjetivamente correcta (razonabilidad subjetiva), o una respuesta compartida intersubjetivamente (razonabilidad intersubjetiva).

2.3.2. Estado Constitucional de Derecho

Es un modelo de Estado en el que se garantiza la separación de poderes, la legalidad en la actuación de la administración pública y, en especial, la primacía de la Constitución, y el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE ESTUDIO

En cuanto al tipo de investigación, se trata de una investigación jurídica dogmática (no empírica). Sin embargo, además es posible considerar la presente de acuerdo con las distintas clasificaciones de la investigación (Hernández-Sampieri & Mendoza Torres, 2018; cfr. Martínez Zorrilla, 2010), tal como se describe a continuación:

- a) Según el objetivo general pretendido, se trata de una investigación básica, es decir, enfocada al desarrollo y profundización del conocimiento, específicamente, en cuanto a razonabilidad y Estado Constitucional de Derecho.
- b) Según el alcance del estudio, se trata de una investigación argumentativa, puesto que se enfoca en un abordaje crítico a la caracterización, contextualización, y sistematización del objeto de estudio, a partir de la discusión entre teorías jurídicas y filosóficas.
- c) Según las herramientas metodológicas a emplearse, se trata de una investigación cualitativa-documental, debido a su enfoque sobre un objeto que no es pasible de medición numérica, sino de valoración a partir de teorías que pueden identificarse y/o construirse sólo a partir de una revisión documental o bibliográfica para la sistematización de la información.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Siendo una investigación cualitativa de tipo documental, esta no persiguió un propósito experimental, teniendo un diseño mixto tal como a continuación se detalla.

3.2.1. Diseños interpretativos

El diseño de la investigación realizada estuvo basado en una adaptación del diseño de teoría fundamentada (*grounded theory*) a la investigación jurídica, y en los métodos de la argumentación jurídica.

Siguiendo a Hernández Sampieri y Mendoza Torres (2018), la teoría fundamentada alude a un diseño propio de la investigación cualitativa, como también a un producto o resultado de esta. Según los autores citados, bajo este diseño se procura ofrecer “una explicación o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacciones que se aplican a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes” (Hernández Sampieri y Mendoza Torres 2018, 526). En ese sentido, se trata de un diseño de corte empírico que requiere adaptarse a la investigación jurídica para ser aplicado en dicho ámbito. Ello, a razón de que la investigación jurídica no es una investigación de corte empírico, sino al contrario, pues su propósito, a diferencia de otras ciencias o disciplinas, no consiste en *describir* la realidad –mediante aserciones–, sino en *prescribir* en la misma –mediante prescripciones (cfr. Anscombe 1991); tal es así, que no cabe hablar de relaciones de causalidad (o causa-efecto), sino más bien de imputación (cfr. Kelsen 1933; 1979; 2011b). De este modo, la investigación jurídica no tiene una perspectiva empírica, sino analítica o normativa. Analítica en cuanto se ocupa del lenguaje prescriptivo mediante el cual se expresa o manifiesta el Derecho, es decir, del *ser* del Derecho; y normativa en cuanto se ocupa del propósito mismo de la prescripción en el Derecho –y no en el sentido kelseniano–, es decir, del *debe ser* del Derecho.

Bajo tal perspectiva, la adecuación de la teoría fundamentada empleada tiene la implicación de un cambio en la dirección de ajuste de la investigación: en lugar de *describir* o *explicar* la realidad, se pretendió *valorar* las propuestas teórico-jurídicas, específicamente acerca de la razonabilidad en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Esto también implicó una adecuación en el método de “análisis de datos” –o mejor, de *procesamiento* de datos–, según lo antes caracterizado.

3.2.2. Estudios sociocríticos

Considerando el tipo de investigación realizada, así como los objetivos planteados, no se siguieron diseños de estudios sociocríticos, sino únicamente aquellos interpretativos antes señalados.

3.3. TÉCNICAS DE TRABAJO DE CAMPO

Siendo que la presente es una investigación jurídica dogmática (no empírica), se utilizó la Técnica de Revisión Documental, para la construcción de categorías a través de la identificación de elementos comunes en la conceptualización de la noción de *razonabilidad*, así como de las exigencias del *Estado Constitucional de Derecho*.

3.4. INSTRUMENTOS DE LEVANTAMIENTO DE INFORMACIÓN

En tal sentido, en correspondencia a la técnica antes señalada, el instrumento a emplearse será la Ficha Bibliográfica, la cual consiste en un esquema en el cual se registrarán los datos generales de las fuentes documentales o bibliográficas revisadas, la conceptualización y la caracterización de la noción de *razonabilidad*, así como de las exigencias del *Estado Constitucional de Derecho*.

3.5. MÉTODO DE MUESTREO

Siendo que el presente estudio es de tipo cualitativo-documental, no requirió un abordaje empírico, por lo que no se estableció propiamente una “población” ni –en consecuencia- un método de “muestreo”. El tipo de fuente central en esta investigación es la fuente documental o bibliográfica, la cual es constituida de manera primaria por los estudios doctrinales, así como por los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes, esto es, tanto de aquellas pertenecientes a la jurisdicción ordinaria –i.e., Corte Suprema- como a la jurisdicción constitucional –i.e., en el caso peruano, Tribunal Constitucional-, pertenecientes a sistema jurídicos que se vinculan (o buscan vincularse) al Estado Constitucional de Derecho, relativos a la noción de *razonabilidad*.

En cuanto a las categorías que serán evaluadas, pueden verse las identificadas en la tabla 1.

Tabla 1

Categorías y subcategorías de estudio.

Categorías	Subcategorías
Razonabilidad	- Razonabilidad objetiva (como respuesta objetivamente correcta). - Razonabilidad subjetiva (como respuesta subjetivamente correcta). - Razonabilidad intersubjetiva (como respuesta compartida intersubjetivamente).
Estado Constitucional de Derecho	- Surgimiento - Caracteres - Paradigmas

Nota. Elaboración propia.

3.6. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LOS DATOS

En cuanto al método de análisis de datos, considerando el tipo de investigación desarrollada, en la identificación y caracterización de las categorías se aplicó un procedimiento de teoría fundamentada (*grounded theory*) adaptada al ámbito de la investigación jurídica, y para la evaluación de las categorías identificadas se emplearon métodos valorativos basados en teorías retóricas y dialécticas de la argumentación jurídica.

Los criterios de rigor científico bajo los cuales se efectuó la evaluación de las categorías en la presente investigación fueron los de fundamentación (o de consistencia) y de aproximación (o de coherencia lógica), en los términos de Hernández Sampieri y Mendoza Torres (2018), aunque adaptados al ámbito de la investigación jurídica, tal como se refirió al describirse el diseño de la presente investigación.

En ese sentido, en el procedimiento de identificación y caracterización de las categorías se siguieron los siguientes pasos:

- (1) Recolección inicial de datos
- (2) Categorías preliminares
- (3) Recolección de datos y análisis documental
- (4) Categorías refinadas

Seguidamente, en el procedimiento para la evaluación de las categorías identificadas, se continuaron con los siguientes pasos:

- (5) Evaluación argumentativa de los datos obtenidos
- (6) Categorías más refinadas
- (7) Saturación de las categorías

Este último paso supuso una situación en la que información adicional sobre las categorías estudiadas no implicó nuevos argumentos que propicien la variación de la evaluación realizada.

Así, el rigor científico de fundamentación (o consistencia) supuso que la investigación, y las conclusiones formuladas, se encuentre sustentada en bases sólidas de carácter teórico, filosófico, y jurisprudencial, lo que exigió una revisión exhaustiva de la literatura y jurisprudencia pertinente conforme a las categorías de estudio. Por otro lado, el rigor científico de aproximación (o coherencia lógica) supuso la justificación interna de la investigación; es decir, de la lógica y de la contundencia de la explicación del razonamiento del estudio.

CAPÍTULO IV: HALLAZGOS DE INVESTIGACIÓN

4.1. RESULTADOS

A continuación, se presentan los resultados de la investigación con relación a cada uno de los objetivos planteados.

4.1.1. Concepciones de razonabilidad a partir de las teorías jurídico-filosóficas

La discusión acerca de la razonabilidad reúne distintas posiciones jurídico-filosóficas que evidencian notables desacuerdos no sólo en el entendimiento acerca de qué se entiende –o debe entenderse- por *razonabilidad* en el Derecho, sino además en cómo y quién determina sus contenidos, y qué tipo de razones se admite para su conocimiento o determinación. Sin embargo, de manera previa a dicha discusión, las teorías filosófico-jurídicas plantean otra problemática cuya aproximación es necesaria para entender, y reconstruir, las concepciones que cada una sostiene acerca de la razonabilidad: el concepto de Derecho.

Teorías cuyas propuestas no han quedado restringidas únicamente al ámbito –valga la redundancia- teórico, sino que en muchos casos han trascendido al ámbito de la práctica legislativa, como al de la práctica jurisprudencial, en diversos sistemas jurídicos.

A continuación, se presentan ciertas teorías jurídico-filosóficas que han tenido amplia influencia como discusión, sin un ánimo de exhaustividad en la enumeración de estas, dada la basta multiplicidad de teorías existentes.

4.1.1.1. El positivismo jurídico en Kelsen

A. El pensamiento de Kelsen en contexto

Hans Kelsen nació el año 1881 en Praga, en el seno de una familia judía de clase media-baja que –pese a las dificultades económicas- decidió que su primogénito recibiera educación académica. Al respecto, en cuanto a la influencia

religiosa que Kelsen recibió de sus padres, Olechowski (2020) concluye que esta no parece haber sido determinante, pues mientras sus padres permanecieron en la comunidad judía por muchos años –en el caso de su padre hasta su muerte, y en el de su madre, hasta la ascensión al poder del régimen nazi-, Kelsen la abandonó formalmente al bautizarse como católico en el año 1905, y posteriormente en una iglesia evangélica en 1912 que fuese el mismo año de su matrimonio –aunque esto último respondería a una cuestión práctica más que religiosa, como lo evidencia Oleschowski.

Según relata el propio Kelsen (2008a), a sus 4 años su familia se trasladó a Viena, cursando su educación primaria en una escuela evangélica del Distrito N.º 4 para luego estudiar en el Gimnasio Académico de Viena. En esta etapa Kelsen se describe a sí mismo como un “escolar mediano” al que sus profesores no consiguieron incentivar su interés por la escuela. Sin embargo, fue la literatura, y luego la filosofía, la que sí captaron el interés del joven estudiante. Autores como Buechner, Schopenhauer y Kant son destacados por Kelsen en esta etapa. En 1900 Kelsen terminaría sus estudios de bachillerato, con el “deseo de estudiar filosofía, matemáticas y física” (Kelsen 2008a, 71, 72).

Sin embargo, antes de iniciar sus estudios universitarios, debido a la legislación de servicio militar vigente y probablemente a la oportunidad de ascenso social, Kelsen se unió al ejército de la monarquía Austro-Húngara para realizar, desde setiembre de 1900, un servicio completo de 10 años en el ejército y 2 en la reserva. Durante este periodo, Kelsen demostraría tener un “carácter sólido”, gozando de la aceptación de sus compañeros (Olechowski 2020). Su servicio activo culminaría en enero de 1913, año en el que quedó registrado en la reserva. Esta etapa, en palabras de Kelsen (2008a, 72), “significó una completa interrupción de mi anterior existencia intelectual”.

El inicio de su servicio en el ejército y de la reflexión que realizó sobre qué oficio podría aspirar con la filosofía –que parecía limitar sus posibilidades a ser maestro de secundaria- hicieron que Kelsen se decidiese a matricularse en la facultad de Derecho en la *Universität Wien* en 1901. Sin embargo, sus primeras lecciones le causaron un “amargo desengaño” (Kelsen 2008a, 73). La experiencia

con docentes que fueron superficiales, malos oradores, o figuras cómicas, provocó que Kelsen optara por ya no participar en la mayoría de los cursos y dedicarse al estudio de obras filosóficas por su cuenta. Aunque sus obligaciones militares no retrasaron sus estudios, Kelsen no destacó en ningún aspecto en su etapa como estudiante universitario, teniendo un desempeño formalmente mediocre (Olechowski 2020).

En esta etapa, los ánimos de Kelsen por sus estudios fueron reavivados por su amigo Otto Weininger, que se encontraba desarrollando su tesis de doctorado, y por una lección de historia de filosofía del Derecho impartida por su profesor Leo Strisower: un ensayo de filosofía política escrito por Dante Alighieri (*De Monarchia*). Fue por dicho ensayo que Kelsen se propuso desarrollar un trabajo sobre la teoría del Estado de Dante, pese a que su profesor lo desaconsejara por “la inmensa literatura sobre Dante” y porque primero Kelsen tendría que terminar sus estudios. Esto, sin embargo, no hizo que Kelsen se rindiese en su propuesta, pues prefirió trabajar en algo que le interesaba a “perder por completo el gusto por el derecho y las ciencias jurídicas haciendo simples pruebas de estudio” (Kelsen 2008a, 76). Este trabajo sería titulado como *Die Staatslehre des Dante Alighieri* y publicado en 1905, traducido al español como “La teoría del Estado de Dante Alighieri” (Kelsen 2019), teniendo gran éxito en su época (y en años posteriores). Durante su trabajo en esta obra, Kelsen comenzó a interesarse en la teoría del Derecho y en los conceptos jurídicos fundamentales por la falta de “exactitud y fundamento sistemático” de estos. Este interés hizo que Kelsen trabajase en la que sería su tesis de habilitación (*Habilitationsschrift*) presentada el año 1911 bajo el título *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, texto cuya segunda edición fue publicada en 1923, la que sería traducida y publicada en español como “Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica” (Kelsen 1987). Es este texto el que sería la base para la teoría de Kelsen que, desde 1920, se conocería como *Reiner Rechtslehre* (“Teoría Pura del Derecho”) y que ocuparía más de sesenta años de trabajo, esto es, hasta el final de su vida.

Al respecto, en las pocas líneas que Kelsen le dedica en su autobiografía, el autor refirió que el propósito original consistía en desarrollar “era una sistemática teoría del positivismo jurídico, ligada con una crítica a la doctrina del derecho natural” (Kelsen 2008a, 155). Una teoría cuyos postulados, en primer lugar, ya se dejaban ver en el texto *Allgemeine Staatslehre*, publicado en 1925 y que luego se traduciría al español bajo el título “Teoría General del Estado” (Kelsen 1934a). Y, en segundo lugar, en el texto *Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre* publicado en 1933, que cuenta con una traducción al español como “El método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho” (Kelsen 1933).

La Teoría Pura del Derecho, sin embargo, no es una obra que carezca de cambios. Actualmente se distingue entre tres versiones de esta obra. La primera publicada en alemán como *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* en 1934 –actualmente cuenta con una edición de estudio al cuidado de Jestaedt (Kelsen 2008)-, que cuenta con traducción en español como “La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho” (Kelsen 1941). La segunda, publicada como una versión revisada y corregida en francés como *Théorie Pure du Droit. Introduction à la science du droit* en 1953, traducida como “Teoría pura del Derecho” (Kelsen 1960). Una tercera, considerada como una reelaboración de su teoría adecuada a sistemas del *common law*, publicada en 1945 bajo el título *General Theory of Law and State*, traducida como “Teoría General del Derecho y del Estado” en 1949 (Kelsen 1995). Y, finalmente, la segunda edición alemana de su texto original, bajo el título *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, publicada en el año 1960 –cuya edición de estudio al cuidado de Jestaedt ha sido recientemente publicada (Kelsen 2017)-, traducida al español sólo como “Teoría pura del Derecho” (Kelsen 1979).

En esto, aunque es innegable que Kelsen introdujo en diversas ocasiones cambios en sus postulados, llegándose a hablar de un “primer Kelsen” o uno “segundo”, es pertinente la advertencia que hace Paulson (1998; 1999) de tener cuidado con efectuar periodizaciones de su pensamiento, pues, aunque en sus últimas obras se introducen ciertos matices empiristas, la esencia neo-kantiana –en

la lectura de Kelsen- parece mantenerse a lo largo de su obra. Esta es la obra central de Kelsen en materia de teoría del Derecho, junto con diversos otros textos sumamente valiosos que escribió en diversas áreas sin limitarse a la teoría del Derecho (Correas 1989).

En todo, aunque Kelsen falleció el año 1973 en California, Estados Unidos, sus obras continúan editándose, traducándose y reimprimiéndose, pues –como lo reconocen tanto seguidores como críticos- se trató del filósofo del Derecho más influyente del siglo XX, cuya obra ha provocado *ecos* (Ramírez Cleves 2012) a lo largo del mundo. Sin embargo, a la par de ser de gran influencia, también fue objeto de gran malinterpretación –en Latinoamérica López Medina (2004) da cuenta de ello.

B. La filosofía jurídica y moral de Kelsen

Kelsen es ampliamente conocido de dos maneras: (1) como el máximo representante del positivismo jurídico del siglo XX, y (2) como un crítico acérrimo del iusnaturalismo –aunque cabe precisar que es posible identificar más de un positivismo, como también más de un iusnaturalismo incluso en dicha época. Sin embargo, Kelsen no fue el primero –ni mucho menos el último- de los críticos del iusnaturalismo. Ya en 1892 se publicaba la obra *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* de Karl Bergbohm, una obra sumamente crítica al Derecho natural de la época que influyó en un inicio en la obra de Kelsen, quien –en un texto publicado originalmente en 1920- calificó al libro de Bergbohm como una pieza “fundamental e insuperable para la teoría del positivismo jurídico” (Kelsen 2013, 354). Sin embargo, cabe aclarar que, aunque serviría de influencia, Kelsen no se convertiría en “seguidor” de la obra de Bergbohm, no recurriendo a esta en sus escritos posteriores ni en su Teoría Pura, aunque sí para formular ciertas críticas (Kelsen 1928).

Otra obra relevante que precede a las críticas de Kelsen es *Naturrecht und Soziologie*, publicado por Adolf Menzel en 1912, que también elabora una crítica al Derecho natural. Este texto sería bien conocido por Kelsen, quien haría una reseña de este en 1915, reconociendo favorablemente la obra de Menzel (Kelsen

2010). Al respecto, a pesar de que Kelsen tampoco recurriría al texto de Menzel en su Teoría Pura, es posible considerar la influencia que tuvo esta obra en el desarrollo de su teoría, aunque con postulados ciertamente distintos a los sostenidos por Menzel, quien no evitaría hacer críticas a la teoría de su antiguo alumno. Sin embargo, tal como sugiere Olechowski (2020), tales desacuerdos serían estrictamente científicos, pues es probable que la relación personal entre Kelsen y Menzel fuese buena e incluso paternal y/o amical.

Esto revela una creciente discrepancia en tal época con los postulados sostenidos por el Derecho natural, que serían vistos por Kelsen como *ideológicos* y fuertemente rechazados por este. Buscar dar respuesta a los problemas del Derecho mediante juicios morales era algo inadmisibles para Kelsen. Y es que, aunque Kelsen (1941; 1960; 1979; 1995) no negaba la posibilidad de hablar de valores morales, él cuestionaba la aceptación –o mejor, la imposición- de una moral absoluta como única, exclusiva y excluyente de otras concepciones morales. Un cuestionamiento formulado a partir de dos perspectivas: una epistemológica y una ético-política.

La figura de Kant no fue extraña en la época de Kelsen, sino todo lo contrario. Los primeros acercamientos de Kelsen a los libros de Kant serían en la época de escolaridad, lo que continuaría a lo largo de su vida, y especialmente a través de George Jellinek, a quien se atribuiría el haber transmitido a Kelsen –aunque quizá indirectamente- las enseñanzas de la escuela neokantiana del suroeste de Alemania fundada por Wilhelm Windelband –quien fuese amigo de Jellinek (Olechowski 2020). Es así que la interpretación de Windelband acerca de Kant fue especialmente relevante para Kelsen (2008a). Posteriormente, entraría en escena la obra de Hermann Cohen, fundador de la escuela kantiana de Marburg, con la que Kelsen observó ciertos paralelismos a través de una reseña acerca de sus *Problemas capitales* (Kelsen 1987) publicada en *Kant-Studien* en 1912, propiciando una “persistente influencia” de la obra de Cohen hacia Kelsen –aunque ello no implicó que Kelsen aceptase la totalidad de los postulados de Cohen.

De esta influencia kantiana/neokantiana, así como de la obra de Hume, proviene la distinción entre ser (*Sein*) y deber ser (*Sollen*) en Kelsen que motivaron a plantear un estudio del Derecho bajo una *pureza metódica*, esto es, sin recurrir a

juicios morales o políticos ni tampoco a elementos de las ciencias naturales –sean sociológicos, psicológicos o económicos (Kelsen, 1941; 1960; 1979; 1995). Esto, sin embargo, no quiere decir que el Derecho sea *puro*, pues la pretensión de Kelsen no es afirmar la existencia de un “Derecho puro”, sino una teoría para estudiar el Derecho que ofreciese un “método puro”.

Es así como se suele ubicar a Kelsen como un autor positivista. Sin embargo, cabe advertir que, así como ocurre con los *iusnaturalismos*, existen distintas doctrinas que se han identificado como *iuspositivistas*. Esto en el tiempo en el que Kelsen desarrolló su obra, como también de manera posterior al mismo.

En primer lugar, cabe hacer referencia a una de las clasificaciones más citadas acerca del positivismo jurídico es la propuesta por Norberto Bobbio (1991) –que no está libre de objeciones (cfr. Scarpelli 2021; Atria 2016). Según este autor es posible distinguir entre (a) positivismo teórico, (b) positivismo ideológico, y (c) positivismo metodológico.

- (a) Positivismo teórico. Bajo esta perspectiva el enfoque se centra en el Derecho positivo entendido como conjunto de reglas vinculantes y coherentes producidas –así como aplicadas- por el Estado.
- (b) Positivismo ideológico, o “cuasi positivismo” en términos de Ross (1991a). Se sostiene que, debido a que (i) el Derecho positivo es producto de la voluntad soberana, entonces es un derecho *justo*, o (ii) si, excluyendo la moralidad de sus reglas, estas son conducentes a un fin deseable, entonces (iii) existe un deber moral de obedecer el Derecho positivo. Sobre esta tesis, Nino (2013) enfatiza la dificultad en hallar a algún autor positivista relevante que se haya adherido a esta tesis de manera plena.
- (c) Positivismo metodológico. En este caso, el enfoque se centra en el *conocimiento* del Derecho a través de una actitud a-valorativa, que permita distinguir qué es Derecho válido y qué no lo es, sin recurrir a juicios morales.

Bajo esta clasificación se considera a Kelsen como un positivista metodológico, así como también como un crítico del positivismo ideológico (cfr. Kelsen 1941; 1960; 1979; 1995).

En segundo lugar, también cabe distinguir entre un positivismo empírico y un positivismo normativista. Esto tiene especial relevancia puesto que precisamente la teoría de Kelsen se ubica en un espacio distinto al del (1) iusnaturalismo que cuestiona, caracterizado por asimilar la tesis de la normatividad –que separa al Derecho de los hechos- y la tesis de la moralidad –que establece una conexión necesaria entre Derecho y moralidad-; pero también, en un espacio distinto al del (2) positivismo empírico-reduccionista –igualmente cuestionado por Kelsen-, el cual asimila la tesis reductiva –que reduce el Derecho a los hechos- y la tesis de la separabilidad –que niega que exista una conexión necesaria entre Derecho y moral. Estos dos tipos de teorías, criticadas por Kelsen, serían las que predominaban en la –infructuosa- discusión en su época. A esto se suma que –como subraya Paulson (1993)-, aunque tradicionalmente se consideraba que estos dos tipos de teorías eran no sólo excluyentes, sino también exhaustivos conjuntamente; ambas teorías no resultaban plausibles, pues la primera confundía al Derecho con la moral, y la segunda con los hechos. Esta supuesta antinomia de teorías quedaría resuelta con la propuesta de Kelsen, que relevaría que se tratarían de teorías que no eran genuinamente contradictorias ni, por tanto, exhaustivas de las posibilidades.

La propuesta de Kelsen –esto es, su Teoría Pura- asimila la tesis de la normatividad, distanciándose así del positivismo empírico. Este punto podría ser compartido –en cierto modo- por las teorías iusnaturalistas que critica Kelsen, que también separan al Derecho de los hechos. Sin embargo, la teoría de Kelsen se distanciaría también de los iusnaturalismos al asimilar la tesis de la separabilidad entre Derecho y moral. De este modo, se configura un tercer tipo de teoría posible y una genuina oposición al iusnaturalismo –al menos al que Kelsen cuestiona- como también al positivismo empírico reduccionista de su época. Paulson (1993) ilustra la ubicación de la teoría de Kelsen de la siguiente manera:

Tabla 2*Ubicación de la Teoría Pura del Derecho*

Derecho y hechos	Tesis de la normatividad (separabilidad del Derecho y el hecho)	Tesis reductiva (inseparabilidad del Derecho y el hecho)
Derecho y moralidad		
Tesis de la moralidad (inseparabilidad del Derecho y la moralidad)	Teoría del Derecho natural	
Tesis de la separabilidad (separabilidad del Derecho y la moralidad)	Teoría Pura del Derecho	Positivismo empírico- reduccionista

Nota: Paulson (1993, 232), traducción propia.

En tercer lugar, para Sendín (2017), entre los tipos de teorías positivistas que son *cognoscitivistas* y aquellos que son *no cognoscitivistas*. la vinculación entre la filosofía jurídica y la filosofía moral de Kelsen permite identificar su propuesta teórica como una teoría no-cognoscitivista. Para el citado filósofo del Derecho, afirmar qué es lo moral o justo depende del ámbito social e histórico, así como –en último término- del propio sujeto. Y es que Kelsen tiene una perspectiva relativista acerca de la realidad, opuesta a la concepción absolutista. Sendín (2017) observa esta característica en tres planos:

- (1) El plano epistemológico. En el que se opone la visión absolutista a la relativista a raíz de que, mientras en la primera se afirma la existencia de “cosas en sí” que trascienden los límites de la experiencia, en la segunda se subraya que el conocimiento está condicionado precisamente a dichos límites.
- (2) El plano político. En el que el absolutismo da lugar a formas de gobierno autocráticas, mientras que el relativismo pretende la defensa de la democracia –y esta presupone al relativismo (Kelsen 1934b).

- (3) El plano ético. En el que el absolutismo afirma la existencia de valores –valga la redundancia- absolutos y, por tanto, de una justicia absoluta no sólo existente, sino también cognoscible. De otro lado, a partir del relativismo sólo se puede aspirar a valores y, en consecuencia, a una justicia relativas. Esto, no porque no exista una “moral objetiva” o “absoluta”, sino porque su conocimiento no es posible.

De este modo, siguiendo la filosofía moral de Kelsen (2008b), los dilemas morales requieren la adopción de una decisión en base a la autonomía moral de la que goza toda persona. Dicho de otro modo, corresponde a cada persona decidir sus reglas de moralidad –es decir, qué es “bueno” o qué es “malo”. Así, un juez no podría tener una exigencia de garantizar una decisión acorde a la moral o justicia absoluta pues los aspectos sustanciales de tal estándar serían eminentemente subjetivos; bastará con que actúe dentro de lo discrecionalmente permitido por el Derecho positivo, y con el ofrecimiento de razones que sustenten o den cuenta de su decisión. Esto, como se dijo anteriormente, no porque no exista dicha moral o justicia absoluta, sino debido a la imposibilidad de su conocimiento objetivo. Sin embargo, consciente de que sólo puede aspirar a una justicia relativa, Kelsen enfatiza presupuestos necesarios para la misma pueda darse, esto es, para la realización de la autonomía moral. Así, caracteriza a dicha justicia –o mejor, a sus presupuestos- como “la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia” (Kelsen 2008b, 83).

C. Derecho y norma jurídica

Como se señaló anteriormente, la pretensión de Kelsen es lograr estudiar el Derecho bajo una pureza metodológica. Para tal propósito, uno de los primeros aspectos que aborda en su Teoría Pura es el distinguir entre ciencias sociales y ciencias naturales, y ubicar el ámbito de la ciencia del Derecho.

Esto es importante para Kelsen pues advierte que ambas disciplinas pueden confundirse, pues las ciencias sociales –al menos en parte- se sitúan en la naturaleza. Para distinguirlas Kelsen llama la atención del *principio de causalidad*, o de causa-efecto, que sería propio de las ciencias naturales: si un objeto es lanzado

el efecto será que este caiga por la gravedad existente, y siempre se producirá el mismo efecto al ocurrir la misma causa. Si una ciencia estudia un objeto aplicando este método, para Kelsen esta ciencia sería de la naturaleza.

El Derecho, sin embargo, no opera bajo parámetros de causalidad natural. Las consecuencias previstas en el Derecho por la ocurrencia de una conducta no son consecuencias naturales, sino imputadas. El objeto del Derecho no viene constituido por la realidad que *es (Sein)* –aunque se proyecte en esta- sino por establecer aquello que *debe ser (Sollen)*. Por tanto, para Kelsen el objeto del Derecho no puede estudiarse bajo la perspectiva del principio de causalidad, sino bajo otro diferente: el principio de imputación. En ese sentido, el Derecho es visto por Kelsen como una ciencia normativa. Ahora bien, ¿cuál es el objeto de la ciencia del Derecho? Kelsen afirma enfáticamente que este es únicamente el Derecho positivo.

En este contexto la noción de norma es central. Sin embargo, Kelsen advierte que además de la norma jurídica, es posible identificar norma de otro tipo como el caso de la norma moral. Estos dos tipos de norma son distintas y pertenecen a diferentes ámbitos, aunque ambas establecen una conducta a realizar, la facultad o la prohíben. En todo, es necesario considerar que la noción de norma jurídica ha sido presentada –construida y “reconstruida”- por Kelsen de diferente manera en el desarrollo de su Teoría Pura.

En la primera edición alemana (Kelsen 2008; cfr. Trad. 1941) y en la francesa (Kelsen 1960), se resalta que, mientras la norma moral es una norma incondicionada y categórica, la norma jurídica implica un juicio hipotético condicional y presenta en todos los casos una misma estructura: un tipo o supuesto de hecho condicionante (*Tatbestand*) vinculado a una consecuencia condicionada (*Folge*). En ese sentido Kelsen distingue entre una norma jurídica (*Rechtsnorm*) y una proposición jurídica (*Rechtssatz*), entendiendo la primera en un sentido amplio y la segunda específicamente como aquella norma jurídica que cuenta con la estructura completa (supuesto de hecho-nexo-consecuencia jurídica o sanción) – que también denomina como “norma primaria”. Sobre esto, Kelsen además refiere que no siempre una disposición jurídica supone una proposición jurídica. En

algunos casos será necesario reconstruir dicha proposición a partir de más de una disposición. Esto implica, que para Kelsen una norma que no tiene una consecuencia jurídica o sanción no puede ser considerada como una norma de Derecho en sentido estricto, aunque sí como una norma incompleta o “secundaria” –una clasificación ya presente en Kelsen desde 1911 (Olechowski 2020). Esto, debido a que para Kelsen la consecuencia coactiva sería lo que diferencia a la norma jurídica de la norma moral, por tanto, sin esa consecuencia o sanción no es posible identificar a una norma como jurídica.

En su “Teoría general del derecho y del Estado”, adaptación de su teoría al público del *common law* Kelsen (1995) mantiene la distinción entre norma primaria y secundaria. Sin embargo, enfatiza que la norma secundaria es enunciativa del comportamiento debido, mientras que la primaria pretende la aplicación de una consecuencia o sanción ante la verificación de un comportamiento determinado – que afecta a la norma secundaria. En ese sentido, se subraya que sólo la norma primaria, la cual presenta una consecuencia o sanción en su estructura, es una “auténtica norma jurídica” (Kelsen 1995, 73). Así, las normas secundarias son únicamente conceptos auxiliares.

Al respecto, aunque la distinción en términos de normas primarias/secundarias está presente en otro de los más grandes positivistas metodológicos del *common law*, H.L.A. Hart, es pertinente advertir que su clasificación es sumamente distinta a la propuesta por Kelsen. En todo, los desacuerdos entre ambos autores no se limitaron a cuestiones terminológicas, sino que abordaron aspectos propios de la norma jurídica y su identificación. Esto último, sin embargo, se desarrollará luego de presentar la teoría hartiana del Derecho.

En la segunda edición alemana de su Teoría Pura, concebida en la literatura como “definitiva”, Kelsen (2017; cfr. Trad. 1979) abandona la distinción entre norma primaria y norma secundaria que sostenía hasta entonces. Al respecto, esto no implica un cambio en el concepto estructural de norma, pues Kelsen sigue considerando al Derecho como un orden coactivo compuesto por normas de igual característica: el concepto de sanción, entonces, es indesligable de la norma en

Kelsen. Sin embargo, cambia su perspectiva en el sentido de que lo que una norma pueda *ordenar* o *prohibir* no constituye aquello “debido”, sino que lo “debido” será la sanción. Por otro lado, si una norma (o disposición) no considera una sanción, como el caso de la norma facultativa o dispositiva, esta es considerada por Kelsen como una “norma dependiente” (*unselbständigen Rechtsnorm*), en el sentido de que por sí misma no logra ser una norma jurídica auténtica, sino que requiere vincularse a otras disposiciones para considerarse como coactiva y, por ende, jurídica.

Finalmente, es pertinente citar el manuscrito *Allgemeine Theorie der Normen*, publicado en 1979 luego de 6 años de la muerte de Kelsen, y que ha recibido una nueva traducción bajo el título “Teoría General de las Normas” (Kelsen 2018). Esta obra es en realidad el proyecto en el que Kelsen se encontraba trabajando desde poco después de 1960 (Olechowski 2020) y hasta el fin de sus días, sin poderse publicar en vida. En este manuscrito Kelsen realiza un estudio monográfico acerca de la norma, revisando algunas de sus tesis previas –con lo que se tiene que su segunda edición de la Teoría Pura no sería una edición “definitiva”. Sin embargo, mantiene la esencia de su teoría y no abandona la caracterización que hace de la norma jurídica como norma coactiva. Así, retoma la distinción entre normas primarias –que estipulan necesariamente sanciones- y secundarias –que imponen deberes-, las cuales forman una unidad, aunque aquellas secundarias sean meramente “superfluas”.

En todo, la característica más resaltante en la obra de Kelsen sobre las normas es su concepción voluntarista, según la cual toda norma es resultado de un acto de voluntad de creación de quien está investido con la competencia para tal propósito.

D. Derecho, ciencia jurídica e interpretación(es)

La distinción entre Derecho y ciencia jurídica –o ciencia del Derecho- es clave en Kelsen, y muchas veces la incompreensión de esta es la que ha generado interpretaciones erradas no sólo sobre la teoría, sino también sobre la práctica interpretativa y aplicativa del Derecho.

Cuando Kelsen desarrolla su “Teoría pura del Derecho”, como se señaló anteriormente, no tiene la pretensión de concebir un “Derecho puro” libre de elementos de carácter político o moral. Al contrario, una lectura de la obra de Kelsen permite observar que el autor citado era consciente de que los elementos del Derecho, su interpretación y aplicación, eran finalmente productos de la voluntad política. Lo que Kelsen proponía con su teoría era un *método puro* para el estudio del Derecho –y no que el Derecho fuese “puro” en sí.

En ese sentido, el Derecho es el objeto de la ciencia jurídica. Por ello, el propósito esta última es la descripción del Derecho. En esto, cabe precisar que, aunque el objeto de la ciencia jurídica, como una ciencia normativa, lo sean elementos *prescriptivos* –esto es, normas jurídicas-, su producto es *descriptivo*. En ese sentido, la ciencia jurídica busca identificar las distintas posibilidades de juicios normativos que puedan extraerse del texto de las normas (Derecho positivo) sin recurrir a valoraciones políticas o morales. Estas posibilidades, sin embargo, no tienen carácter coactivo ni vinculante, sino que son una descripción posible del Derecho positivo. Así, Kelsen advierte que el producto de la ciencia jurídica no puede ser considerado de modo alguno como “norma jurídica”, aunque acepta que pueda denominársele *regla jurídica* en sentido descriptivo.

Por otro lado, tal como se indicó anteriormente, para Kelsen la idea de norma jurídica –completa o independiente- incluye necesariamente un elemento coactivo o de sanción, salvo que se trate de una norma “incompleta” o “dependiente”. De este modo, y en atención a estas últimas normas, es que puede afirmarse que la ciencia jurídica también tiene un propósito reconstructivo: “completar” aquellas normas “incompletas”. Sin embargo, cabe recordar, dicho producto será meramente descriptivo.

En ese sentido, el ejercicio interpretativo que se realiza en la ciencia jurídica es un ejercicio de propósito descriptivo y, como tal, la interpretación realizada por el científico del Derecho es considerada por Kelsen como una interpretación “científica”. Bajo esta perspectiva, al científico del Derecho no le corresponde elegir o determinar cuál es el significado correcto de aquellos que puedan extraerse de una norma, pues tal elección consistiría en un ejercicio de voluntad –o mejor, de

voluntad política: *qué debe hacerse*- mas no a uno de carácter científico –propio de la ciencia jurídica. Así, Kelsen pretende una ciencia que estudie –e interprete- al Derecho sin recurrir a elementos de carácter político o moral, que permita describir, reconstruir y, finalmente, sistematizar los elementos del Derecho bajo los diversos sentidos posibles –sin elegir alguno como *correcto*.

Sin embargo, esta no es la única forma de interpretación a la que Kelsen alude en su obra. Además de la interpretación científica del Derecho, Kelsen llama la atención a otra que denomina “auténtica”. Según el autor citado, esta última interpretación es la que realizan los jueces al momento de –o mejor, previamente a- aplicar el Derecho. Y es que, frente a un caso la necesidad de darle una solución requiere no sólo extraer los posibles significados de una norma aplicable, sino precisamente elegir alguno de estos significados pues de lo contrario, no podría emitirse decisión alguna.

Así, en la denominada “interpretación auténtica” si media un ejercicio de voluntad. A esto, empero, cabe realizar ciertas precisiones. En primer lugar, no se trata de un ejercicio de una voluntad “ilimitada”, sino de una voluntad discrecional, delimitada por el propio Derecho positivo. En segundo lugar, aunque dicha interpretación se conciba como “auténtica”, esta no se trata de una actividad que tenga como resultado un enunciado de verdad, pues las normas son prescriptivas y por ende no están sujetas a condiciones de verdad/falsedad; pero tampoco que logre un único resultado correcto, pues las normas ofrecen diversos sentidos que pueden extraerse, sin que uno u otro sea “correcto” o “incorrecto” necesariamente. En tercer lugar, a diferencia de la ciencia jurídica en la que se propone un método puro para el estudio –e interpretación- del Derecho, la interpretación que realizan los jueces es un ejercicio que en algunos casos podría llegar a calificarse como *impuro*: esto se evidencia sobre todo en la interpretación constitucional, en la que Kelsen (2018) admite la necesidad de que el juez debe realizar una ponderación –pero no en los términos de Alexy- de valores, intereses en juego, y otros aspectos extrajurídicos.

E. La Stufenbau y los sistemas normativos

Antes de describir la perspectiva de Kelsen sobre los sistemas normativos es pertinente hacer cierta aclaración previa. Es en el texto “El método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho” (Kelsen 1933), traducido por Legaz y Lecambra de la obra en alemán que constituye un texto preliminar a la Teoría Pura del Derecho, que se traduce *Stufenbau* como “pirámide jurídica”. Este término, ampliamente empleado a partir de dicho texto, sería atribuido a Kelsen como uno de sus “mayores aportes”. Sin embargo, en los textos en alemán escritos por Kelsen, no se observa en ningún espacio la expresión “pirámide jurídica” –o “normativa” o “del derecho”–, que en alemán vendría a ser *Rechtspyramide*, como parte de su teoría sobre el sistema jurídico –aunque sí emplea el término *Pyramide* cuando se refiere al Derecho internacional –lo que dista plenamente de equipararse con lo que se entiende actualmente como “pirámide jurídica”.

Por un lado, la traducción de *Stufenbau* que puede sugerirse es la de “construcción graduada o escalonada de normas” y no tanto como “pirámide”, que puede resultar un término confuso y objeto de lecturas superficiales que induzcan a un entendimiento inadecuado de la propuesta de Kelsen. Quien sí empleó el término *Rechtspyramide* fue el profesor neohegeliano Max Wenzel (1928) como una propuesta alternativa a la *Stufenbau* de Merkl y Kelsen, a la cual criticó. Este será un punto de discusión entre Wenzel y Kelsen durante la conferencia de profesores alemanes de Derecho constitucional llevada a cabo en *München* (Munich) en marzo de 1927, posteriormente publicada en 1928 por Walter de Gruyter & Co. En respuesta a las críticas y propuestas de Wenzel, Kelsen (1928) cuestionaría que la idea de *Stufenbau* que fuese criticada no sería tan distante a la propuesta del propio Wenzel, deviniendo en una crítica “infundada e inaceptable”. A esto, Kelsen agrega que la propuesta de Wenzel se distinguiría de la suya por su intento de estrechar el círculo de normas jurídicas (enunciados jurídicos) para ser considerados como delegados por la norma fundamental –o “norma original” en los términos de Wenzel–, un intento que no sería exitoso, según lo declara Kelsen. Ahora, la idea de una “pirámide” como ilustración de Wenzel, encabezada por la “norma original” tampoco parece ser plausible para Kelsen, pues si esta norma no puede ser puesta

positivamente –por no delegarse de otra-, sino que se trata de un requisito previo del Derecho positivo y su contenido se basa en el material positivo que debería ser reconocido como Derecho, entonces la propuesta de Wenzel quedaría atrapada en un “círculo vicioso”. Como paréntesis, en esta conferencia, también cabe mencionar a Albert Hensel quien, pese a no formular críticas a los autores antes citados, formula un comentario interesante en ese contexto. Para Hensel (1928), en una idea de pirámide jurídica, son los derechos fundamentales los que serían llamados a dotarla de superficie, la cual –según el autor citado- parecería haber sido perforada por el desgaste de la idea formal de Estado de Derecho. Sin embargo, el comentario de Hensel parece pasar desapercibido en el debate. Fuera de ello, la expresión *Rechtspyramide* no es empleada por Kelsen como parte de su teoría.

Por otro lado, se trata de una idea que no fue postulada originalmente por Kelsen en su teoría, pero sí recibida posteriormente por él. Esto, de mano de uno de sus alumnos: Adolf Julius Merkl. Al respecto, también cabe aclarar que la propuesta teórica de Merkl no es la misma que aquella que Kelsen presenta, aunque sí tenga bastantes puntos en común; en todo, la influencia de la obra de Merkl en la teoría pura es innegable. Según comenta Olechowski (2020), fue antes y durante la primera guerra mundial que Kelsen, junto a sus discípulos –entre ellos Verdroß y Merkl-, discutirían sobre distintos tópicos que implicarían impulsos significativos para el desarrollo de lo que posteriormente sería su teoría pura. Desde la interrogante acerca de cómo puede modificarse una constitución si no prevé una regulación para tales cambios, se llegó a la pregunta acerca de hasta qué punto pueden modificarse las leyes. Esta última cuestión llevó a Merkl a profundizar sus estudios acerca de las normas, publicando así en 1918 su ensayo titulado *Das doppelte Rechtsantlitz*, traducido posteriormente al italiano como “Il duplice volto del diritto” (Merkl 1987), y que en español se leería como “las dos caras” o “la doble faz del Derecho”. Es en dicho ensayo que Merkl sienta las bases para su idea de *Stufenbau* y con ello, de la perspectiva dinámica de los sistemas normativos. Consideraciones que posteriormente Kelsen introduciría como elementos esenciales de su teoría pura, reconociendo en todo momento a Merkl la autoría de

estas ideas (Mayer 2005), a punto de calificarlo como “cofundador de la Teoría pura del Derecho” (Kucsko-Stadlmayer 2005).

Hechas tales aclaraciones, es pertinente desarrollar la idea de sistema jurídico de Kelsen.

Considerar al Derecho como sistema no sólo requiere determinar sus elementos, que para Kelsen serían las normas jurídicas, sino también establecer que dichos elementos se encuentran relacionados entre sí. José Juan Moreso y Josep Vilajosana (2004) identifican tres nociones principales en la tradición jurídica con la pretensión de argumentar dichas relaciones.

En primer lugar, se cita la concepción de la Escuela Histórica del Derecho –destacándose Savigny-. Para esta Escuela, el Derecho se componía por institutos jurídicos (como por ejemplo la prescripción adquisitiva de dominio o el retracto) y no por normas jurídicas aisladas. Así, se sostenía que entre estos elementos existía una relación orgánica y de interdependencia mutua, como los órganos de un ser vivo. Esta concepción, aun con la particular ilustración que proponía, resultó escasamente esclarecedora.

En segundo lugar, en ciertos autores del iusnaturalismo racionalista –como Pufendorf o Tomasius-, se identifica otra concepción sobre los elementos y las relaciones de estos. Bajo esta concepción los elementos tampoco se reducen a las normas jurídicas, pues la atención se centra en el Derecho natural, compuesto por principios autoevidentes, teoremas, axiomas y sus consecuencias. En ese sentido, se argumenta que la relación entre estos elementos es de carácter lógico, lo que implica que, al surgir, manifestarse o dictarse uno de estos elementos, también se dictan implícitamente la totalidad de sus consecuencias lógicas.

En tercer lugar, y tal como se abordó en una investigación previa (Herrera Pérez 2023a), se encuentra la concepción de Merkl y Kelsen, en la que se concibe que los elementos del Derecho son normas, y que entre dichos elementos existen relaciones genéticas o dinámicas, además de lógicas.

Kelsen, desde la primera edición de su Teoría Pura, afirma que un sistema normativo es estático cuando sus elementos *sí y sólo sí* están relacionados entre sí bajo una estructura de consecuencias lógicas. El criterio que opera en este tipo de

sistemas es el *criterio de deducibilidad* a través del cual, la identificación de una norma o conjunto de normas determinadas como elementos de un sistema normativo particular se afirma en cuanto se verifique la existencia de una relación de consecuencia lógica entre las mismas. De esta manera, si tenemos dos normas, a las que describiremos como N_1 y N_2 , podrá afirmarse que existe una relación estática entre ambas *sí y sólo sí* N_2 es consecuencia lógica de N_1 .

Un ejemplo de este tipo de sistemas lo constituyen los sistemas morales, a través de los cuales de una norma tal como “se guardar fidelidad al cónyuge” pueden inferirse otras tales como “no debe engañarse al cónyuge” o “no debe cometerse adulterio”.

Por otro lado, Kelsen formula una segunda clase de sistemas a la que denomina sistemas dinámicos. Para Kelsen un sistema normativo es dinámico cuando sus elementos *sí y sólo sí* están estructurados bajo relaciones genéticas. A su vez el criterio que opera en este tipo de sistemas es el *criterio de legalidad* a través del cual la identificación de una norma o conjunto de normas determinadas como elementos de un sistema normativo particular se afirma en cuanto se verifique la existencia de una relación genética entre las mismas. De esta manera, si tenemos dos normas, a las que nuevamente describiremos como N_1 y N_2 , podrá afirmarse que existe una relación dinámica entre ambas *sí y sólo sí* N_2 ha sido creada por el órgano O bajo la autorización de N_1 .

Lo característico de los sistemas dinámicos es que, y por eso Kelsen identifica al Derecho como un sistema dinámico –aunque también podría integrar relaciones lógicas (cfr. Kelsen 1979)-, en estos sistemas las normas primeras o fundantes establecen hechos productores de normas, confiriendo a determinados órganos la autorización para *crear* otras normas. De ahí que Kelsen concibe a la Constitución como una *norma de competencia*.

Es en ese sentido es que Kelsen concibe al Derecho como una construcción de niveles escalonados (*Stufenbau*), lo que tiene el propósito de ilustrar el modo en que se relacionan los elementos del Derecho como sistema normativo. Así, el *Stufenbau* puede ilustrar la estructura en la que N_1 es una norma que autoriza al órgano O_1 a crear la norma N_2 y N_3 , y que N_2 es una norma que autoriza al órgano

O₂ a crear la norma N_{2A}, y que autoriza al órgano O₃ a crear N_{2B}, y así sucesivamente de manera escalonada, sin que necesariamente deba afirmarse que N_{2A} y N_{2B} están en un mismo “nivel jerárquico” o que N_{2A} o N_{2B} tengan un mayor o menor “nivel jerárquico” que N₃. De ahí que considerar la propuesta de Kelsen como una “pirámide” es errado, y problemático, pues no permite explicar las relaciones dinámicas entre las normas de un sistema jurídico.

Cuando Kelsen postula que una norma pertenece a un sistema jurídico *sí y sólo sí* tiene como fundamento a una norma anterior, y esta a su vez, en otra, hasta llegar a una norma fundamental, se está refiriendo al fundamento genético de validez, y no propiamente al “fundamento material” –que aportan las reglas primarias del Derecho. En tal sentido, la *cadena de validez* que teoriza Kelsen es graficada por Raz (1986) como una forma de *arborescencia* en la que de un tronco común surgen varias ramas, y otras a partir de estas de manera continua, identificándose cada rama con una norma, con la capacidad de posibilitar la creación de otras de manera continuada al establecerse competencias.

Por último, respecto a la norma fundamental que constituye el fundamento genético del sistema normativo, también cabe realizar algunas precisiones que han producido tanto discusiones, como también mal entendidos, y que de la misma manera distancia a Kelsen de la supuesta “pirámide kelseniana”. Y es que, para Kelsen, aunque la Constitución sea parte del tronco común en la estructura de niveles escalonados, esta no es la norma fundamental (*Grundnorm*) de su teoría, ni tampoco la base o la “punta” de un modelo jerárquico que haya propuesto. Para Kelsen la validez de la Constitución, como toda otra norma jurídica, también se sustenta en otra norma, a la que llama como “norma fundamental” (*Grundnorm*) y que la considera finalmente, no como una norma expositiva sino, como una ficción jurídica. Esta noción de norma fundamental, y sus cambios a lo largo de la obra de Kelsen (Jestaedt 2008; Jestaedt 2017; Moreso y Navarro 2011; Losano 1966; Losano 1985, traducción en español en Losano 1985b; Rodilla 2018), es probablemente la más problemática y discutida de su teoría (Paulson 2020).

Finalmente, cabe precisar las posturas de Kelsen sobre la coherencia del Derecho como sistema normativo. Y es que la apreciación que Kelsen tuvo sobre

este aspecto varió en su teoría. Hasta antes de su edición de 1960 Kelsen (1941; 1960; 1995) concebía al Derecho como un sistema normativo coherente y consistente, es decir, sin contradicciones ni vacíos. En primer lugar, sin contradicciones pues, aunque estas pudiesen surgir, se desvanecerían rápidamente bajo las reglas clásicas de conflicto entre normas (criterios de jerarquía, cronológico y de especialidad). Y, en segundo lugar, completo –o mejor, “completable”- pues, aunque existiese alguna “laguna normativa” esta sería solamente aparente, pues podría resolverse al considerar que la carencia de prohibición constituye una permisión y, en general, porque ningún caso puede quedar exento de decisión. En cambio, en la segunda edición alemana de su Teoría pura publicada en 1960, Kelsen (1979) cambiará el argumento de su postura: el Derecho es coherente en el sentido de no producirse contradicciones lógicas entre sus elementos. Esto, debido a que las normas jurídicas tienen un carácter prescriptivo y no son enunciados descriptivos sujetos a verdad/falsedad ni la posibilidad de contradecirse. Por otro lado, en cuanto a la consistencia del Derecho, incluso luego de 1960, Kelsen (2018) mantendría su posición de rechazo a la posibilidad de lagunas dado que toda conducta está expresa o implícitamente regulada por el Derecho (clausura del orden jurídico) y, por ende, en todos los casos habrá una norma aplicable.

4.1.1.2. La perspectiva anglosajona de positivismo en Hart

A. El pensamiento de Hart en contexto

Herbert Lionel Adolphus Hart es, sin duda, uno de los juristas clave del siglo XX, marca un hito en la filosofía del Derecho y el legado de su obra constituye una rica fuente de distintas perspectivas jurídico-filosóficas.

Antes de hacer referencia a su obra, conviene dedicar ciertas líneas sobre su vida. En este punto es inevitable citar el texto de Nicola Lacey “*A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*” publicado el año 2004, el cual generó controversia y discusión al revelar no sólo el aspecto académico de la vida de Hart, así como sus contribuciones públicas, sino también cuestiones de su vida privada. Sin embargo, como lo resalta otro de los grandes estudiosos de la obra de Hart, Neil MacCormick, se trata de una biografía que cumple con los altos estándares de

calidad (MacCormick 2005), constituyendo además un “honesto relato” (MacCormick 2008) sobre la vida de Hart sumamente relevante para entender y explicar sus contribuciones al Derecho.

H.L.A. Hart nació el año 1907 en Harrogate, Yorkshire, Reino Unido. Según refiere Lacey (2004) los padres de Hart, Rose y Simeon, eran una pareja judía relativamente devota. Aunque podrían haber decidido asentarse en otras ciudades con comunidades judías mejor establecidas, optaron por lugar en vías desarrollo económico, en la que vivían unas pocas familias judías. Esto probablemente respondería a intereses específicos de la familia Hart, tanto económicos como relativos a su identidad judía. Según relata Lacey, Hart era un niño sensible, intenso y sumamente responsable. Desarrolló una pasión por la lectura y demostró excelentes capacidades educativas. El sentido que tenía de sí mismo como una persona especial o dotada provocaba un contraste con la inseguridad que subyacía en torno a su posición social o intelectual, lo que se reflejó en la importancia que daría en sus años posteriores a la “apariencia”. Es descrito, asimismo, como una persona con sensibilidad hacia los demás, así como también hacia la naturaleza y el arte. El gusto estético por lo romántico que tenía contrastaba con su racionalismo intelectual y el tajante secularismo que exhibía y que se expresaba en incomodidad ante las demostraciones de emociones, proveyéndole de una capacidad desarrollada para reprimir sus respuestas emocionales y de un sentido de necesidad de ser juzgado como individuo como tal y no como el “miembro de un grupo”.

Hart tuvo un aprecio por la filosofía desde sus estudios tempranos. En 1926 ingresó al *New College* para obtener el grado de *Literae Humaniores*, destacándose como estudiante con la mayor distinción posible: *First Class Honours*. Tal fue el desempeño de Hart que poco después de graduarse, en 1929, el *Jesus College* lo invitó a formar parte como profesor de Filosofía, una oferta que Hart rechazaría por tener en mente otro interés ambicioso: la obtención de una beca en *All Souls College*. Sin embargo, pese a los intentos de Hart, no lograría obtener la mencionada beca, lo que lo llevó a retomar la idea de estudiar derecho para ser abogado, meta que sí consiguió, al aprobar el examen de la barra en 1932. Practicó la abogacía hasta la década de 1940. En este periodo es que conoce a Jenifer Fischer Williams,

quien –en palabras de Lacey- rompería el aislamiento emocional de Hart, y de quien este se enamoraría profundamente.

Empero, aunque se establecería profesionalmente en la práctica jurídica, y formaría una relación con Jenifer, el rumbo de estos planes fue desviado por el estallido de la Segunda Guerra Mundial. Con relación a la guerra, Lacey describe a Hart con interés de participar, al considerarla como una guerra “justa” contra Alemania. En todo, aún con la intención de participar, Hart fue rechazado en la reserva, así como en la policía de seguridad, debido a su condición médica que se veía comprometida por problemas cardiacos. Con ese pesar, retornó a la práctica jurídica hasta que en 1940 surgió la oportunidad de formar parte de la guerra. Jenifer formaba parte de la secretaría privada de Sir Alexander Maxwell, en el Ministerio del Interior, cuando fue contactada por Jasper Harker del MI5 (Servicio de Seguridad del Reino Unido) buscando reclutas. Una ocasión que Jenifer aprovechó recomendando a Hart, quien sería contratado para realizar tareas de espionaje y contraespionaje. Entre otros, en su trabajo se dedicó a descifrar y explicar mensajes encriptados de Alemania, contribuyendo al éxito del desembarco de Normandía. En este periodo tuvo oportunidad de colaborar con otros filósofos destacados. Al término de sus labores, aunque consideró retornar a la abogacía, decidió aceptar una oferta para formar parte del *New College* como profesor ayudante de filosofía. Una oferta inusual, para alguien con poca experiencia académica y de investigación. Durante ese tiempo se inmiscuyó en la “filosofía de lenguaje ordinario”. En 1949 publica uno de sus primeros trabajos relevantes, “*The Adscription of Responsibility and Rights*”, aplicando las herramientas del análisis del lenguaje a conceptos jurídicos.

En 1952 Hart asume la cátedra de Teoría del Derecho (*Chair of Jurisprudence*) en la Universidad de Oxford, cargo en el que se propone revitalizar la teoría analítica del Derecho e introducir la filosofía en el pensamiento de los juristas, objetivo del que posteriormente comenta haber logrado “vender un poco de filosofía a los abogados”.

En 1959 publica, en coautoría con Tony Honoré, *Causation in the Law*, un texto que recibiría la atención tanto de juristas como de filósofos, al ofrecer una

perspectiva analítica del derecho que precisamente combinaba el razonamiento legal con el filosófico –y en especial con la filosofía del lenguaje. Un texto que, además, tendría una segunda edición publicada en 1985.

En todo, Hart también abordaría cuestiones de filosofía política y moral. Un año antes, en 1958, Hart publica dos artículos de suma relevancia, “*Legal and Moral Obligation*” y “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, trabajos que sentarían las bases germinales de su obra cumbre.

Es así como en 1961 publica *The Concept of Law*, la obra más influyente de Hart para la filosofía del derecho, una edición que será reimpresa en diversas ocasiones por su amplia recepción, y traducida a diversos idiomas entre los que también se destaca el español, bajo el título *El concepto del Derecho* y bajo la traducción de Genaro Carrió publicada en 1963 que también ha tenido posteriores reediciones. Sobre esta obra Olechowski (2020, 889) resalta que Hart habría logrado lo que Kelsen, con incalculables esfuerzos, no pudo: introducir el positivismo jurídico al ámbito del *common law*. Así también reconoce Dworkin, para quien la obra de Hart constituye la más “clara, elegante y potente” forma de presentar y defender el positivismo jurídico. En ese sentido, y como bien llama la atención el profesor Mora Sifuentes (Mora Sifuentes 2019), quien quiera hacer teoría del derecho tiene que hacerlo desde la obra de Hart o, en caso contrario, debe explicar por qué no. Los puntos clave de esta obra, sin embargo, serán revisados en los siguientes apartados.

Luego de la publicación de esta obra, el reconocimiento a la obra de Hart se incrementará. En los años posteriores se destacan también una serie de polémicas y discusiones sobre temas diversos, tanto en lo que respecta a la teoría del derecho, como también a discusiones de política social. En ese sentido, cabe citar la discusión sostenida con el propio Hans Kelsen sobre la norma jurídica en un debate público en la Universidad de Stanford (Hart 1963a). Y la segunda sostenida con Lord Devlin, sobre el moralismo legal, en el que se discutieron los límites y alcances del derecho penal frente a la moral social. La posición sostenida por Devlin puede verse en varios de sus trabajos publicados en el texto *The enforcement of morals* (Devlin, *The enforcement of morals* 1965), que cuenta con traducción al español

bajo el título *La imposición de la moral* (Devlin 2010); mientras que los argumentos de Hart pueden verse en el texto *Law, Liberty and Morality* (Hart 1963b), el cual también cuenta con traducción al español, bajo el título *Derecho, libertad y moralidad* (Hart 2006).

En 1968 Hart se jubiló de la cátedra de Teoría de Derecho, un año para el que –tal como comenta Lacey (2004)- se consideraba que había logrado una revolución en la comprensión del Derecho como institución social, y reinventado la filosofía del Derecho a partir de una combinación entre una moderna filosofía del lenguaje, la tradición positivista y el utilitarismo inglés. Este último punto el cual constituyó un deseo en el proyecto de vida de Hart, dedicándose a editar la obra de Jeremy Bentham, considerado como el fundador del utilitarismo moderno, y publicando los tres primeros volúmenes de sobre la obra de Bentham: *Of Laws in General* (Bentham 1970a) y, en coedición con James H. Burns, los volúmenes *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Bentham 1970b) y *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government* (Bentham 1977). En 1973 Hart ocupó el cargo de Director del Brasenose College, e inició a impartir una serie de conferencias en Europa y Estados Unidos que posteriormente le permitieron consolidar y publicar el texto *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Hart 1982).

En todo, Lacey (2004) refiere dos aspectos clave sobre la visión de Hart sobre Bentham que cabe resaltar: Por un lado, (i) aunque Hart no aceptó ciertos puntos centrales de la obra de Bentham, sí mostró un especial aprecio por su racionalismo, claridad intelectual, hostilidad frente al argumento emocional e impaciencia con el misticismo, uso de lenguaje técnico y vestuario arcaico utilizado en las prácticas sociales como el Derecho. Y, por otro, (ii) en este periodo Hart no sólo se dedicó a explicar y exponer las ideas de Bentham, sino también a refinar muchas de sus propias afirmaciones, sobre todo en respuesta a críticas tales como las formuladas por Joseph Raz y Ronald Dworkin.

En 1983, y bajo el título *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, se publica una compilación de 17 de los principales artículos publicados por Hart. Hasta este punto, su mayor contribución a la filosofía jurídica y política estaba completa

Hart falleció en diciembre de 1992, dejando un extraordinario legado y obra que permiten reconocerlo como el mayor filósofo inglés del Derecho del siglo XX.

B. El concepto de Derecho

La obra más difundida de Hart, sin duda alguna, es *The Concept of Law*, una obra que marca un antes y un después en el estudio del Derecho en Gran Bretaña. Y es que, tal como expresa Lacey (2004), aunque en el siglo XIX ya se habían desarrollado teorías positivista del Derecho que rechazaban la idea de un “Derecho natural” derivado de fuente divina o de alguna concepción metafísica de la naturaleza o de la razón, tal como exponían Bentham y John Austin (que no debe confundirse con John Langshaw Austin), y a pesar de que estas teorías ofrecían un punto de partida para un prometedor desarrollo de un enfoque analítico del Derecho y adecuado para las democracias modernas y seculares, tal desarrollo quedó estancado luego del fallecimiento de Austin: el enfoque en Gran Bretaña se centraba en un análisis técnico jurídico poco intelectual y desvinculado de una idea más amplia sobre el carácter del Derecho.

Para el siglo XX, de la obra de Hans Kelsen, que desarrolló una teoría “pura” del Derecho a partir de una tradición filosófica continental, un contexto muy diferente al del Derecho inglés, sólo fueron recibidos ciertos aspectos. Antes de que Hart asumiera la cátedra de Teoría del Derecho en Oxford, la enseñanza del Derecho consistía en un análisis técnico jurídico árido de sus instituciones o conceptos. No se tenían intentos de ningún tipo por vincular su análisis a una idea más amplia sobre el carácter del Derecho, o de considerar cómo es que los conceptos jurídicos técnicos servían a sus distintas funciones sociales. Las cuestiones sobre a qué propósitos debía servir el Derecho eran confinadas al ámbito de la filosofía política y moral, cuyo análisis tampoco consideraba un alcance con la amplitud que ameritaban.

Es en ese contexto que Hart publica su obra, *The Concept of Law*, caracterizada por Lacey como “simple, pero ambiciosa”, que desarrolla en tan solo 250 páginas una teoría del Derecho que *es* (y no que *debe ser*). Una obra cuyo valor

que sería reconocido tanto por quienes tenían cierta afinidad a sus planteamientos, como por sus propios críticos.

En el primer capítulo del libro Hart hace un abordaje al método jurisprudencial, exponiendo los argumentos para una teoría del Derecho basada en las características fundamentales de un sistema jurídico nacional.

En el segundo capítulo se centra en la teoría de Austin, que era la más influyente en su tiempo, reconstruyendo el concepto de Derecho como aquel conjunto de mandatos emitidos por un soberano caracterizados por estar respaldados por amenazas y por ser habitualmente obedecidos. Austin defendió su teoría en sus clases impartidas entre los años 1829 a 1832, las que se editaron y publicaron bajo el título *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), el cual contó con 5 ediciones clásicas publicadas entre 1823 y 1885 –aunque el trabajo del editor de las últimas tres ha sido objetado por Wilfrid E. Rumble (cfr. Austin 1995)- y posteriormente con otras reediciones entre las que se destaca aquella publicada en 1954 que cuenta con una introducción y edición del propio Hart (1954).

En los siguientes dos capítulos continuará con la crítica sistemática de los principales elementos de dicha teoría, aunque buscando preservar ciertos aspectos de la perspectiva positivista. En ese sentido, tanto en el tercer como en el cuarto capítulo Hart cuestionará las falencias de la teoría de Austin, que en cierto modo también pueden replicarse en la teoría de Kelsen, objetando que dicha teoría no da cuenta de las distintas funciones sociales del Derecho, no permite distinguir entre hábitos y reglas ni tampoco a una clara identificación de qué es Derecho y qué no –es decir, a la identificación del Derecho válido.

Estas críticas conducen a Hart a plantear otra perspectiva sobre lo que es el Derecho. En cuanto a la falta de vinculación entre el Derecho y sus funciones sociales, Hart desarrollará en el quinto capítulo su propuesta de concebir al Derecho como un sistema reglas no sólo consistentes en la imposición de obligaciones, sino también en la concesión de potestades, de este modo considerando y distinguiendo entre reglas primarias y reglas secundarias. En cuanto al problema en la distinción entre hábitos y reglas, en el mismo capítulo quinto, Hart argumentará la necesidad entre distinguir entre los puntos de vista interno y externo. En cuanto a la cuestión

de la identificación del Derecho válido, en el quinto y sexto capítulo Hart formulará su teoría sobre la regla de reconocimiento.

En los capítulos posteriores Hart se enfocará en la discusión sobre el contenido del Derecho. Así, en el capítulo sétimo Hart abordará el problema de la interpretación en la práctica judicial, esto es –de modo más amplio- el problema del lenguaje natural –en el que se expresa el Derecho- y su significado. Sobre esta problemática, distingue que, mientras pueden existir casos a considerarse dentro de una palabra de clase de acuerdo con los usos del lenguaje en una comunidad determinada, existen casos sobre los que pueden producirse desacuerdos acerca de si pueden formar o no parte de una palabra de clase determinada. A estos últimos casos Hart los ubica en la que denominará como “zona de penumbra”, la que hace evidente el inevitable ejercicio discrecional de parte de los jueces en los que recurren a consideraciones extrajurídicas –pues el lenguaje de la regla no tiene una respuesta evidente al caso. De este modo es como Hart responderá las críticas del realismo jurídico norteamericano contra la visión positivista sobre la toma de decisiones judiciales.

En el octavo y noveno capítulo Hart abordará el problema de la relación entre Derecho y moral, tomando posición de la tesis que afirma la separación positivista entre ambas disciplinas. Y, finalmente, el décimo capítulo hará eco del primero, retornando al cuestionamiento práctico de la concepción positivista de Austin. De este modo, Hart abordará las principales concepciones del Derecho en su época, estas son, el positivismo (en la versión de Austin), el realismo norteamericano, y el iusnaturalismo, para ofrecer una versión propia del positivismo jurídico que concibe al Derecho como un instrumento normativo separado de la moral, con funciones sociales, compuesto por reglas primarias y secundarias, que establecen obligaciones, pero también potestades, cuya aplicación requiere de la comprensión del lenguaje y sus problemas evidencian la necesidad de reconocerles discrecionalidad a sus aplicadores, los jueces.

C. Reglas primarias y reglas secundarias

John Austin (1954) –cuyo trabajo ha sido traducido de manera parcial en Austin (2002)- entendía el Derecho como un conjunto de órdenes coercitivas dadas por un soberano, al que definía como aquel individuo, o grupo de individuos, cuyas órdenes son obedecidas habitualmente, y el cual –o los cuales- no tiene el hábito de obedecer a otro u otros individuos. Esta teoría sería ampliamente debatida en el siglo XIX, aunque las discusiones respecto de esta resultaban muchas veces superficiales al no centrarse en los fundamentos de la teoría. Es a partir de la obra de Hart que se ofrecería una crítica consistente de la teoría austiniana.

De acuerdo con la perspectiva de Hart (2009), que también se abordó en investigaciones previas (Herrera Pérez 2023a), el Derecho no puede reducirse a “órdenes habitualmente obedecidas” dictadas por un “soberano”. Para el citado autor, la teoría de Austin era considerada como un “modelo simple” que no daba cuenta de (1) las distintas funciones sociales del Derecho, que conducen a una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias; (2) una distinción clara entre hábitos y reglas, que permiten diferenciar entre enunciados internos y externos; (3) un modelo que permita resolver los problemas de existencia e identificación de un sistema jurídico. En tal sentido, la teoría de Austin era no sólo incompleta, sino problemática, pues caía en el reduccionismo de considerar únicamente la existencia de normas consistentes en obligaciones coercitivas expedidas por una autoridad cuyo fundamento e identificación tampoco explicaba.

Esto llevó a Hart a la necesidad de superar el reduccionismo austiniano a partir de lo que él mismo denomina como “un nuevo punto de partida”. Para Hart los fundamentos del Derecho, y su identificación, residían en la aceptación social de una regla fundamental que denominó *regla de reconocimiento*, a partir de la cual se podría dar cuenta de la existencia y la identificación de un sistema jurídico. El Derecho, entonces, radica en hechos sociales y, precisamente, cumple funciones sociales. A su vez, estas funciones pueden ser primarias o secundarias, y a tales les corresponde uno u otro tipo de regla.

Para Hart (2009), el Derecho cumple diferentes funciones sociales que buscan permitir el desenvolvimiento de las personas, es decir, que las mismas

puedan interactuar pacíficamente, asegurando a la sociedad una “existencia continuada”. Estas funciones, como se indicó anteriormente, pueden distinguirse en funciones primarias y funciones secundarias. Para ello es pertinente citar a Joseph Raz (1986) quien, partiendo de los planteamientos de Hart, realiza una descripción más detallada que permite distinguir entre funciones y reglas.

Para Raz (1986, 212) las funciones primarias constituyen la “razón y justificación de la existencia del Derecho”, pues se enfocan en las conductas de la sociedad en su conjunto. Así, entre las funciones primarias pueden destacarse cuatro, a saber: (1) alentar y desalentar conductas, según sean deseables o no deseables socialmente; (2) facilitar acuerdos entre particulares; (3) proveer servicios y redistribuir bienes; y (4) resolver conflictos o disputas.

A estas funciones primarias, les corresponden reglas primarias, las cuales pueden consistir en prescripciones establecidas en términos de obligaciones y prohibiciones dirigidas a los ciudadanos. El problema surge a razón de que, si bien estas reglas se constituyen como protagónicas en el cumplimiento de las funciones primarias, reducir el Derecho únicamente a estas reglas provocaría su funcionamiento defectuoso. Hart llega a esta conclusión en base a tres argumentos:

- (a) La falta de certeza acerca de (cuáles son) las reglas del grupo. A razón de la falta de criterios para identificar si una regla es o no una regla del grupo, o el alcance de estas.
- (b) La imposibilidad de resolver situaciones nuevas y cambiantes. Al no haber mecanismos habilitados para crear o modificar las reglas existentes.
- (c) La ineficiencia de la presión social como único mecanismo para hacer cumplir las reglas. Debido a la carencia de órganos especiales dedicados a resolver las discrepancias acerca de si una regla ha sido cumplida/infringida o no.

En tal sentido, para Hart, las reglas primarias –y, por tanto, las funciones primarias- sólo pueden cumplir su propósito adecuadamente mediante el establecimiento de reglas secundarias.

Por otro lado, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que deben o no hacerse, las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. En tal sentido, estas reglas “especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible” (Hart 2009, 117).

Entonces, es a partir de las reglas secundarias que pueden resolverse los tres problemas que surgen si reducimos el Derecho únicamente a reglas secundarias. En tal sentido, Hart formula tres reglas secundarias como remedio a los problemas advertidos tal como sigue:

- (a) Ante la falta de certeza acerca de (cuáles son) las reglas del grupo, se formula la *regla de reconocimiento*, a partir de la cual se establecen criterios para identificar si una regla determinada se trata de una regla del grupo.
- (b) Ante la imposibilidad de resolver situaciones nuevas y cambiantes por el carácter estático de las reglas, se formulan las *reglas de cambio*, a partir de las cuales se regulan los mecanismos y competencias para introducir, modificar o eliminar reglas que regulan al grupo.
- (c) Ante ineficiencia de la presión social como único mecanismo para hacer cumplir las reglas, se formulan las *reglas de adjudicación*, que permiten, a través de formas de autoridad y de procedimientos establecidos, determinar si en un caso en particular una regla ha sido cumplida/infringida o no.

De este modo, --tal como complementa Raz- las reglas secundarias cumplen “las funciones del mantenimiento del sistema jurídico; hacen posible su existencia y funcionamiento” (Raz 1986, 213).

D. La importancia del punto de vista

La propuesta analítica de Hart para entender el Derecho –es decir, acerca de qué es el Derecho- implica analizar las normas no de manera aislada, sino de acuerdo con el contexto en el que estas adquieren significado como parte del sistema jurídico al que pertenecen (Hart 1983). En ese sentido, para esta propuesta

es fundamental entender el Derecho tanto desde un punto de vista interno como desde uno externo. A esta tesis Kevin Toh (2015, 337-338) la ha denominado como “*context principle*”. En todo, a pesar de la aparente sencillez con la que se describe esta tesis, Wilfrid J. Waluchow (2011) advierte que en la práctica se ha llegado a malinterpretar la perspectiva de Hart, ignorando la relevancia del contexto y el punto de vista al analizar sus conceptos clave.

La distinción entre un punto de vista interno y un punto de vista externo es una cuestión metodológica central en el proyecto teórico de Hart. Esta puede servir “para comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad” (Hart 2009, 110). El primero de estos puntos de vista es aquel que sostiene el participante, miembro de un grupo social, que como tal acepta una regla y la utiliza como una guía de conducta. El segundo, por su parte, es aquel sostenido por el mero observador, que no necesariamente acepta dicha regla, pero registra las “regularidades de conducta observadas” (Hart 2009, 111) en cuanto a su correspondencia con la regla o reglas.

Tal como se mencionó anteriormente, para Austin el Derecho es considerado como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, dadas por un soberano, habitualmente obedecidas, y que compiten con el hábito de obedecer a otro u otros individuos. El problema de la concepción austiniana es que no permite distinguir entre regla y hábito. Es por ello que Hart cuestiona la noción de Derecho que sigue Austin, precisamente por ignorar los dos puntos de vista que sí permitirían una noción más clara sobre las reglas y, correspondientemente, su distinción para con los hábitos.

Los participantes que observan una regla no solo siguen un patrón de comportamiento extendido y uniforme, sino que también adoptan un punto de vista interno hacia dicho patrón: es necesario que exista una actitud crítica reflexiva hacia ciertos patrones de comportamiento como estándar común. Esto, según Hart, puede ser manifestado en forma de crítica (y autocrítica), exigencias de conformidad, y del reconocimiento de que dichas críticas y exigencias están justificadas, lo que se traduce en términos normativos como “debería” o “debe” así como “correcto” o “incorrecto” (Hart 2009). De ahí que, desde este punto de vista, las reglas pueden

considerarse como estándares a seguir seguidos por todo el grupo de participantes, como pautas o razones para la acción. Sin embargo, cabe hacer una precisión sobre a qué tipo de aceptación se refiere Hart en su teoría, y al alcance de la manifestación crítica (y autocrítica) antes referida. Y es que, para Hart, en este ejercicio no hay un compromiso con juicios morales. Siendo que la aceptación de una regla puede basarse en diversas consideraciones, tal aceptación no necesariamente implica una aceptación moral.

Por otro lado, la observación de hábitos tiene características distintas a lo que ocurre con las reglas. Aunque también implican un comportamiento extendido y uniforme en la práctica, tal comportamiento no necesita ser algo que los participantes consideren como estándares a seguir o razones para la acción. De hecho, tal como resalta Vega-Gomez (2023), es posible que los participantes del grupo ni si quiera sepan que su comportamiento es general. De ahí que carece de sentido vincular términos normativos –como “debería” o “debe”, “correcto” o “incorrecto”- a los hábitos.

En ese sentido, se enfatizan dos características en las reglas –en sentido general, i.e., reglas sociales: implican patrones de conducta seguidos por los miembros de un grupo y suponen una actitud normativa hacia dichos patrones llamada aceptación (Hart 2009).

Frente a ello, cabe el cuestionamiento de si tal caracterización es adecuada con relación a reglas específicamente jurídicas. Esto a razón de que este razonamiento podría parecer sumamente extraño para operadores del Derecho, para quienes claramente una persona es responsable por incumplir una disposición legal desde que esta es promulgada, la cual existe sin necesidad de cualquier tipo de práctica social. Sin embargo, la caracterización de las reglas sociales formulada por Hart sí permite –aunque quizá indirectamente- explicar las reglas jurídicas. La comprensión de esto requiere retornar a la noción de reglas secundarias propuesta por Hart y en especial a la regla de reconocimiento.

E. La regla de reconocimiento

Como se mencionó anteriormente, la regla de reconocimiento cobra especial trascendencia con relación a la certeza sobre cuáles son las reglas pertenecientes al sistema jurídico.

En ese sentido, mientras la regla de reconocimiento establece pautas para la identificación del Derecho a ser observadas, las reglas de cambio y las reglas adjudicación, aunque también son reglas secundarias, se diferencian de la primera al caracterizarse por conferir poderes. Esta diferenciación ha sido defendida por diversos autores entre los que puede citarse a Raz (2009; traducción en español de la primera edición en Raz 1986), Gardner (2012; traducción en español en Gardner 2022), y es una caracterización ampliamente extendida (Vega-Gomez 2023; Monti 2019), aunque existen propuestas distintas que consideran que la regla de reconocimiento, además de imponer deberes, también confiere poderes (Kramer 2019; Pino 2011; Waluchow 1985b; Mullock 1975), e incluso posturas que, a través de una reinterpretación, buscan explicarla como una práctica que no encaja con la dicotomía de las reglas secundarias (Matczak 2019).

En Hispanoamérica, también se ha debatido sobre el sobre el carácter de la regla de reconocimiento. En la discusión acerca de si la regla de reconocimiento es realmente una norma (de conducta) o no, cabe citar el debate entre Eugenio Bulygin (2021, publicado originalmente en 1976; Bulygin 1991a; 1991b) y Juan Ruiz Manero (1990; 1991), en el que también interviene Ricardo Caracciolo (1991). Y es que, mientras Bulygin concibe a la regla de reconocimiento como una regla conceptual, i.e. aquellas que regulan el uso de un concepto y no establecen un deber de conducta –por ende, carecen de contenido normativo; Ruiz Manero considera que esta sí es una norma de conducta, pues los jueces la observan –u “obedecen”.

Tal como enfatiza Hart (2009), la regla de reconocimiento rara vez se formula de manera expresa, pues en la mayoría de los casos su existencia se evidencia en el modo en el que los jueces u otros funcionarios identifican reglas determinadas. Inclusive, es discutible hablar de compatibilizar la regla de reconocimiento con la noción de codificación de Searle (Ehrenberg 2020).

En ese sentido Vega-Gomez (2023) resalta que es precisamente bajo esta noción que la teoría práctica de las reglas de Hart se explica mejor, ya que, tal como ocurre con otras reglas sociales, la regla de reconocimiento está constituida necesariamente por una práctica general. En este caso, esta práctica es atribuible – aunque no exclusivamente- a funcionarios que siguen los criterios que ofrece la regla de reconocimiento para –y, por tanto, como una razón para la acción sobre cómo- determinar la existencia y validez de reglas jurídicas a un sistema determinado. Dicho de otro modo, las reglas podrán ser consideradas como reglas, i.e. “válidas”, en la medida en que cumplan con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento. Es por ello que Hart (2009) la considera como una “regla *última*”. En consecuencia, tal como refiere Vega-Gomez (2023), la noción de Hart sobre el aspecto interno de las reglas y su teoría práctica de las reglas supone un doble beneficio: por un lado, explica las bases de un sistema jurídico y lo que constituye una regla de reconocimiento y, por otro, ofrece una visión metodológica que explica mejor los fenómenos y reglas jurídicas desde la perspectiva de una persona que las acepta como pautas o razones para la acción.

De este modo es como Hart aborda la cuestión de la existencia y validez del Derecho, ofreciendo una propuesta con una función similar a la de Kelsen. Como se recordará, para abordar esta cuestión Kelsen formula la idea de la norma fundamental (*Grundnorm*), la misma que será caracterizada de distintas maneras a lo largo de su obra. En todo, Kelsen (1982) aterrizará en la idea de que la norma fundamental es una norma que se presupone, se explicita en la práctica interpretativa del Derecho como en la ciencia jurídica. La diferencia, comenta García Amado (1996), es que, pese a que ambas figuras –la norma fundamental y la regla de reconocimiento- se basan en fenómenos sociales (Kelsen 1934b), la lectura que hace Kelsen de su propuesta se da en “clave jurídica”, mientras que Hart la hace en clave “sociológica, fáctica”.

Finalmente, tal como se refirió al abordar el punto de vista interno, es pertinente enfatizar que la regla de reconocimiento propuesta por Hart buscar explica el *cómo* de la aceptación de las reglas (o de su existencia), pero no el *porqué*,

quedando fuera de su teoría la pretensión de definir qué razones serían justificantes o de corrección moral para la aceptación o no de una regla (Bix 2018).

F. Reglas de cambio y reglas de adjudicación

Mientras la regla de reconocimiento establece pautas para la identificación del Derecho a ser observadas, las reglas de cambio y las reglas adjudicación, aunque también son reglas secundarias, se diferencian de la primera al caracterizarse por conferir poderes. Esta diferenciación ha sido defendida por diversos autores entre los que puede citarse a Raz (2009; traducción en español de la primera edición en Raz 1986), Gardner (2012; traducción en español en Gardner 2022), y es una caracterización ampliamente extendida (Vega-Gomez 2023; Monti 2019), aunque existen propuestas distintas que consideran que la regla de reconocimiento, además de imponer deberes, también confiere poderes (Kramer 2019; Pino 2011; Waluchow 1985b; Mullock 1975).

Es así como también cabe referirse a estas reglas de cambio y reglas adjudicación como reglas de competencias, las cuales son normas centrales en la tesis Kelsen, como también en la tesis de las reglas secundarias de Hart.

Estas normas, según Moreso y Vilajosana (2004, 83), son caracterizadas por presentar la siguiente estructura: “El órgano O, mediante el procedimiento P, puede (o podrá, o está autorizado para, o es competente para, o tiene la competencia para, etc.) regular la materia M.”

Siguiendo a Jordi Ferrer (2000; cfr. Herrera Pérez 2023a), las normas de competencia son entendidas de diversa manera en la doctrina. Sin embargo, sin perjuicio de ello, es posible agrupar algunas de las principales posiciones acerca de las normas de competencia del siguiente modo:

- (1) Las normas de competencia son normas que establecen obligaciones indirectas, es decir, obligaciones de obedecer lo que regule el órgano O, mediante el procedimiento P;
- (2) Las normas de competencia son normas permisivas, es decir, normas que permiten realizar determinados actos catalogados como normativos; y

- (3) Las normas de competencia son normas constitutivas, en el sentido que permiten establecer la validez de las normas dictadas por el órgano O en el ejercicio de sus facultades.

Ahora bien, sea que definamos a las normas de competencia bajo una u otra conceptualización, lo relevante en este punto es entender que las normas de competencia ofrecen, por un lado, una explicación acerca de cómo cambian los sistemas normativos, introduciendo, modificando, o expectorándose normas jurídicas de los mismos, y, por otro, porque permiten el funcionamiento adecuado de las reglas primarias, y con ello, del acatamiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en una comunidad dada.

En cuanto a la propuesta de Hart (2009), por un lado, las reglas de cambio conceden la competencia, o el poder, a cierta persona o grupo de personas a introducir nuevas reglas al sistema jurídico, o a modificarlas o dejarlas sin efecto – y con ello permitir la dinamicidad del Derecho-; por otro, las reglas de adjudicación conceden la competencia, o el poder, a cierta persona o grupo de personas a decidir sobre la aplicación de reglas primarias –y con ello resolver las falencias de la presión social.

Sin embargo, aunque los conceptos antes mencionados sean apriorísticamente sencillos de entender, esto no significa que estén libres de interrogantes o cuestionamientos. Una revisión bibliométrica permite afirmar que, a diferencia de los estudios publicados sobre la regla de reconocimiento; las reglas de cambio y, más aún, las reglas de adjudicación han sido menos abordadas. Y esto mismo ocurre en la propia obra de Hart (2009), quien dedica un espacio relativamente amplio a la regla de reconocimiento, pero no al desarrollo de las reglas de cambio y adjudicación.

Giovanni Bisogni (2015) ha buscado realizar una reconstrucción teórica de esta última regla, poniendo de relieve su potencialidad y límites. Se llama la atención a la definitividad de la decisión judicial –detrás de la que se escondería la noción de *efectividad*-, pero también se discute la infabilidad de la misma, i.e. la posibilidad de una sentencia incorrecta o ilegal. Estos dos aspectos permiten a Bisogni mostrar a la regla de adjudicación con un “doble filo”. Si bien reduce el

riesgo de desacuerdos –o al menos permite que sean mejor gestionados- al limitar la garantía de las normas a un grupo más restringido de personas (como son los jueces), no elimina dicho riesgo y, por ende, no resuelve el problema de la falibilidad de las decisiones.

Finalmente, cabe señalar que la apreciación de Hart sobre que las reglas secundarias han de ser aceptada como estándares públicos por los funcionarios de un Estado, es una apreciación intuitiva. En un estudio piloto de corte empírico desarrollado por David Howarth y Shona Wilson Stark (2018), en el que participaron treinta funcionarios (no de función judicial) del Reino Unido, se concluyó que las afirmaciones de Hart no serían del todo completas o precisas. Al respecto, aunque se trate de un estudio piloto, con una muestra específica cuya representatividad podría ser cuestionada, no deja de introducir una cuestión relevante al debate que ameritan una mayor atención en futuros estudios.

G. El debate Kelsen-Hart

Aunque no siempre es resaltado en la literatura, el debate Kelsen-Hart fue crucial para el positivismo jurídico, no debilitándolo sino presentando una faceta diferente –tal como se abordó en una investigación previa (Herrera Pérez 2023b). Con el paso del tiempo, el establecimiento del paradigma del Estado Constitucional en un contexto postguerra en el que se gestó una preocupación más intensa por los derechos que por las reglas de competencia; la discusión acerca de por qué y cómo debía actuar un órgano de control constitucional, alcanzó mayores enfoques.

Esta preocupación impulsó a la revisión de conceptos en la filosofía jurídica y en la teoría general derecho. En un primer momento, la concepción kelseniana de norma jurídica, como un supuesto al cual se le imputa una (necesaria) sanción, no parecía dar cuenta de la práctica jurídica (y cultural) existente en otros países (Botero Bernal 2017). De hecho, fue insatisfactorio para Kelsen introducir su teoría en el *common law* precisamente a razón de su caracterización de norma y del derecho –como sistema de castigos-, aun sus esfuerzos vertidos en una segunda edición de su Teoría Pura (Kelsen 1979) no cumplirían dicho objetivo. Esto, debido a que la propuesta de Kelsen partía de formas –o conceptos- mejor establecidos en

Austria, cuya práctica social y jurídica era distinta a la inglesa, en la que las normas no eran tendientes a la sanción, sino al otorgamiento de permisos o incluso de incentivos. Como anteriormente se señaló, no sería sino a través de H. L. A. Hart (2009), influenciado más por Hume que por Kant, que este objetivo –introducir la Teoría Pura al *common law*- se cumpliría, a través de tan sólo 273 páginas, tal como relata y reconoce el propio Olechowski (2020, 889).

Y es que, en lugar de partir de *formas* (o conceptos formales) elaboradas en la doctrina, Hart parte de las *prácticas sociales* presentes en su tiempo, llevándolo a argumentar que las normas pueden diferenciarse y explicarse según la función social que persigan. De este modo, se distingue entre reglas primarias, destinadas a *ser obedecidas*, y reglas secundarias, destinadas a la formación, identificación y aplicación de reglas primarias válidas. Y es a través de ambas reglas que permiten resolver los problemas de interacción social. Ahora bien, tal como en Kelsen, Hart reconoce que la interpretación procede a la aplicación de dichas reglas, situación en la que distingue entre dos escenarios debido a que toda regla se expresa a través de palabras, y las palabras tienen una *textura abierta*. En el primer escenario, sencillamente es posible ubicar el caso en lo regulado por la regla, según el significado comúnmente atribuido al lenguaje en el que se expresa la regla; pero en el segundo, el caso se sitúa en una *zona de penumbra*, al existir menos claridad sobre el significado del lenguaje en el que se expresa aquella regla, tornándose en un *caso difícil*. En este segundo escenario, la necesidad de discrecionalidad del juez se hace más notable: debe optar por atribuir alguno de tantos significados posibles a la regla para así resolver el caso, aunque para ello apele a consideraciones o pautas extrajurídicas.

H. El Derecho frente a la moral

En la obra de Hart se abordan cuatro cuestiones acerca del Derecho frente a la moral: (1) Un contenido común en los órdenes jurídico, moral y social; (2) la posibilidad de un contenido moral mínimo para la validez del sistema jurídico; (3) la validez (o invalidez) del Derecho moralmente incuo; y (4) la utilización del Derecho para la imposición de contenidos de moralidad.

Como es notable, Hart sostiene la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Esto es, que no existe una conexión necesaria, sino sólo contingente entre tales. Sin embargo, esto no significa de modo alguno que Hart carezca de alguna postura moral, sino todo lo contrario, la hace evidente.

1. Respecto de la primera cuestión, aunque se postule una separación entre Derecho y moral, cabe enfatizar que esta separación no es absoluta, sino meramente conceptual: en la práctica existen funciones, o incluso criterios, en los que habrá coincidencia (de manera contingente). Así, tanto el orden jurídico, moral y también el social, pretenden –entre otros- regular el comportamiento del ser humano en sociedad.

Esta función, o propósito, requiere de cierto contenido en común que Hart llama como “contenido mínimo del Derecho natural” o, como prefieren referir Moreso y Vilajosana (2004) para evitar que se produzcan malentendidos –como la idea de Hart aceptando al iusnaturalismo-, de un “mínimo común normativo”. Las exigencias de este contenido mínimo se derivan precisamente de “simples verdades obvias” de las condiciones naturales del ser humano:

- (i) Su vulnerabilidad frente al daño, que exige su protección para su supervivencia.
- (ii) Su aproximada igualdad, que impide que un individuo imponga su voluntad ante otros sin cooperación.
- (iii) Su altruismo limitado e intermitente, que impide catalogar al ser humano como “demonio” o como “ángel”.
- (iv) Su necesidad frente a recursos limitados, que requiere de alguna forma mínima de institución que regule su distribución.
- (v) Su comprensión y fuerza de voluntad limitadas, que, dando espacio a la tentación de satisfacer intereses individuales inmediatos, requiere de un orden mínimo para sancionar ciertas conductas.

Es por ello que se requeriría de un mínimo común normativo. En esto se observa que la existencia de órdenes normativos, como el Derecho, es necesaria, aunque no necesariamente suficiente.

2. Ahora bien, aunque exista un marco común entre los órdenes normativos, ello no implica que para Hart exista una conexión necesaria entre Derecho y moral. Sin embargo, para la existencia y funcionamiento del sistema jurídico también se requiere observar ciertas condiciones mínimas. Para Lon Fuller, dentro de estas condiciones mínimas habría también condiciones morales. Esta idea, propuesta por Fuller, es conocida como la “moral interna del Derecho” y desarrollada en su obra *The Morality of Law* (Fuller 1964), la cual cuenta con una traducción al español publicada bajo el título “La moral del Derecho” (Fuller 1967).

Para Fuller, los requisitos de esta moral interna, que constituyen condiciones procedimentales, que debe cumplir el sistema jurídico son los siguientes:

- (i) Generalidad de las normas, esto es, un Derecho no basado en normas “ad hoc”, sino basado en estándares de legalidad e igualdad. La dación de normas “ad hoc” conllevaría a un sistema jurídico injusto.
- (ii) Publicidad de las normas, pues la exigencia de cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios requiere necesariamente que estos puedan conocerlas. Aplicar una sanción a una persona por incumplir una norma “secretara” constituiría una acción injusta.
- (iii) Limitación de retroactividad, entendiendo que se trata de la aplicación de una norma a situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a su vigencia. La injusticia de este tipo de aplicación se basa en un razonamiento similar al de las “normas secretas”, pues se estaría exigiendo el cumplimiento de pautas de conducta en un espacio de tiempo en el que dichas pautas de conducta no tenían esa condición.
- (iv) Claridad de las normas jurídicas, pues si estas se expresan en un lenguaje incomprensible, sus destinatarios difícilmente podrán cumplirlas. Sancionar a una persona por el incumplimiento de una norma incomprensible constituiría, nuevamente, a una acción injusta.
- (v) No contradicción entre normas, pues si una norma impone un comportamiento en un sentido (v.gr. está prohibido “A”), y otra

impone otro en sentido contrario (v.gr. está permitido “A”), entonces los destinatarios estarán en una encrucijada irresoluble: si cumplen una, incumplen la otra, y viceversa.

- (vi) Inexigibilidad de conductas imposibles, pues si una norma impone un comportamiento imposible de ser cumplido por parte de sus destinatarios estableciendo una sanción al efecto, por más dura que sea dicha sanción, los destinatarios nunca podrán cumplir con el comportamiento establecido en la norma. La exigencia, y aplicación de la sanción prevista, por tal norma, resulta injusta.
- (vii) Estabilidad en el tiempo, pues si frecuentemente se introducen cambios en las normas de un sistema jurídico, este no podrá lograr regular el comportamiento de modo adecuado. Así, la carga de que los destinatarios adecúen su comportamiento bajo estándares tan cambiantes en el tiempo terminará siendo excesiva a punto de considerarse injusta.
- (viii) Cumplimiento y efectivización de las normas por parte del Estado, pues si este no cumple ni hace cumplir las propias normas que promulga, los destinatarios de estas normas no tendrían conocimiento de a qué consecuencias podrían sujetarse.

En ese sentido, según Fuller, estas se tratarían de condiciones morales para la validez de un sistema jurídico –pues de lo contrario se estaría frente a un sistema injusto.

Hart (1983), sin embargo, no considera que estas condiciones signifiquen condiciones morales necesarias para la validez del sistema jurídico. Esto a razón de que, más que de una moral interna basada en condiciones estructurales, se trataría de un modelo de eficiencia que no necesariamente podría actuar como una garantía para evitar un derecho extremadamente injusto.

3. En cuanto a la cuestión acerca de la validez (o invalidez) del Derecho moralmente incuo. Hart (2009) se hace los siguientes cuestionamientos:

¿por qué es mejor pensar: “Esto no es derecho en ningún sentido”, en lugar de “Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado”? El primer modo de pensar, ¿hará que los hombres vean las cosas más claras o que estén más dispuestos a obedecer cuando la moral lo exige? ¿Conduciría ello a mejores maneras de resolver problemas reales como los que el régimen nazi dejó tras suyo? (p. 259)

Y es que para Hart la primera postura, que alude a una idea restringida de validez en el que la justicia es una condición de validez, es problemática. Por un lado, no resuelve el problema de la iniquidad del ser humano –quien dicta y aplica las reglas dictadas. Por otro, tampoco reduce el problema de los desacuerdos morales.

Para Hart, el individuo sí debe someter las reglas a un “examen moral”, mediante el cual se determinará si deben ser obedecidas o no por parte de este individuo (o individuos). Esta, al contrario de la postura anterior, sí permite una simplificación de las cuestiones morales que se derivan del problema de la injusticia en el Derecho. Detrás de esta postura se tiene una idea amplia de validez, que permite considerar como válidas, o jurídicas, reglas que podrían ser consideradas por uno o varios individuos como injustas. Se aboga de este modo por una separación conceptual entre Derecho y moral.

4. Finalmente, la cuarta cuestión permite una aproximación más cercana a la filosofía moral del Hart: ¿el Derecho puede utilizarse para imponer ciertas pautas de moralidad?

La discusión central se lleva a cabo entre Hart y Lord Patrick Devlin a raíz de la publicación del informe del Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución en 1957 en Reino Unido, conocido como informe Wolfenden. El informe versó acerca de la legislación vinculada a la homosexualidad y la prostitución en el país. En ese momento, en Reino Unido, la homosexualidad era considerada como delito, pero el Gobierno solicitó un informe para evaluar la regulación vigente. El Comité, encabezado por Sir John Wolfenden, presentó su informe abogando por una modificación en la legislación vigente. En particular,

que la homosexualidad entre adultos, y sus relaciones consensuales, practicada en privado, i.e., en la intimidad de sus hogares, debería ser despenalizada.

Este informe fue el que desató todo un debate acerca del Derecho frente a la moralidad. Mientras que Hart (1963b) tomó una postura en defensa de lo sostenido en el informe, Devlin (1965) estuvo en contra.

Y es que para Devlin la convivencia social exige que exista un mínimo de valores compartidos. Esta idea es la que lleva a Devlin a argumentar que la imposición de contenidos de moralidad a través del Derecho penal resulta necesaria para la propia existencia de la sociedad. En ese sentido, defiende el establecimiento de “castigos” en el ámbito jurídico a comportamientos considerados como pecaminosos o inmorales. El razonamiento de Devlin sigue las siguientes premisas:

- (i) El Derecho penal se fundamenta en un principio moral;
- (ii) Es la sociedad la que determina si un comportamiento es considerado moral o inmoral, bueno o malo, bajo un veredicto unánime (*collective judgment*), dando lugar a una moralidad pública o social. Esto no por una cuestión de “razón” –que tendría el ser racional (*rational man*), sino por sentido común –propio del ser razonable de recto parecer (*reasonable man*);
- (iii) Aunque también pueda hablarse de una moralidad privada, esta no supone una libertad del individuo a calificar la moralidad o inmoralidad de sus acciones, pues esto afectaría a la moralidad pública, en ese sentido la moralidad privada debe subordinarse a la pública;
- (iv) Si le corresponde a la sociedad pronunciarse sobre la moralidad pública, entonces también puede utilizar el Derecho para preservarla, pues esto equivale a garantizar la existencia de la propia sociedad;
- (v) En consecuencia, la sociedad tiene el derecho de “legislar contra la inmoralidad” sin limitación o excepción establecida “por adelantado”;

Esta postura sostenida por Devlin no supone que la moralidad privada sea desconocida, sino que se subordina a la moralidad pública, por lo que debe darse tolerancia a la mayor libertad individual posible en cuanto sea “compatible con la integridad de la sociedad”.

Para Hart, si bien sí cabe hablar de un contenido mínimo normativo –como se presentó anteriormente- para la convivencia social, esto no implica que se conceda un poder irrestricto a la sociedad para legislar sobre la moralidad o inmoralidad.

- (i) En primer lugar, debido a que no existe una única moralidad social. Al contrario, Hart destaca que en la sociedad inglesa existen distintas y divergentes posturas de moralidad social, sobre todo respecto a cuestiones de sexualidad.
- (ii) En segundo lugar, debido a que la violación de ciertas normas morales no necesariamente causará un daño a terceras personas ni destruirán la sociedad.
- (iii) A partir de lo anterior, en tercer lugar, debido a que la utilización del derecho debe limitarse en función al daño. Así, si bien Hart no rechaza que en una sociedad puedan formularse juicios de moralidad de ciertos comportamientos, cuestiona que el Derecho penal pueda ser utilizado para castigar tales comportamientos. En ese sentido, propone limitar esta potestad a los casos en los que se demuestre de manera fehaciente que cierto comportamiento –que podría ser calificado como inmoral- cause un daño de carácter normativo (*harm as a wrong*), es decir, un daño a los derechos de otra persona y no basado en meros intereses.
- (iv) Y, en cuarto lugar, debido a que ello afecta a la propia idea de moralidad. Esto, debido a que la adopción de una estrategia coactiva, o punitiva, en abstracción de motivos y consecuencias no corresponden a la moralidad sino al *tabú*. En ese sentido, cuestiona que la moralidad pueda afirmarse a través del “miedo al castigo”,

pues eso conduciría a un conformismo y no a la adopción voluntaria de pautas morales de comportamiento.

En suma, Hart no rechaza que en la sociedad puedan efectuarse juicios morales, ni toma una postura de que todo contenido que coincida con un juicio moral deba ser excluido del ámbito jurídico. Lo que Hart rechaza es la idea de “legislar contra la inmoralidad” pues, aunque se pueda hablar de una moralidad pública o social –o de varias- de ello no se deriva que tal moralidad sea “correcta”.

4.1.1.3. El iusnaturalismo de Finnis

A. Surgimiento de la obra de Finnis

Para Hart la teoría clásica del iusnaturalismo no era plausible puesto que se trataba de una teoría de poca claridad y de contradicciones sin respuesta aparente, aunque es posible que ello se debiera a que no habría profundizado en sus fuentes (Orrego 2004). Es por ello que Hart encargó un abordaje más consistente del iusnaturalismo a uno de sus discípulos: John Finnis.

John Mitchell Finnis nació el año 1940 en Adelaide, Australia, donde estudió en St. Peter’s College, de denominación anglicana, entre los años 1947-1957. Según el propio Finnis relató en una entrevista (Etcheverry 2012), luego de terminar su educación básica, tenía el deseo de estudiar historia, el mismo que fue “apagado” por sus padres. Este deseo surgiría desde temprana edad, al surgirle un profundo interés en la filosofía de la historia –aunque también en la arqueología.

Es así que en 1958 inició sus estudios de Derecho en la Universidad de Adelaide, obteniendo en 1961 el grado de *Bachelor of Laws* (LL.B.) con honores. En este periodo de estudios, Finnis comenta que, durante el tercer año, en el curso de Teoría del Derecho (*Jurisprudence*) tuvo un acercamiento a Austin, Kelsen, Stone, sin una aproximación profunda a la Teoría del Derecho natural. En este punto su pensamiento lo cataloga como el de un “escepticismo humeano y russelliano” (Etcheverry 2012) que el propio Finnis decidió refutar. Esto lo llevó a interesarse en el texto *Insight* de autoría del jesuita Bernard Lonergan (1957), que versa sobre el entendimiento humano.

Al graduarse de Adelaide, Finnis también obtuvo la beca Rhodes para estudiar en la Universidad de Oxford, donde inició sus estudios de doctorado en 1962, año en el que también se convirtió al catolicismo. En 1964 se casó con Marie C. McNally, con quien tuvo 3 hijas y 3 hijos. En 1965 obtuvo el grado de Doctor en Filosofía (D. Phil.) en Oxford con la tesis titulada *The Idea of Judicial Power, with special reference to Australian federal constitutional law*, bajo la supervisión de Hart.

En este periodo Finnis continuó leyendo el texto de Lonergan, pero ello no traería una satisfacción plena, pues el mismo refiere que “Lonergan no comprendía los principios del razonamiento práctico”.

Finnis inició su carrera académica como *associate in law* en la Universidad de California en Berkeley, donde ocupó dicho cargo entre 1965 y 1966. A este punto Finnis inició a escribir sobre cuestiones de ética aplicada bajo principios del catolicismo, pero sin profundizar en sus fundamentos. Fue el contacto con el que sería el primer libro publicado de Germain Grisez (1964) que lo llevó a adentrarse en la teoría clásica del iusnaturalismo, y especialmente, en la obra de Tomás de Aquino.

Posteriormente a la Universidad de California, Finnis se incorporó al cuerpo docente en la Universidad de Oxford, ocupando diversas posiciones hasta el año 2010. A partir de dicho año se le ha concedido el estatus de profesor emérito. Además de Oxford y, notablemente Notre Dame, durante su extensa carrera Finnis también ha venido ocupando cargos y recibiendo distinciones en diferentes universidades, así como en otras instituciones académicas y eclesiásticas. De ello cabe destacar su incorporación en la *British Academy* en 1999.

Entre sus reconocimientos más destacados, puede citarse su reconocimiento como Doctor *honoris causa* en 2011 por la Universidad de Notre Dame (*Honorary DCL*) y en 2017 por la Universidad de Adelaide (*Honorary LLD*). En 2017 fue galardonado por la reina Elizabeth II con el título de *honorary Queen's Counsel* (QC). En 2019 fue nombrado como *Companion in the General Division of the Order of Australia* (AC). Y, recientemente, en 2023 ha recibido el título de

Commander of the Order of the British Empire (CBE) por sus servicios en la investigación del Derecho.

Tal como se relataba al inicio, Hart encomendó a Finnis la tarea de profundizar en el Derecho natural con el fin de publicar un volumen en una serie dirigida y editada por Hart, *Clarendon Law Series*, que el mismo inauguró con su propio libro *The Concept of Law* (1961). Este encargo fue dado a Finnis debido a que Hart conocía muy bien del interés que tenía sobre los fundamentos del Derecho y la moral. Esta encomienda tomaría alrededor de 14 años para ver los resultados concretizados en un texto cuyo título habría sido elegido por el propio Hart: *Natural Law and Natural Rights*. El manuscrito de este libro fue terminado en el año 1978, y para 1980, se publicó la primera edición, la cual cuenta con traducción en español bajo el título *Ley natural y derechos naturales* (Finnis 2000). La formación de Finnis bajo la tradición de la filosofía jurídica analítica, con una influencia notablemente marcada del positivismo, le permitió familiarizarse con las “caricaturas” de la teoría clásica de Derecho natural, logrando una obra que fue escrita para Hart y su audiencia, defendiendo una postura con la negativa de realizar una separación en el estudio de la moral, Derecho y política (Orrego 2000).

En esta obra Finnis logra reformular la teoría clásica, respondiendo en cierta medida a aquella oscuridad y aparente situación de contradicciones del Derecho natural, a punto de que Hart consideraría que la teoría iusnaturalista de Finnis, aunque discutible, no era opuesta a la visión iuspositivista que él sostenía.

Entre los años 80’ y en la década de los 90’ Finnis publicará otros libros, tales como *Fundamental of Ethics* (Finnis 1983); *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth* (Finnis 1991), que cuenta con una traducción en español como *Absolutos Morales: Tradición, Revisión y Verdad* (Finnis 1992); y *Aquinas: Moral, Political and Legal Thought* (Finnis 1998), cuya traducción en español se publicó bajo el título *Tomás de Aquino: Teoría Moral, Política y Jurídica* (Finnis 2019).

Posteriormente, publicó una segunda edición de *Natural Law and Natural Rights* en 2011, corrigiendo distintas erratas e incluyendo un *Postscript* en el que se realizan ciertas aclaraciones y responden a ciertas objeciones.

En ese mismo año *Oxford University Press* publicó 122 de sus artículos en una serie de cinco volúmenes bajo el título general de *The Collected Essays of John Finnis*, de manera ordenada y agrupada según la temática abordada en cada artículo, siendo los siguientes: *Reason in Action* (Finnis 2011b), *Intention and Identity* (Finnis 2011c), *Human Rights and Common Good* (Finnis 2011d), *Philosophy of Law* (Finnis 2011e), y *Religion and Public Reason* (Finnis 2011f).

No sólo su trabajo más icónico, *Natural Law and Natural Rights*, sino su obra en su conjunto es vista como una propuesta que articula un sistema desarrollado de Derecho natural sobre la base del razonamiento práctico y el entendimiento del bien humano (Biggar y Black 2016). Una propuesta que ha logrado revivir el interés de los estudiosos en la venerable, pero mal comprendida, idea del Derecho natural y de los derechos naturales, llegando a influir –e incluso cambiar- ciertos modos de pensar dominantes entre los filósofos del Derecho y de la moral y la política en la tradición analítica (George 2013), o –en palabras de MacCormick (1992)- que conducen a un cambio en los “paradigmas personales”.

B. La filosofía jurídica de Finnis

Para Finnis la filosofía del Derechos no es una cuestión teórica, sino un ejercicio práctico. En ese sentido, desarrollar una teoría del Derecho implica, en primer lugar, una aproximación valorativa, de comprensión sobre lo *bueno*, y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica –por ende, no se limita a un abordaje meramente teórico del Derecho (Finnis 2011a). Y, en segundo lugar, que la proposición que afirme sea consistente con la decisión razonable del filósofo de pretender investigarla, afirmarla, y defenderla con argumentos, y con las condiciones naturales, racionales, culturales, morales, familiares y políticas que la hacen posible (Finnis 2011e, 173).

Así, para el autor citado, el conocimiento del Derecho implica un conocimiento práctico. Por ello, la teoría del Derecho requiere un abordaje en el sentido práctico más amplio, que se cumple en cuanto se trata y enfoca acerca de qué sería bueno hacer, tener, obtener y ser, así como acerca de qué debe ser hecho en campo abierto de la vida humana, mediante elecciones y acciones en vista a

objetos, fines y bienes que ofrecen razones para la acción y le dan sentido a la vida individual o grupal como tal (Finnis 1998, 41).

En ese sentido, en la perspectiva de Finnis existen objetos, fines y bienes que permitirían evaluar si una acción es o no razonable o, dicho de otro modo, si su realización se basa en la razón práctica.

En esto Finnis (2011a) también aborda la crítica de Hume a tesis iusnaturalistas, distinguiendo el enfoque clásico que defiende de otros –como el caso del iusnaturalismo racionalista. Esta crítica se basa en la denominada “falacia naturalista”, según la cual del *ser* no puede derivarse lógicamente un *deber ser*, i.e., de un hecho no puede derivarse una obligación, por lo que de una realidad “natural” no podría derivarse una “obligación natural”. Para Finnis esta objeción no afecta de modo alguno su propuesta naturalista. Para ello toma la distinción –propuesta por autores como Aristóteles o Aquino- entre razones especulativas y razones prácticas. Las primeras se refieren al conocimiento teórico –del *ser* (o lo que *es*), como la metafísica que se enfoca en la realidad, pero también la naturaleza humana-, mientras que las segundas se orientan a la acción –el *deber ser*, como la ética, que se enfoca en la moral, y la razón práctica. En ese sentido, la aludida objeción no sería aplicable, pues Finnis no pretende que de lo que *es* natural se derive un *deber ser*, sino que considera que propiamente existen deberes naturales –por ende, de un deber ser natural pueden derivarse lógicamente “n” otros deberes.

Bajo este contexto, Finnis considera que el Derecho, como una disciplina práctica, se basa precisamente en la razón práctica. Por lo que, siendo que el Derecho tiene arraigo en principios morales que –según el autor citado- son objetivos; las obligaciones jurídicas pueden considerarse basadas en obligaciones morales –de la razón práctica. Empero, no toda norma jurídica podrá ser considerada como una norma natural, moral, o sustentada sobre la razón práctica, como se verá más adelante en cuanto a la postura que sostiene Finnis sobre la validez y la justicia (e injusticia) del Derecho.

Por otro lado, Finnis (2011a) enfatiza la importancia de destacar el punto de vista –y su objeto- separando el caso central –de enfoque- de aquellos que podrían tener cierta relación, pero que a fin de cuentas son casos periféricos. Así, por

ejemplo, se distingue la *amistad* como caso central, de la *amistad por conveniencia* como un caso periférico.

En consecuencia, si se sigue la perspectiva de Finnis, y si se adopta un punto de vista en el que las obligaciones jurídicas se consideran como obligaciones morales, en el sentido de basarse en la razón práctica, o si se considera que el orden jurídico es un ideal moral, si es que no como una exigencia apremiante de justicia, entonces dicho punto de vista se constituirá caso el caso central.

Siguiendo a Massini Correas (2017), en atención a este planteamiento se distinguen dos dimensiones del *caso central* del Derecho: (i) una dimensión ético-valorativa (o institucional, o autoritativa, o social-fáctica) que concierne al ordenamiento jurídico positivo, fuentes sociales e instituciones que lo operan y aplican; y (ii) una dimensión ideal racional o de justicia (o racional-valorativa) enfocada a determinar el sentido y propósito del Derecho, esto, mediante “deliberaciones, juicios, valoraciones, intenciones, imperativos y calificaciones” (p. LX) que precisamente crean, aplican y justifican al Derecho y constituyen razones para la acción.

C. Derecho y razonabilidad práctica

Una de las tesis centrales en la teoría de Finnis (2011a) es aquella acerca de la *razonabilidad práctica*. Según Finnis existen ciertos bienes básicos que constituyen los principios generales del derecho natural, y que son cognoscibles por todo ser humano con razón y experiencia suficiente a punto de ser considerados como *autoevidentes*. En ese sentido, no requieren demostrarse, pero sí de experiencia, puesto que su conocimiento no es innato.

En ese sentido, si el Derecho pretende ser *razonable*, entonces tendrá que velar por estos bienes básicos, entre los que se identifica:

- (1) la vida, incluyendo la salud, el bienestar, y la transmisión de la vida;
- (2) el conocimiento, que es deseable en sí mismo y no meramente de modo instrumental;

- (3) el juego, como un elemento observable de manera extendida e irreductible en la cultura, que puede formar parte de cualquier actividad humana;
- (4) la experiencia estética, que puede o no involucrar una acción propia, al valorando una hermosa forma “externa” o pura y la experiencia “interna” de apreciarla;
- (5) la sociabilidad, que va desde un nivel débil de mantenimiento mínimo de paz, hasta uno más fuerte con una amistad plena;
- (6) la razonabilidad práctica, consistente en utilizar la propia inteligencia para resolver los dilemas de elegir nuestras acciones, estilo de vida, y formar el carácter; y
- (7) la religión, no como una posición ideológica determinada, sino como el reconocimiento de un orden trascendente –previo y perdurable- a la autodeterminación del ser humano.

La realización de estos bienes básicos se expresa a través de uno: la razonabilidad práctica, a partir del cual se extienden a los campos de la moral, la política, y también el derecho, pues estos tres son objeto de una misma disciplina: la filosofía práctica.

A su vez, Finnis enumera ciertas exigencias de la razonabilidad práctica que se caracterizan por ser exigencias *metodológicas*. A saber:

- (1) debe buscarse un plan de vida coherente, es decir, estructurado coherentemente y no basado en impulsos y aspiraciones efímeras;
- (2) no deben hacerse preferencias arbitrarias entre los valores
- (3) ni tampoco entre personas;
- (4) debe actuarse con desprendimiento de los objetivos del plan de vida, en cuanto resultasen fallidos, pero al mismo tiempo
- (5) debe actuarse en compromiso con el plan de vida establecido;
- (6) debe considerarse las consecuencias que las acciones –y alternativas- que uno realiza, buscando la eficiencia, pero al mismo tiempo valorando los medios y no solamente los fines –con lo que se rechaza las tesis del utilitarismo y el consecuencialismo; en ese sentido,

(7) debe velarse por el respeto de todo valor básico y

(8) los requerimientos del bien común; estas exigencias remiten a la necesidad de seguir la propia consciencia, o mejor, el juicio prudente.

Para Finnis, el producto de estas exigencias es la moral y, en el plano de lo jurídico, de un *Derecho razonable*.

D. El Derecho injusto

Para Finnis la idea de que “una ley injusta no es ley” no necesariamente constituye un argumento suficiente para negar la condición de una ley como tal, pues considera posible hablar de “leyes injustas”.

Sin embargo, esta concepción no implica que Finnis rechace el rol de la moral frente al Derecho. Para el citado autor, la (creencia) moral que se transmite, como también “la moral verdadera, justificada” (Finnis 2011e, 8), afirma la necesidad moral de que la ley sea recta, introducida para responder los asuntos de la comunidad, considerada presumiblemente como obligatoria. Aspecto último que es derrotado en dos casos: (a) cuando existen responsabilidades morales contrapuestas que irremediablemente conducen al incumplimiento de una de estas, deviniendo en que este sea considerado como justo al estar justificado; y (b) por injusticias serias y relevantes en la formación o el contenido de la ley.

En ese sentido, Finnis distingue entre la valoración moral de una ley, que puede concluir en señalar a una ley como justa o injusta; y una valoración (de validez) jurídica sobre dicha ley. Así, moralmente podría justificarse la desobediencia a la ley injusta, pero esto no necesariamente la torna en inválida formalmente. De otro modo, una ley podría haber sido promulgada incumpliendo con el procedimiento establecido para su dación, lo que implicaría que esta adolece de validez, y podría valorarse que su formación también ha conllevado injusticias de por medio, aunque por otro lado su contenido pueda ser (o no) considerado moralmente justo.

Esta concepción es calificada por Alexy (2008) como un “no-positivismo super-inclusivo” en la clasificación de (versiones de) teorías no-positivistas que

esboza en función a los efectos que se atribuye en la validez jurídica a razón de defectos morales.

- (i) Una primera versión para citar es la del no-positivismo excluyente, desde la que se sostiene que las reglas que presentan defectos morales tienen por resultado su exclusión. En otras palabras, aquellas reglas inmorales o injustas no son válidas. Existe así una correspondencia plena y directa entre moralidad/inmoralidad y validez/invalidéz. Para esta versión del no-positivismo, las normas morales, y no las jurídicas, son las que terminan siendo razones excluyentes. El problema de esta teoría es presuponer que los operadores jurídicos han alcanzado la contemplación plena de razones morales objetivas, lo que resulta implausible aún para los objetivistas morales. Así, Alexy (2008) cuestiona que esta teoría desembocaría en anarquía, desconociendo la dimensión real o fáctica del Derecho.
- (ii) La segunda versión, denominada como no-positivismo incluyente, evita la idealización excesiva de la primera a través de la fórmula de Radbruch (1962), para la cual el Derecho extremadamente injusto no puede ser considerado Derecho, sino meramente arbitrariedad. En tal sentido, para esta versión del no-positivismo no todo defecto moral afecta la validez del Derecho. Según esta versión, una norma jurídica perderá su validez *sí y sólo sí* traspasa el umbral de la *injusticia extrema*. Esta versión de no-positivismo, y la lectura que hace de Radbruch, es la que sostiene y defiende Alexy (2021a) a lo largo de su obra.
- (iii) Por último, la tercera versión, denominada como no-positivismo súper-incluyente, es caracterizada por Alexy como radical al igual que la versión excluyente, pero en un sentido totalmente distinto. Mientras para el no-positivismo excluyente el Derecho injusto –sin distinción de *grados* de injusticia- es inválido, y por tanto no es derecho; en el no-positivismo súper-incluyente aquel derecho

injusto sigue siendo válido, aunque es considerable como Derecho defectuoso o corrupto. Como ya se mencionó con anterioridad, para Alexy estas características encajan con la propuesta iusnaturalista de Finnis, por lo que clasifica su concepción como un “no-positivismo súper-incluyente”.

Para Alexy, tanto la primera como la tercera versión de no-positivismo, caen en un sesgo a favor de la dimensión real o fáctica del Derecho (Alexy 2008), y restringen el rol del participante de la práctica jurídica a un rol de mero observador (Alexy 2013a).

En respuesta a ello, Finnis (2014) cuestiona el argumento de Alexy en varios sentidos. En primer lugar, cuestiona la estructuración del Derecho en dos dimensiones, la que le parece esquiva y confusa –o que induce a confusión; en lugar de ello, propone una “doble vida” (*double life*) en el Derecho: como un hecho y como una razón para la acción –precisamente el título del artículo mediante el que responde a Alexy. En segundo lugar, rechaza su clasificación de teorías “no-positivistas” y la etiqueta de “no-positivismo súper-incluyente”, pues su concepción bien podría encajar en todas las versiones de “no-positivismo” dependiendo del punto de vista, sea como observador –lo que encajaría su teoría en lo que Alexy define como “no-positivismo súper-incluyente”-, como participante razonable –encajando en la versión de “excluyente”-, o como un participante razonable que reconoce ciertas características en el orden jurídico –encajando en la versión “incluyente”. En base a ello, Finnis caracteriza su propia concepción como principalmente excluyente, y secundariamente súper-incluyente, aunque reconociendo casos en los que también se aproxima a una versión incluyente –pero por razones distintas a las expresadas por Alexy.

Estas objeciones serían respondidas por Alexy (2017) en un escrito posterior, aunque esencialmente manteniendo su postura. En todo, aunque ambos autores mantienen sus posiciones iniciales, el debate permitió tener mayores detalles sobre la idea de cada uno de los autores citados sobre el Derecho injusto y sus consecuencias, posibilitando incluso formular propuestas a partir de esta discusión –o diálogo- entre ambas posturas (Chávez-Fernández Postigo 2021).

4.1.1.4. El principialismo constructivista de Dworkin

A. El pensamiento de Dworkin en contexto

A diferencia de Hart, que nació y falleció en Reino Unido, Ronald Dworkin nace en 1931 en la ciudad de Worcester, en el Estado de Massachussets, Estados Unidos. Por otro lado, sus estudios en Derecho tampoco fueron los primeros, ya que antes de estos Dworkin cursa y obtiene el grado de *Bachelor of Arts*, en *Harvard College* como en *Magdalen College* de la Universidad de Oxford. Al respecto, tal como da cuenta Stephen Guest (2012), aunque el interés inicial que Dworkin tenía residía en la filosofía, es en Oxford que descubriría su *interés real*.

A partir de dicha experiencia, Dworkin decidiría iniciar sus estudios en Harvard Law School, para así dedicarse al estudio del Derecho. Posteriormente, luego de trabajar como asistente del juez Learned Hand (1957-1958) y ejercer la abogacía en la ciudad de Nueva York (1958-1962), ingresaría a la carrera académica como profesor de Derecho en la Universidad de Yale, obteniendo la cátedra Wesley Newcomb Hohfeld en 1968. Un año más tarde, en 1969, Dworkin retornaría a la Universidad de Oxford, pero esta vez para ocupar la cátedra de Teoría Jurídica, que años atrás también ocupó Hart. Durante el ejercicio de dicha cátedra, que se extendió hasta 1998, Dworkin también trabajó como profesor de Derecho y filosofía en la Universidad de Nueva York, participando y colaborando en diversas otras universidades en Estados Unidos como en Reino Unido.

Establecer los autores y el grado en el que estos influenciaron en el pensamiento de Dworkin resulta una labor complicada, siendo que Dworkin es un autor multitemático, y no es de aquellos que gustan indicar qué influencias recibieron para una u otra de sus tesis. Sin embargo, como añade Pablo Bonorino (2010), esto no impide reconocer la valía del trabajo de Dworkin, y ver ciertos autores relevantes en este. Entre dichos autores, puede citarse a H. L. A. Hart, John Rawls, Willard Quine, Donald Davidson, Saul Kripke, Gareth Evans, Thomas Nagel, entre otros tantos, así como varios de sus colegas en Oxford, como Gerald Cohen, John Finnis, Derek Parfit, Joseph Raz y Amartya Sen, sin ser una lista exhaustiva ni completa.

B. Dworkin frente al positivismo jurídico

Dworkin presenta su postura frente al positivismo jurídico en *The Model of Rules* que publica inicialmente en 1967 para la *Chicago Law Review* (Dworkin 1967) y que posteriormente sería incluida en *Taking Rights Seriously* una obra que recopila distintos trabajos suyos (Dworkin 1978). Al respecto, cabe señalar que, si bien existen distintos modelos de positivismo que Dworkin podría haber tomado como punto de partida para la discusión, decide poner su atención específicamente en la “poderosa forma” de positivismo propuesta por Hart. En dicha obra, que cuenta con una conocida traducción en español bajo el título *Los derechos en serio*, Dworkin (1989a) formula una conceptualización crítica del positivismo jurídico hartiano, reconstruyendo su “esqueleto” a partir de tres tesis que caracteriza de la siguiente manera:

- a) *Tesis del pedigree*. El Derecho de una comunidad se compone por normas, las que tienen un propósito de imputar un castigo o someter a coerción a determinados comportamientos. La identificación de dichas normas (válidas) se realiza mediante un “test de pedigree” a partir de su origen –pero no de su contenido.
- b) *Tesis de la discrecionalidad judicial*. Siendo que el Derecho sólo se compone de normas válidas, la ausencia de alguna que se ocupe de un caso determinado implica la imposibilidad de resolverlo “aplicando la ley”. Así, este tipo de casos son resueltos por el juez bajo su *discrecionalidad*, aplicando algún tipo de pauta o estándar que va “más allá de ley” para materializar alguna nueva norma, o extender el alcance de alguna existente, para el caso en cuestión.
- c) *Tesis de la obligación jurídica*. Siendo que la obligación es una situación jurídica imputada por una norma válida a un sujeto, la ausencia de dicha norma supone la inexistencia de una *obligación jurídica*. Por tanto, el ejercicio de la discrecionalidad judicial no se traduce en la imputación de un derecho (u obligación) preexistente al caso concreto, sino en un acto de creación posterior.

A partir de esta caracterización, cuestionada por Carrió (2011) y otros autores, Dworkin argumenta que la teoría de positivismo jurídico no es sostenible.

Para llegar a esta conclusión, Dworkin llama la atención a otro tipo de normas distintas a las reglas: los denominados *principios*, cuya existencia se puede afirmar a partir de la práctica misma, en la que se evidencia que los jueces no siempre resuelven los casos aplicando reglas, sino además otro tipo de pautas que, según Dworkin, se diferencian de las reglas estructuralmente y por tener una “dimensión de peso”.

Aceptando su existencia, según Dworkin, los principios podrían ser entendidos sólo en dos sentidos: (1) como normas vinculantes a un mismo nivel que las reglas, o (2) como normas que no vinculan a un mismo nivel que las reglas, sino que se ubican en un plano superior al jurídico. Este último sentido no sería sostenible por los positivistas, lo que obliga a considerar a los principios bajo el primer sentido descrito.

En primer lugar, a partir de este, la *tesis de pedigree* sería insostenible, pues la *regla de reconocimiento* propuesta por Hart no permite dar cuenta de los principios jurídicos al no ser un producto institucional –como sí ocurre con las reglas.

En segundo lugar, este primer sentido de los principios también podría en tela de juicio a la *tesis de la discrecionalidad judicial*. Por un lado, entendida la discrecionalidad en un sentido fuerte, desvinculando al juez de pautas preestablecidas por la autoridad, sería implausible. Por otro, entendida en un sentido débil, que considerase que al aplicar las pautas se requeriría de ciertos otros criterios esta sería trivial.

En tercer lugar, y, en consecuencia, la *tesis de la obligación jurídica* también tendría que abandonarse. Esto, debido a que si se considera que los principios –y no sólo las reglas- también implican obligaciones jurídicas; entonces no cabe hablar de *discrecionalidad*, ni de inexistencia de *obligaciones*, aun ante la ausencia de una regla en un caso concreto.

A partir de estos cuestionamientos, Dworkin sostiene que el positivismo jurídico es insostenible –aunque ciertos autores lleguen a conclusiones distintas (Waluchow 1985a).

C. El aguijón semántico y los desacuerdos

Uno de los textos más citados de Dworkin, en el que desarrolla de manera sistemática su teoría es *Law's Empire* (Dworkin 1986), el cual tendría una traducción al español duramente criticada que se publicó en 1988 bajo el nombre de “El imperio de la Justicia”, y que ameritaría una reciente nueva traducción y publicación bajo el título “El imperio del Derecho” (2022).

Entre otros aspectos, en este texto, Dworkin llama la atención a distinguir entre un desacuerdo genuino sobre el Derecho, de aquellas meras “seudo disputas verbales”. Estas últimas se producen cuando se discute sobre dos objetos que tienen distintos significados para los participantes, pero que se identifican bajo un mismo término. En cambio, los desacuerdos genuinos se derivan de aspectos sobre los hechos, la prueba, o incluso la moralidad o corrección del Derecho. En ese sentido, los desacuerdos genuinos implican discrepancias sobre la base de posiciones que se construyen sobre términos con igual significado para los participantes consideran.

A partir de esta distinción, Dworkin considera que una teoría jurídica plausible es aquella que puede explicar los desacuerdos genuinos que surgen en la práctica del Derecho.

Bajo de esta perspectiva, Dworkin observa que las teorías semánticas del Derecho, como el positivismo jurídico, no ofrecen dicha explicación de la ocurrencia de los desacuerdos en la práctica jurídica. Esto precisamente porque estas teorías se basarían en el significado acerca del Derecho, esto es, en su significado *criteriológico* (Iosa y Rapetti 2022), lo que supone recurrir a los criterios derivados de las reglas que establecen el uso correcto de los significados de los términos. Por ende, Dworkin no consideró que estas teorías, “infectadas” por el aguijón semántico, fuesen plausibles.

En general, esta crítica fue recibida de distinta manera entre los juristas de la época. Siguiendo a Bonorino (2010), pocos fueron los que consideraron

responder a los planteamientos de Dworkin, otros rechazaron que esta se enfocara a alguna teoría jurídica contemporánea, y la mayoría simplemente la ignoraron. La respuesta de Hart se ubicó en el segundo grupo. Para él, el argumento de Dworkin no podría afectar su teoría positivista puesto que, a diferencia de la caracterización que Dworkin le hace como “teoría semántica”, el positivismo no tendría como objetivo la explicación del significado del término “Derecho” (Hart 1997). Inclusive, para Hart el argumento de Dworkin bien podría ser un complemento – siempre y cuando se entienda el positivismo sin tergiversarlo, o caracterizarlo antojadizamente. De otro lado, tanto Raz (2013) como Bonorino (2010) han objetado la plausibilidad del argumento del aguijón semántico, específicamente en cuanto a su conclusión. Sin embargo, aun si se rechazase este argumento de Dworkin, ello no implicaría rechazar la teoría jurídica que postula.

D. Interpretación e interpretación jurídica en Dworkin

Dworkin (2022) rechaza que la observación a la práctica jurídica sea la suficiente para establecer los estándares según los cuales deben resolverse los casos. Una aproximación empírica al Derecho es insuficiente, por ello, Dworkin sugiere concebir al Derecho como una práctica interpretativa, o de manera más amplia, como una *práctica argumentativa* (Iosa y Rapetti 2022).

En ese sentido, la interpretación juega un rol fundamental para el entendimiento de la práctica jurídica. Esta práctica, señala Dworkin, no se limita al Derecho, pues la interpretación –y específicamente la interpretación de las prácticas sociales- puede darse en una conversación o en otros ámbitos como el científico y el artístico. Este último sería considerado por Dworkin como cercano al ámbito jurídico, pues en ambos casos se permite distinguir entre creador y lo creado –que es tanto el arte como en cierto sentido las practicas sociales-, destacándose así lo que Dworkin denomina *interpretación creativa*. Este tipo de interpretación se caracteriza por tener como objeto *creaciones humanas*, y tiene sentido en cuanto la atención se enfoque no en la “intención” del *creador*, sino en el sentido o significado que pueda darse a lo *creado*.

Así, en estos ámbitos se producen desacuerdos genuinos que resaltan el rol de la interpretación. En el caso del arte, los críticos pueden tener posturas diferentes respecto de una obra artística, teniendo desacuerdos sobre el sentido o significado de dicha obra. El origen de estos es explicado por Dworkin en *Law as Interpretation*, texto publicado inicialmente en 1982 y posteriormente como el sexto capítulo de *A Matter of Principle* (Dworkin 1985), traducido bajo el título “En qué se parece el derecho a la literatura” (Dworkin 2012). En dicho texto Dworkin centra su atención en la que denominará como *hipótesis estética*, según la cual la interpretación de una obra de arte consiste en mostrar qué forma de apreciarla la releva como la mejor obra. En ese sentido, los desacuerdos se producen porque se postulan distintas teorías acerca del significado o propósito de la literatura y de lo que permite considerar a una obra literaria como mejor que otras.

Por otro lado, en el caso de las prácticas sociales la caracterización no es tan distinta, sin embargo, la hipótesis que explica los desacuerdos no tiene un carácter estético, sino que se trata de una cuestión de principios que se considera valiosos. En este contexto, Dworkin (2022) sitúa la atención en la *actitud interpretativa* de los participantes, lo que supone considerar que (1) las prácticas existen y tienen un propósito o valor, y que (2) las exigencias derivadas de dichas prácticas responden a dicho propósito o valor. De este modo, la interpretación que realicen los participantes permite (a) la determinación de la existencia de una práctica determinada, (b) el establecimiento de las exigencias de conducta derivadas de dicha práctica, y (c) la explicación del cambio o los cambios en estas.

Asimismo, el citado autor identifica tres etapas o fases en la actividad interpretativa en las que también se evidencia la vinculación entre el propósito o valor de las prácticas y el contenido de estas. La primera es denominada como *pre-interpretativa*, y en esta se identifica el contenido tentativo de la práctica, conformado por reglas y estándares de conducta. La segunda es la *interpretativa* propiamente dicha, consistente en que el intérprete realiza una justificación de la práctica como un conjunto de elementos unitario o coherente construido a partir del contenido de la práctica identificado en la etapa pre-interpretativa. Finalmente, en la tercera etapa o fase, *post-interpretativa*, se realiza un ajuste del contenido de la

práctica con la finalidad de adecuarse mejor a la justificación aceptada en la segunda etapa. Esta última implica, de ser necesario, modificar las exigencias de conductas identificadas inicialmente en la primera etapa. De este modo, la actividad interpretativa requiere recurrir a dos criterios: ajuste y justificación, a partir de los cuales se posibilitaría que el participante –o intérprete- logre la (mejor) interpretación.

En síntesis, para Dworkin la interpretación es una actividad consistente en mostrar el objeto interpretado en su mejor versión, lo que implica que el resultado de tal interpretación debe ajustarse a dicho objeto, así como justificarlo. En ese sentido, la interpretación de las prácticas sociales, y específicamente la interpretación jurídica, configuran diversas concepciones explicativas y justificativas del uso de la fuerza pública respecto de quienes incumplen con las exigencias derivadas de –precisamente- dichas prácticas.

E. La tesis del Derecho como integridad

Rechazando las teorías de interpretación basadas en el convencionalismo y el pragmatismo, Dworkin formula su propia teoría del *Derecho como integridad*. Como se dijo anteriormente, para Dworkin las teorías del Derecho buscan explicar y justificar el uso de la fuerza pública, generándose desacuerdos en las respuestas a tal planteamiento. En ese sentido, una teoría sólo es plausible en cuanto logre dicho cometido. Así también, debe recordarse que para Dworkin la práctica jurídica es una *práctica interpretativa*, lo que supone recurrir a criterios de *ajuste* y *justificación* para su interpretación.

Por un lado, el *ajuste* implica que la interpretación debe sujetarse al material normativo interpretado, lo que supone, asimismo, considerar las decisiones adoptadas en la práctica que sean preexistentes a la interpretación. Por otro, la *justificación* supone que dicha interpretación se sustente, además, en principios de moralidad pública que hagan su aceptación plausible. A esto, cabe señalar que, aunque en su obra Dworkin hace referencia sobre todo al razonamiento judicial, no se limita al mismo, sino que esto obedece a que Dworkin considera dicho razonamiento como *representativo*. De ahí la preocupación constante de Dworkin

por analizarlo reflejada en *Life's Dominion* (Dworkin 1993), texto traducido como “El dominio de la vida” (Dworkin 1994).

Desde esta perspectiva, Dworkin formula el concepto de *virtud política*, la cual posibilita considerar que la comunidad política no se limita a la mera aceptación de reglas o situaciones, sino que puede ser vista como una comunidad de principios. Por ello, Dworkin propone que se considere a la virtud política en el mismo plano que la justicia, la equidad y el debido proceso, criterios valorativos para principios como reglas.

La aceptación de este concepto en el ámbito de la política se traduce en el ámbito jurídico como el *principio de integridad judicial*. Según este principio, cuando los jueces tienen frente a sí un caso difícil (*hard case*), estos deben resolverlo mediante una interpretación constructiva de la doctrina jurídica y de la estructura política de la comunidad –como una figura personificada a la que se atribuye la fuente de derechos y obligaciones. Esta, según Dworkin, es la búsqueda de la *mejor interpretación*. En ese sentido, se asume que existe una *única respuesta correcta* que todo juez debe buscar para cada caso. Lo que, a su vez, presupone que el Derecho carecería de lagunas y, por tanto, que los jueces no *crean* Derecho en ningún caso, sólo lo aplican.

F. La tesis de la respuesta correcta

Tal como Guest (2012) señala, la *tesis de la respuesta correcta* es el mayor obstáculo para comprender a Dworkin. En la década de los años 70 y bajo el título *No right answer?*, Dworkin (1977) desarrolla un primer argumento para defender la tesis de la respuesta correcta (cfr. Bonorino 2010), texto que sería ligeramente ampliado y vuelto a publicar como el quinto capítulo de *A Matter of Principle* (Dworkin 1985), que cuenta con traducción en español publicada en una obra editada por Casanovas y Moreso en Barcelona (Dworkin 1994).

En dicho trabajo Dworkin formula la *tesis de la bivalencia*, según la cual afirmar que a un caso puede encuadrarse en determinado supuesto o que no, requiere establecer la veracidad de alguna de las afirmaciones. De este modo, existe una *respuesta correcta*. Las objeciones a esta tesis sugerirían (1) considerar una

tercera posibilidad en determinadas circunstancias especiales, o simplemente (2) que ninguna de las dos posibilidades sea cierta –sin necesidad de recurrir a una tercera. Sin embargo, luego de evaluar los fundamentos de ambas objeciones, Dworkin las rechaza por ser internamente inconsistentes, así como insatisfactorias para explicar la práctica jurídica existente. Esta apelación a la práctica será mantenida por Dworkin a lo largo de su obra, aunque algunos autores han señalado que se habrían producido cambios en el alcance de su tesis (Coleman 1993). En todo, Dworkin (1991) ha enfatizado que esta es una de sus tesis centrales y que no la ha “abandonado” de ningún modo en el decurso de su obra. En un texto posterior *Objectivity and Truth: You’d Better Believe It* parece mantener la misma estrategia defensiva (Dworkin 1996). Una estrategia a partir de la cual puede concluirse que, al no existir argumentos plausibles para desechar la tesis de la respuesta correcta, entonces es mejor *creer* en esta.

Ahora bien, Dworkin (1985; 1991) ha dejado claro que su tesis de la respuesta correcta no implica una tesis metafísica, tampoco llegar a una conformidad de los participantes frente a una única respuesta, ni mucho menos desarrollar un algoritmo que permita identificar dicha respuesta en cada caso. Para el citado autor, más que acercarse o explicarse bajo dichos criterios, su tesis constituye una afirmación de *sentido común* que se construye a partir de una argumentación necesaria sobre la base de la práctica jurídica.

Sin embargo, de los diversos estudios que Dworkin publicó en distintas fechas acerca de su *lectura moral* del Derecho –o específicamente, de la Constitución- compendiadas años más tarde en *Freedom’s Law* (Dworkin 1996), que cuenta con una traducción recientemente publicada bajo el título “El Derecho de las libertades” (Dworkin 2019). En estos estudios, Dworkin deja en claro que los casos constitucionales no pueden ser decididos de una manera moralmente neutral. Así, un juez que tiene una convicción liberal o conservadora probablemente decidirá los casos bajo dicha cosmovisión –sea liberal o conservadora- pues la interpretación de una norma cuyo contenido sea considerable como exigencias morales –especialmente refiriéndose a la Constitución- requiere, precisamente, de juicios morales para su interpretación. Sin embargo, aunque la interpretación del

Derecho no sea una actividad neutral en términos morales, sino controvertida; Dworkin subraya que la Constitución no confiere ningún “poder absoluto” para que los jueces impongan sus propias convicciones morales. En ese sentido, la pretensión de un juez no debe estar en hacer una lectura de sus propias convicciones en la Constitución, sino en lograr la mejor interpretación que se ajuste y justifique a partir de esta.

En ese sentido, siendo que en toda disputa de interpretación es posible considerar que una de las propuestas interpretativas constituya *la mejor interpretación*, entonces es posible advertir la existencia de una *respuesta correcta* aún en los casos más complejos (Dworkin 2022). Por tanto, tal como Dworkin lo dejara en claro en sus últimos trabajos, más que una pretensión de una “única respuesta correcta” se aspira a *la mejor –o más fundada- respuesta correcta* (Dworkin 1991).

4.1.1.5. El principialismo idealista de Alexy

A. El pensamiento de Alexy en contexto

Robert Alexy nació en Oldemburgo, Alemania, en 1945. Luego de servir en las fuerzas armadas por 3 años, en 1968 inició sus estudios en *Georg-August-Universität zu Göttingen* (Alexy 2016a). Según da cuenta el propio Alexy, mientras cursaba sus estudios en Derecho, paralelamente también estuvo matriculado en la Facultad de Filosofía, pues le llamaba la atención (Atienza 2001). Es por estos estudios que Alexy se adentra en la Filosofía del Derecho, la cual capta su interés en todo su tiempo como estudiante.

De su estancia estudiando en la Universidad, Alexy resalta la figura de Günther Patzig, filósofo analítico y experto en filosofía griega; así como también la de Ralf Dreier, a quien Alexy consideró como uno de los filósofos del Derecho de la segunda mitad del siglo XX más importantes en Alemania, y en cuya obra –en la que asume una postura no positivista- fueron de especial trascendencia seis autores generalmente considerados como incompatibles: Kelsen y Radbruch, Habermas y Luhmann, y Kant y Hegel (Alexy 2019).

Drier sería clave para el desarrollo de su tesis doctoral *Theorie der juristischen Argumentation* (“Teoría de la argumentación jurídica”), la cual culminó en 1976, con la que hizo de la filosofía del Derecho su profesión (Atienza 2001). Posteriormente, y hasta 1984, Alexy se sería el asistente de Drier en la cátedra de Teoría General del Derecho en Göttingen (Alexy 2016a). En 1984 obtiene su habilitación para poder postular a vacantes como profesor universitario con su tesis (*Habilitationsschrift*) titulada *Theorie der Grundrechte* (“Teoría de los derechos fundamentales”).

Es en 1986 que se incorpora como profesor en Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Alrededor de seis años más tarde, Alexy publica su libro *Begriff und Geltung des Rechts* (“Concepto y validez del Derecho”). Esta publicación, junto con sus dos tesis de doctorado y habilitación, constituirían las tres obras centrales de su pensamiento, considerado como un sistema para una aproximación no-positivista al Derecho (Klatt 2020; Nava Tovar 2015; Pavlakos 2013; entre otros), y tres de las más influyentes en la teoría de Derecho.

Son diversos los autores que han tenido influencia en la obra de Alexy –lo que no significa que Alexy haya aceptado sus tesis. Por ejemplo, en la filosofía en general, Alexy destaca a Aristóteles, Hobbes y Kant, y en la filosofía del Derecho a Kelsen, Raddruch, Hart y Ross (Atienza 2001). Sin embargo, son muchos más los nombres que podrían citarse, como John L. Austin, George E. Moore, Ludwig Wittgenstein o Stephen Toulmin en la filosofía del lenguaje, o a Karl-Otto Apel o Jürgen Habermas en la ética del discurso. Finalmente, además de plasmarlo así en su obra, el propio Alexy ha resaltado que su pensamiento sigue dos corrientes: la filosofía analítica y la teoría crítica (Atienza 2001).

B. La filosofía jurídica y moral en Alexy

La filosofía en Alexy (2003a) implica una *reflexión general y sistemática* enfocada en tres aspectos: el *ser*, el *deber ser*, y el *conocimiento* de ambos. En otras palabras, para el citado autor, la preocupación de la filosofía requiere un enfoque sobre cómo es el mundo, cómo debe ser, y cómo puede conocerse aquello que *es* y que *debe ser*.

Una caracterización que Alexy concibe en la filosofía en general, pero también en la filosofía jurídica, la cual se desprende de la primera y se distingue de aquella únicamente por el objeto que tiene: el *Derecho*.

En ese sentido, Alexy considera que de la filosofía se derivan distintas ramas, tales como la filosofía jurídica y como la filosofía moral o la política. A partir de dicha concepción, el citado autor sostiene que, entre estas dos últimas ramas, así como entre aquellas y la filosofía en general, existe una *relación especial*.

Esto permitirá al filósofo de Kiel identificar tres problemas centrales de la filosofía jurídica sin tener que desvincularla de otras ramas de la filosofía en general tal como la filosofía moral o política. Así, el primer problema se enfoca en la norma y el sistema normativo; el segundo, en la validez del Derecho en un sentido real o fáctico; y el tercero, también en la validez del Derecho, pero en un sentido ideal o crítico, o más específicamente *moral*.

De este modo, el punto de partida para la filosofía jurídica de Alexy viene constituido por el concepto de *Derecho*, el cual también funge como el objetivo de esta, lo que conduce al filósofo de Kiel al problema de la circularidad de su concepto. Respondiendo a esta problemática, Alexy señala que, mediante un análisis sistemático de las manifestaciones de la práctica del Derecho, se puede lograr la determinación de su naturaleza y con ello, del objeto de la filosofía jurídica.

C. La doble naturaleza del Derecho

En atención a los problemas de la filosofía jurídica que Alexy identifica, el autor citado sostiene la *tesis de la doble naturaleza del Derecho* según la cual el Derecho posee una dimensión real o fáctica, como también una de carácter ideal o crítica.

Ambas dimensiones se distinguen por sus pretensiones. La primera, por suponer una *pretensión de coerción*, a partir de la cual el Derecho aspira *ser obedecido*, no por fuerza pura, sino por su propósito de eficacia social. El material normativo en esta dimensión comprende a aquellos mandatos efectuados por la autoridad institucional reconocidos como tales.

La segunda dimensión, por su parte, supone una *pretensión de corrección*, a partir de la cual el Derecho aspira ser *moralmente correcto*. Por tanto, la exigencia del material normativo no se limita a su expedición por la autoridad institucional competente, sino a que estos sean válidos, o mejor *legítimos*, en términos de una moral crítica –que no debe confundirse con la *moral social*.

Bajo esta perspectiva, una teoría que sólo se limite a una de estas dimensiones no resultaría plausible, pues pecaría de reduccionista. Así, para el filósofo de Kiel, el positivismo jurídico no es una teoría aceptable, debido a que restringe su enfoque únicamente a la dimensión real o fáctica del Derecho. Esto se evidencia a raíz de que, aunque el Derecho sea *injusto*, de ser válido formalmente debe ser obedecido sin considerar dicha situación. En el otro extremo, para Alexy, las teorías no-positivistas excluyentes (vid. Alexy 2008) que consideran que el Derecho *injusto* no es Derecho, tampoco son aceptables. Esto a razón de que vacían de contenido a la dimensión real o fáctica, restringiéndose a concebir un Derecho únicamente bajo una dimensión ideal. El peligro de estas últimas teorías es que conducen al anarquismo, lo que finalmente también deviene en –paradójicamente, lo que buscan evitar- injusticia.

D. El concepto de Derecho en Alexy

Desde la perspectiva que el filósofo de Kiel tiene sobre la filosofía y sobre las dimensiones del Derecho, Alexy (2004) formula el siguiente concepto en respuesta a los tres problemas relevantes de la filosofía jurídica:

El Derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección. (p. 123)

Mientras el primer y segundo elemento aluden a los problemas del *ser* y *debe ser* del Derecho, implicando además a sus dos dimensiones, el tercer elemento de la definición responde al problema del conocimiento de ese *ser* y *debe ser*.

En todo, como puede verse de la definición antes citada, el elemento central viene configurado por la *pretensión de corrección*.

Al respecto, no es extraño que las personas, sean ciudadanos, jueces, o estudiosos de derecho, sostengan una pretensión de corrección respecto a sus posturas. Es decir, a considerar que aquello que sostienen es lo correcto, o lo *más* correcto, en contraposición a posturas contrarias. Sin embargo, eso no determina que la pretensión de corrección en el derecho tenga necesariamente, o no, un contenido moral –aunque para Alexy evidentemente lo tiene.

Para las teorías positivistas, no existe tal conexión necesaria entre el derecho y la moral, puesto que la validez del derecho *no depende de su adecuación a la moralidad* (Moreso y Vilajosana 2004). Dentro de estas teorías es posible distinguir tres versiones que, aunque parten de la misma tesis, llegan a conclusiones distintas. Una de aquellas es la del *positivismo excluyente*, la cual parte de una *negación interna* de la relación entre derecho y moral (Coleman 1999) e interpreta que la validez del derecho *no puede* depender de su adecuación a la moralidad. De esa manera, como expresa Raz (1986), se sostiene que la moral no forma parte del concepto de derecho, e incluso, que esta queda necesariamente excluida del mismo para su comprensión. Para Raz (1986) las normas jurídicas son caracterizadas como razones excluyentes, es decir, como razones que prevalecen por encima de razones de otra índole en cuanto a la justificación del comportamiento de los individuos. Sin embargo, el problema que enfrentara esta versión del positivismo viene situado por la incorporación de conceptos morales en los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, en el inciso h) de artículo segundo de la Constitución Política del Perú, prescribe que: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”. Al respecto, Moreso y Vilajosana (2004) se preguntan si dichas disposiciones pueden interpretarse sin recurrir a un razonamiento moral. La respuesta que dan los defensores del positivismo excluyente es que la interpretación de estas disposiciones queda sujeta

a la discrecionalidad del juzgador, y por ende que no existe una adecuación necesaria del derecho a la moralidad.

La segunda versión del positivismo, denominada como *incluyente* sostiene una *negación externa* de la relación entre derecho y moral (Coleman 1999), e interpreta que, la validez del derecho *no necesita* depender de su adecuación a la moralidad. La relación entre derecho y moral, entonces, es contingente o, en otras palabras, puede o no presentarse, por lo que –como lo argumenta Waluchow (2007)- esta versión no resulta incompatible con la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. A diferencia del positivismo excluyente, esta versión reconoce que, frente a la incorporación de conceptos morales en los ordenamientos jurídicos, la interpretación de estos *puede* realizarse recurriendo a razonamientos morales, lo que parece reflejar de mejor manera la práctica jurídica actual –o al menos en modelos constitucionales. La pregunta es si existen criterios objetivos en el razonamiento moral, sin embargo, a tal pregunta se regresará más adelante.

Y la tercera versión, denominada como *positivismo ético o normativo*, a diferencia de las dos versiones antes descritas, no sostiene una tesis descriptiva acerca del derecho –i.e., *qué es o cómo es* el derecho-, sino una tesis normativa –i.e., *cómo debe ser* el derecho. Esta versión del positivismo jurídico presupone la tesis del positivismo incluyente, pero añade que lo que *es o no derecho, no debe* depender de su adecuación a la moralidad. Esta tesis se sustenta en dos argumentos centrales: (1) existe una amplia discrepancia acerca de lo que es moralmente correcto (Campbell 2002), lo que resulta difícilmente cuestionable incluso por quienes apelan por la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral (Alexy 2003a); y (2) el respeto de la autonomía moral de las personas exige reglas claras y precisas acerca de lo prohibido o permitido –un argumento no sólo sostenido a partir del positivismo jurídico (Fuller 1967). En todo, aun aceptando la relevancia de tales argumentos, la tesis que sostiene el positivismo ético o normativo no es siempre una conclusión a la que se llegue pacíficamente, como cuestionan Moreso y Vilajosana (2004), o el propio Alexy.

Por otro lado, frente a las teorías positivistas que niegan la conexión necesaria entre el derecho y la moral, se formulan teorías no-positivistas que

argumentan lo contrario. Al igual que con las teorías positivistas, en las teorías no-positivistas pueden distinguirse en diferentes versiones (Alexy 2008) en base a los efectos que se atribuye en la validez jurídica a razón de defectos morales.

Una primera versión para citar es la del no-positivismo excluyente, desde la que se sostiene que las reglas que presentan defectos morales tienen por resultado su exclusión. En otras palabras, aquellas reglas inmorales o injustas no son válidas. Existe así una correspondencia plena y directa entre moralidad/inmoralidad y validez/invalidéz. Para esta versión del no-positivismo, las normas morales, y no las jurídicas, son las que terminan siendo razones excluyentes. El problema de esta teoría es presuponer que los operadores jurídicos han alcanzado la contemplación plena de razones morales objetivas, lo que resulta implausible aún para los objetivistas morales. Así, Alexy (2008) cuestiona que esta teoría desembocaría en anarquía, desconociendo la dimensión real o fáctica del derecho.

La segunda versión, denominada como no-positivismo incluyente, evita la idealización excesiva de la primera a través de la fórmula de Radbruch (1962), para la cual el derecho extremadamente injusto no puede ser considerado derecho, sino meramente arbitrariedad. En tal sentido, para esta versión del no-positivismo no todo defecto moral afecta la validez del derecho. Según esta versión, una norma jurídica perderá su validez *sí y sólo sí* traspassa el umbral de la *injusticia extrema*. Esta versión de no-positivismo es la que sostiene y argumenta Alexy a lo largo de su obra, defendiendo expresamente la fórmula de Radbruch al ser clave para su teoría (Alexy 2001).

Por último, la tercera versión, denominada como no-positivismo súper-incluyente, es caracterizada como radical al igual que la versión excluyente, pero en un sentido totalmente distinto. Mientras para el no-positivismo excluyente el derecho injusto –sin distinción de *grados* de injusticia- es inválido, y por tanto no es derecho; en el no-positivismo súper-incluyente aquel derecho injusto sigue siendo válido, aunque es considerable como derecho defectuoso o corrupto (Finnis 2011a). Para Alexy estos tipos de no-positivismo caen en un sesgo a favor de la dimensión real o fáctica del derecho (Alexy 2008), y restringen el rol del participante de la práctica jurídica a un rol de mero observador (Alexy 2013a).

E. La pretensión de corrección y la tesis del caso especial

Si bien la *fórmula de Radbruch* es una de las tesis centrales en el no-positivismo de Alexy, es la pretensión de corrección la que constituye el “punto arquimédico” de su teoría y, por tanto, uno de los elementos centrales de su definición de *derecho* (Alexy 2016b). Así, para Alexy (2004) el derecho es “un sistema de normas que formula una pretensión de corrección” (p. 123), reconociendo la condición de *normas* a aquellas que sean válidas en términos fácticos (o autoritativos) e ideales (o de corrección); a esa definición añade como elementos que forman parte de dicho sistema normativo a los principios y “otros argumentos normativos” en cuanto sustenten la aplicación y corrección del derecho. Es dicha definición la concreción de su pensamiento filosófico en respuesta a los problemas específicos de la filosofía del derecho que el propio Alexy identifica. En tal sentido, para Alexy la pretensión de corrección forma parte del derecho, y posibilita hacer explícita la relación entre derecho y moral, así como la relevancia práctica de dicha relación, pero no justifica su existencia por sí misma.

Para comprender las razones que llevan a Alexy a sostener su pretensión de corrección es necesario prestar atención a su *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Alexy 2016). Esta teoría, como también ocurre con su visión de la filosofía del derecho, es elaborada a partir de una teoría de la argumentación práctica general – una ruta inversa a la de MacCormick (2018). Lo que lo lleva a sostener que la *argumentación jurídica* es una parte de la *argumentación práctica general* o, en otras palabras, que el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general, es decir, un *caso especial* de aquel discurso general relacionado a cuestiones acerca de los mandatos, prohibiciones, permisiones, al que puede denominarse *discurso moral*. Esta es la llamada *tesis del caso especial*.

Retornando a la concepción de derecho que formula Alexy, se indicaba que el derecho formula una pretensión de corrección, es decir, que el derecho *pretende* (necesariamente) ser *correcto*. La primera interrogante es ¿en qué sentido pretende ser correcto? Para Alexy en un sentido moral, o siendo más específicos, en un sentido de *justicia* (Alexy 2003b). Pero la interrogante relevante es ¿por qué en ese

sentido? Podría hablarse de corrección en términos *puramente* jurídico y aspirar, por ejemplo, a la corrección del sistema normativo en un sentido de consistencia y plenitud; o bien en términos de una *moral interna* basada en condiciones estructurales como la que argumenta Fuller (1967) –que Hart (1983) considera más como un modelo de eficiencia y no de “moral”. Alexy, sin embargo, no se limita a lo *puramente* jurídico o a una moral *procedimental*, sino que se extiende a contenidos materiales externos al derecho. La explicación de esta postura se formula en base a la antes citada tesis del caso especial. Siendo que el discurso jurídico forma parte de discurso práctico general, entonces los criterios de corrección no quedan limitados en el ámbito del *discurso jurídico*.

En ese sentido, aquellos “otros argumentos normativos” a los que Alexy (2004) hace mención en su definición de Derecho, no sólo comprenden elementos del discurso jurídico, sino también aquellos del discurso práctico general. Por tanto, los criterios de moralidad –o, si se prefiere, de *justicia*- son también criterios de corrección del Derecho.

F. Criterios de moralidad o justicia

Aun considerando que las tesis antes descritas fuesen plausibles, surge la interrogante acerca de a qué criterios de moralidad o de justicia hace referencia concretamente Alexy. Como se dijo anteriormente, queda fuera de dudas que Alexy deja de lado una concepción de moral social, sino que hace referencia a aquellos criterios morales que resultan de procesos de justificación racional, es decir, criterios de moral crítica. El problema es que esto todavía no responde a la interrogante planteada. Esto debido a que existen diversas concepciones acerca de la justicia sostenidas por diferentes autores, quienes –cada uno por lado- las consideran también como resultados de un proceso de justificación racional (Campbell 2008).

Este panorama conduce a autores, como Campbell (2002), a concluir en considerar como no plausible la *tesis de la conexión necesaria* entre Derecho y moral. Sin embargo, no ocurre lo mismo con Alexy. Para el filósofo de Kiel, la moral o la justicia no son relativas. Si puede probarse la existencia de elementos

morales que sean objetivos como también necesarios en el Derecho, entonces la tesis de la conexión necesaria tendría que considerarse plausible. Para Alexy (2013b), un ejemplo de estos “elementos morales” lo constituyen los derechos humanos, que caracteriza como morales, universales, fundamentales, abstractos y con “prioridad sobre todas las otras normas” (p. 165).

Al respecto, en primer lugar, Alexy llega a esta caracterización de los derechos humanos como derechos morales, bajo dos tesis: la *tesis de la centralidad* y, como consecuencia de esta, la *tesis de la equivalencia*. La primera tesis implica que (1) toda vulneración a los derechos humanos se considera necesariamente injusta, pero al mismo tiempo que (2) no toda injusticia supone necesariamente una vulneración a los derechos humanos (Alexy 2000). La segunda tesis, derivada del primer presupuesto de la tesis de la centralidad, implica considerar que una vulneración a los derechos humanos es equivalente a una injusticia (Alexy 2013b).

En segundo lugar, determinar el contenido de los derechos humanos excede al ámbito jurídico, pues requiere recurrir al ámbito del discurso práctico general o, en otras palabras, del discurso moral. Un aspecto que, en cierta medida, podría ser aceptado por el positivismo incluyente, aunque no con la misma idea de “moral unitaria” que parece sostener Alexy, y sin poderse concluir en la plausibilidad de la tesis de la conexión necesaria (cfr. Waluchow 2007). Así, para el filósofo de Kiel esto prueba la existencia de elementos morales objetivos y necesarios para el Derecho.

El problema es que este segundo aspecto, aunque en apariencia apoye la tesis de Alexy, origina otra problemática: ¿cómo se llega al conocimiento o al establecimiento del contenido de dichos “elementos morales objetivos”? Para Alexy la aplicación práctica de los derechos humanos requiere un ejercicio *subjetivo* que realiza el operador jurídico, lo que lleva a tener que admitir que estos derechos comprenden elementos objetivos, pero también subjetivos, concluyendo optimistamente que por lo menos se evidencia “algo más que pura subjetividad” (Alexy 2013b, 168). Una conclusión que Sardo (2013) ha criticado calificándola como cercana a un *acto de fe* y no de cientificidad.

G. Principios y reglas en la teoría de Alexy

Luego de hacer precisiones sobre aquellos “argumentos normativos” referidos en la definición de Alexy, cabe abordar a otro de estos elementos que permiten la corrección del Derecho: los principios.

Para el autor citado, es posible identificar normas que se caracterizan como reglas y distinguirlas de aquellas que se caracterizan –o mejor, estructuran- como principios. Para Alexy, las reglas son aquellas normas que, al tener determinado un contenido y consecuencias, se cumplen o no; mientras que los principios, por el grado de generalidad que poseen, no pueden darse simplemente por “cumplidos” o “no cumplidos”, sino que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy 2007, 67). De este modo, siendo que reglas y principios son normas jurídicas, ambas se diferencian sólo de modo cualitativo.

La interrogante que puede formularse, al igual que en el caso de los “materiales normativos”, se sitúa en la necesidad de conocer o determinar el contenido de estos principios, lo que estos exigen que sea realizado. La respuesta de Alexy será que la aproximación a las exigencias derivadas de los principios se efectúa en el ámbito de aquello *jurídicamente posible*, lo que se traduce en una delimitación de contenido en función a “principios y reglas opuestas” (Alexy 2007, 68), presuponiéndose que estos entran en *conflicto* –lo que no es asumido por todos los autores, como el caso de Serna y Toller (2000). En ese sentido, no sólo resulta necesario prestar atención a otros principios, sino también a las reglas que delimiten el contenido del principio en cuestión. Esto no implica situar a las reglas como equivalentes a los principios. El prestar atención a las reglas se debe a que estas también se sustentan en principios.

Al respecto, el filósofo de Kiel realiza una aclaración. Un principio puede desplazar a otro en cuanto tenga un “peso mayor”. Esto, sin embargo, no acontece del mismo modo cuando se está frente a una regla. Aunque –como se dijo líneas arriba- toda regla estaría sustentada en principios, la operación no sólo implica colocar el principio cuyo contenido se requiere delimitar, frente al principio que sustenta a la regla en cuestión. Además de evaluar el peso de ambos principios, para

que el principio logre desplazar a la regla, deberá prestarse atención a los principios que otorgaron la competencia para la emisión de dicha regla y para exigir su cumplimiento. Estos últimos principios son denominados por Alexy como *principios formales* (Alexy 2007), lo que sugiere distinguirlos del otro tipo de principios en su teoría que se conocen como “principios sustantivos o materiales”.

Esta noción, que Alexy formula desde su *Teoría de los derechos fundamentales*, será objeto de discusión, interpretación, reelaboración y posterior aclaración. Para el filósofo de Kiel, estos principios se diferencian por su objeto. Por un lado, los principios denominados sustantivos o materiales tienen un objeto específico que Alexy sitúa en los derechos fundamentales. Por otro, los principios formales tienen un objeto distinto: las decisiones jurídicas “independientemente del contenido específico que estas tengan” (Alexy 2016c). En ese sentido, los principios sustantivos tendrían más –sin ser necesariamente absoluta- cercanía a la dimensión ideal o crítica del Derecho, y los formales a la dimensión real o fáctica.

H. El principio de proporcionalidad

Ahora bien, Alexy propone seguir una metodología para la determinación del contenido de los principios mediante su confrontación. Esta será llamada como *principio de proporcionalidad* (*Verhältnismäßigkeit*), el cual Alexy concibe no como un principio sustantivo ni tampoco como uno de tipo formal, sino como un *meta-principio* compuesto por tres subprincipios que a continuación se describe:

- (1) Idoneidad (*Geeignetheit*). Este subprincipio exige que todo aquel acto o medida –legislativa, administrativa o judicial- que pueda afectar a un derecho o principio sea *idóneo* para satisfacer o cumplir con la propia finalidad que sustentó la dación de dicho acto o medida.
- (2) Necesidad (*Erforderlichkeit*). Este subprincipio exige que, para la consecución de la finalidad del acto o medida, no pueda optarse por otras alternativas menos lesivas al derecho o principio afectado.

Estos dos primeros subprincipios pueden sustentarse no sólo en un sentido estrictamente jurídico o en el ámbito del discurso moral, sino también desde una perspectiva económica. Esto, debido a que través de estos subprincipios se pretende

determinar posibilidades fácticas de los principios involucrados y evitar que se produzcan costos innecesarios (Alexy 2011). De ahí que ambos principios puedan argumentarse bajo las mismas razones que sustentan a los criterios de eficiencia de Pareto (Chiassoni 2013).

(3) Proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación (*Abwägung*). Este subprincipio se distingue de los anteriores al no enfocarse en la determinación de las posibilidades fácticas de los principios involucrados, sino en cuanto a sus *posibilidades jurídicas* a través de la determinación del *peso* de los principios jurídicos en colisión.

De los subprincipios antes descritos, el más discutido ha sido el último, que opera según la denominada *ley de ponderación*, que postula que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 2007, 529). Esto supone que (1) los principios pueden colisionar entre sí, y que (2) producto de dicha colisión, un principio es desplazado por otro.

Ahora bien, en cuanto a qué principio debe prevalecer sobre otro, Alexy propone una *fórmula del peso* (*Gewichtsformel*) que se compone de variables numéricas que le permitirían al operador argumentar la determinación del peso de un principio respecto de otro en colisión. Así, mediante la ponderación sería realizable la pretensión de corrección del Derecho y la manifestación de su dimensión ideal o crítica en la práctica.

Esta fórmula, sin embargo, ha tenido diferentes cambios o ajustes en la obra de Alexy, quien habría sugerido en un primer momento una fórmula compuesta por seis variables (Alexy 2007), para luego reemplazarla por una de “notación completa y refinada” (Alexy 2016c, 33) compuesta por 8 variables tal como se presenta a continuación:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i^e \times S_i^n}{I_j \times G_j \times S_j^e \times S_j^n}$$

Donde,

- ($G_{i,j}$) representa la ponderación entre los principios en colisión (P_i) y (P_j).

A su vez, el peso de cada principio se determina en función a cuatro variables:

- Las variables (I_i) y (I_j) , que representan el nivel de intensidad de interferencia/importancia de un principio (P_i) respecto del otro (P_j) .
- Las variables (G_i) y (G_j) , que representan el peso abstracto de cada principio contrapuesto.

Este primer grupo de variables, (I) y (G) , expresan la *dimensión sustantiva* de la ponderación y su establecimiento responde a factores ontológicos en atención a los principios contrapuestos, esto es, al *objeto* de la ponderación. A su vez, la medición de estas variables se efectúa en base a una escala triádica no continua de valores “leve”, “moderado” y “grave” que se expresan de manera numérica como 2^0 , 2^1 y 2^2 respectivamente.

Y el segundo grupo de variables, (S_i) y (S_j) , expresan la *dimensión formal* y su establecimiento responde a factores epistémicos que se enfocan en la fiabilidad *empírica* y *normativa* del *conocimiento del objeto* –y no propiamente del objeto- de la ponderación. Estas variables responden a la “ley epistémica de la ponderación” que Alexy formula con las siguientes palabras: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan” (Alexy 2002, 55). Así también requiere del empleo de una escala al igual que en el caso del anterior grupo de variables, con la diferencia de que en esta se emplean valores de “confiable o cierto”, “plausible” y “no evidentemente falso”, que se expresan de manera numérica como 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} respectivamente. Asimismo, cabe señalar que estas variables comprenden –sobre todo como lo resalta en sus últimos escritos- la valoración de premisas fácticas como también normativas. De este modo:

- Las variables (S_i^e) y (S_j^e) , que representan el nivel de fiabilidad empírica o, en otras palabras, la seguridad de las premisas fácticas referidas a la interferencia/importancia de los principios contrapuestos.
- Las variables (S_i^n) y (S_j^n) , que representan el nivel de fiabilidad normativa o, en otras palabras, la seguridad de la discrecionalidad

normativa que constituye el sustento o basamento de los principios que se contraponen.

Como puede observarse, la expresión numérica de las variables resulta importante en la fórmula de Alexy. Esto debido a que sólo de ese modo es posible representar de manera concreta un resultado del *peso* de cada principio, así como del cociente de ambos. Esta es la respuesta a lo que Alexy denomina *problema de la graduación*.

De este modo, se realiza un énfasis en la necesidad de valorar la certeza de las *premisas subyacentes*, tanto de tipo empíricas como normativas. En ese sentido, de tener certeza de estas premisas, entonces no se optará por favorecer la discrecionalidad de la autoridad. En caso contrario, se dará lugar a una *ponderación de segundo orden* –o *meta-ponderación*–, que implica una situación de conflictividad entre un principio material y uno formal. A partir de ello puede formularse la siguiente interrogante: ¿debería preferirse a los principios materiales o a los formales? Esto equivaldría a una colisión entre derechos fundamentales y voluntad democrática. Alexy responde de diversa manera a este dilema, inclinándose en un primer momento por los derechos, pero efectuando un “giro copernicano” en su teoría en los últimos años (Portocarrero Quispe 2016) que lo llevó a inclinarse por el principio del legislador democrático, pues si se estableciese una precedencia absoluta de los derechos fundamentales entonces “se producirían consecuencias inaceptables en amplias áreas del derecho” (Alexy 2016c, 49), tal como Alexy deja en claro en el texto “Principios formales: Algunas respuestas a los críticos”, el cual ha sido incorporado a la obra compilatoria recientemente publicada por Alexy (2021a) bajo el título *Law's Ideal Dimension* (“La dimensión ideal del Derecho”).

En todo, la relevancia de su tesis de la proporcionalidad es tal en su obra que, para Alexy, en primer lugar, la aplicación racional de los derechos constitucionales necesariamente presupone un análisis de proporcionalidad y, en segundo lugar, dicho análisis puede ser racional sólo si se inserta en una teoría de la argumentación jurídica (Alexy 2021b).

4.1.1.6. El escepticismo del realismo jurídico

A. *El origen del realismo jurídico*

En cuanto al realismo jurídico, es pertinente señalar, antes que nada, que no existe un solo modelo de realismo jurídico, aunque se comparta una característica común: el escepticismo sobre la existencia de alguna *verdad jurídica* que sea cognoscible. Así, puede distinguirse entre distintos postulados del realismo, de los que, en los siguientes apartados se hará hincapié en aquellos del movimiento del realismo escandinavo, los del realismo norteamericano, y aquellos del realismo de una escuela continental contemporánea, la escuela genovesa.

Una idea, clásica y de amplio alcance, reza que las escuelas del realismo jurídico son reaccionarias contra, y se presentan como críticas a, “la doctrina jurídica tradicional” (Barberis 2015, 228) comprendida por el “formalismo” (Sebok 1998, 76) así como por la “jurisprudencia mecánica” (Leiter 2015, 241). Sin embargo, a pesar de que las escuelas clásicas como la escandinava y la norteamericana hayan formulado tales críticas, su origen (y su propósito) no se limita o reduce al planteamiento de estas. Para el profesor Toni Malminen (2021) estas escuelas no eran meramente reaccionarias, ni se reducían al planteamiento de críticas, sino que los planteamientos de ambas escuelas clásicas tienen objetivos originales y trascendentes.

Siguiendo a Malminen, es posible identificar tres etapas en los orígenes del realismo jurídico.

- (i) La primera etapa se ubica en la década de 1860, teniendo como protagonistas a Rudolf von Ihering en Alemania, Axel Hägerström en Escandinavia, y Oliver Wendell Holmes en Estados Unidos. Aunque Sebok (1998), escribiendo sobre el *common law* norteamericano, calificaría a este último como “proto-realista”. Por otro lado, aunque suene en cierto sentido anacrónico, también podría añadirse a la lista de referencias la propia teoría de Bentham –que data de bastantes décadas previas a la señalada-, no calificando a dicho autor como “realista”, sino respecto al enfoque sobre las reglas

de competencia, al poderse encajar como un enfoque realista o, al menos, cuasi-realista (Calzetta 2023).

- (ii) La segunda etapa en la década de 1920 y 1930, que se presenta como una etapa de mayor madurez en el desarrollo de los postulados de las escuelas del realismo, teniendo como protagonistas a Karl Olivecrona y a Alf Ross en Escandinavia, y a Jerome Frank, Karl Llewellyn, y a Roscoe Pound en Estados Unidos. Este es el periodo que ciertos autores como Bruce Ackerman (1974) y Sebok (1998) afilian al realismo jurídico propiamente dicho, aunque también es de señalar que los citados reconocen una etapa previa, pre-realista, en la que consideran ciertos trabajos de Pound, junto a obras de otros juristas como Brandeis, Cardozo y Frankfurter.
- (iii) La tercera etapa, que se ubica a fines de la década de 1930, tiempo en el que se inicia un periodo de declive en el desarrollo del realismo jurídico.

Esto, sin embargo, corresponde a un abordaje a los orígenes del realismo, por lo que no supone que en la citada década de 1930 este movimiento de múltiples pensadores y perspectivas haya perdido relevancia. Tanto el pluralismo, como la inclusión y exclusión como dinámicas en el pensamiento social, que constituyeron aspectos que propiciaron el triunfo del historicismo crítico, del escepticismo moral, y del agonismo, aún resultan plenamente relevantes en la discusión de problemáticas actuales.

B. Realismo(s) jurídico(s)

En primer lugar, se tiene el movimiento del realismo escandinavo. Como ya se mencionó, este surge en Suecia, de mano de Axel Hägerström, fundador de la Escuela de Uppsala, siendo resaltante su conferencia inaugural de 1911 titulado como *Om moraliska föreställningars sanning* (Sobre la verdad de las representaciones morales), que Enrico Pattaro (2023) describe como memorable, al ser la primera vez en el siglo veinte que se presentaba claramente una perspectiva emotivista no-cognoscitivista metaética sobre deberes y valores morales.

La propuesta de Hägerström (1964) surge como respuesta crítica al idealismo metafísico, que cuestionaba como una corriente que introducía ideas *suprasensibles* que no correspondían a la realidad. Esto, debido a que para él sólo los hechos podrían considerarse como realidad cognoscible (tesis sobre la realidad), quedando los valores como parte de la metafísica –la que tendría que ser “destruida”-, aunque el concepto de esta última no es del todo claro en su obra (Barberis 2015). En ese sentido, la valoración de algo como “bueno” o “justo” no se correspondería con parámetros objetivos basados en valores, sino como una expresión emotiva del sujeto que efectúa dicha valoración. Sin embargo, la calificación de metafísico no sólo será atribuida a valores, sino también a conceptos utilizados en la doctrina tales como “derecho subjetivo” o “propiedad” (Hägerström 1953).

Siguiendo a Pattaro (2023), el razonamiento de Hägerström sobre los juicios o valoraciones implica dos aspectos, estos son, que el sujeto cognoscente: (a) atestigua la realidad lógica –o realidad posible- del contenido de una representación, y (b) juzga si el contenido real en términos lógicos de tal representación también se manifiesta como efectivamente real en términos más amplios de realidad efectiva al cual dicho sujeto hace referencia.

Esto implica que pueda diferenciarse entre juicios en sentido estricto y pseudojuicios o juicios aparentes. Para Hägerström los juicios basados en deberes son pseudojuicios

Este postulado llevaría a Karl Olivecrona (1980) a entender a la norma jurídica como un modelo de conducta que no es por sí mismo obligatorio, sino en función a la convicción del sujeto se impone tal obligatoriedad en su conciencia.

Esto último llevaría a Alf Ross (1963) a preponderar la eficacia como la propiedad determinante del derecho, pues la misma superaría a la validez como criterio identificador ya que para el citado autor no tendría sentido hablar de un derecho que, aunque promulgado por la autoridad competente, no se cumpliera en la práctica; ni tampoco acerca de justicia, o corrección moral, ya que la misma es una expresión meramente emotiva, sin contenido objetivo.

Esta última idea permite distinguir a Kelsen de Ross y, por tanto, al positivismo metodológico, del realismo jurídico escandinavo, en relación con la discusión de razones morales en el derecho. Y es que, Kelsen y Ross podrían ser catalogados como partidarios del *no cognoscitivism moral* y de cierto escepticismo jurídico, es decir, de no considerar la posibilidad del conocimiento de lo moral y, por ende, de no considerar una vinculación entre derecho y moral. Sin embargo, ambos autores se distinguen precisamente en la justificación de por qué no es posible el conocimiento de lo moral, o mejor, de lo objetivamente justo. Kelsen (1982) no niega la posibilidad de hablar de valores morales, lo que cuestiona es la aceptación una moral absoluta que entiende como “una moral exclusivamente válida, que rechace la posibilidad de la validez de otra” (76). Y es que, para Kelsen, aquello moral o justo, depende del ámbito social e histórico, así como –en último término- del sujeto. De este modo, Kelsen puede ser catalogado como un *relativista moral*. Por su parte, la perspectiva de Ross supone un no cognoscitivism moral que podría calificarse como extremo. Para Ross aquello que se concibe como juicios morales en realidad son juicios emotivos. En palabras de Ross (1963, 267) “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”. Un planteamiento que permite catalogar a Ross como un *escéptico moral*.

En segundo lugar, y en un contexto distinto, surge el realismo norteamericano, en el que se suele ubicar como precursor a Oliver Wendell Holmes Jr., aunque tal denominación surge de manera posterior a sus postulados. Para Holmes (2012), el derecho está constituido por “las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente”. Esta posición enfatiza el carácter pragmático del derecho, poniendo énfasis en la labor del juez más que en el estudio de las fuentes del derecho.

Es, en ese sentido, que Jerome Frank (1970) concibe al derecho: como un producto que sólo existe desde que es aplicado por los jueces a un caso concreto, y su contenido es el que precisamente dicen los jueces que es. Bajo tal entendimiento, si los jueces no han dado solución a un caso determinado, la propuesta que solución

que puedan dar los juristas, es meramente opinión o conjetura lo contrario o alternativo es meramente opinión. Para Frank, no hay una respuesta “verdadera” o “falsa” en el derecho, sino únicamente una creencia de “realidad”, producto de los “artilugios verbales” que emplea el derecho al expresarse a través del lenguaje.

De este modo, lo razonable será lo dicho por los jueces al resolver sus casos, en tanto sea coherente con su propio razonamiento. A diferencia del planteamiento del realismo escandinavo, que tiene un corte más epistemológico, centrado en los conceptos empleados por el jurista, y en la determinación de si tales conceptos se basan en elaboraciones empíricas y, por tanto, verificables, o, por el contrario, en “pensamiento mágico” (Hägerström 1964); el planteamiento del realismo norteamericano se centra en la relación del juez con el caso, y no tanto con las fuentes del derecho.

Finalmente, en tercer lugar, cabe citar al realismo genovés. Si bien también se orienta a examinar la tarea del juez, lo hace en un sentido amplio: es decir, no sólo en relación con el caso concreto, sino en la recepción de las fuentes del derecho. La pretensión de esta escuela es, en ese sentido, analítica o, acerca del estudio de la dogmática jurídica y surge a partir de la obra y por influencia de Giovanni Tarello, Silvana Castignone y Riccardo Guastini, quienes estudiarían y discutirían en Italia las obras del realismo americano (Tarello 1962), como también las del realismo escandinavo (Castignone y Guastini 1989).

Esta escuela, a la que se suman Paolo Comanducci, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni y muchos otros, se caracteriza por defender las siguientes tesis: (i) la tesis del escepticismo interpretativo, (ii) la tesis de la sistematicidad del derecho como una variable dependiente del trabajo de la doctrina, (iii) y la tesis del no cognoscitivism moral, a partir de la cual se sostiene la separación de carácter metodológica entre derecho y moral. Tesis que permiten identificar teorías en las áreas de preocupación de esta escuela, a saber, de la interpretación jurídica, de la ciencia jurídica, y de la filosofía del derecho.

Finalmente, es de señalar que esta escuela no sólo tiene relación –por la influencia teórica tenida- con las otras escuelas del realismo, como la

norteamericana y la escandinava, sino también con otras posiciones jurídico-filosóficas como la del positivismo metodológico, a punto de que algunos autores del realismo genovés conciben su postura como una surte de positivismo metodológico radical (Barberis 2011).

4.1.2. La idea del Estado Constitucional de Derecho

Abordar la idea del Estado Constitucional de Derecho requiere abordar su caracterización, pero además los paradigmas que revisten dicha caracterización, en los que –como se verá- se destaca el rol del Tribunal Constitucional.

4.1.2.1. Caracterización y surgimiento

No es extraño que la noción de Estado esté estrechamente vinculada con una noción de derecho. Hans Kelsen (1934a) graficaban al Estado como “una especie de rey Midas” que convierte lo que toca en derecho, lo que evidencia lo antes señalado. Sin embargo, aunque todo Estado sea un “Estado con derecho”, ello no equivale a considerar que todo Estado sea un “Estado de Derecho”. La diferencia, según Elías Díaz (1988), se evidencia a través de cuatro características que posee un Estado de Derecho para ser considerable como tal, a saber:

- (1) El imperio de la ley –*rectius*, del Derecho. Característica según la cual el derecho es expresión de la voluntad general y no de la mera arbitrariedad de la autoridad.
- (2) La separación de poderes. Característica en la que se resalta al poder legislativo, el cual constituye la institucionalización de la soberanía popular, y posibilita la expresión de la voluntad general.
- (3) La legalidad en la actuación de la administración pública. Característica que entiende que los actos de la administración estatal se realizan en el marco del orden normativo, proscribiéndose el actuar arbitrario.
- (4) El reconocimiento de derechos y libertades fundamentales. Característica que supone además la efectividad de dichos derechos, englobando no sólo la categoría de derechos civiles y políticos, sino también aquella que comprende a los derechos económicos, sociales y culturales.

Al respecto, cabe advertir que esta caracterización no implica la existencia de un único modelo de Estado de Derecho. Sin embargo, uno de los modelos contemporáneos de Estado de Derecho actualmente en auge, es el denominado como Estado Constitucional de Derecho (Ansuátegui Roig 2013), el cual, de las cuatro características antes descritas, prepondera a la cuarta de ellas: el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales.

La comprensión de este modelo, sin embargo, requiere precisar su evolución o, en otras palabras, la evolución de la noción de *constitución*.

Con la pretensión de caracterizar una noción de *constitución* contextualizada en cada época o tiempo, Mauricio Fioravanti (2001) identifica tres formas de entender dicho término en tres épocas –más o menos- determinadas:

- (1) En primer lugar, presenta a la que denomina como idea de *constitución de los antiguos*, la cual sería manifestada bajo la idea de la *politeía*, que se entendería en la época de los griegos como un ideal consistente en “la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis desde distintos frentes” (Fioravanti 2001, 19). Una forma de gobierno que no se consolidaba por la mera imposición de quienes resultaban como *vencedores*, sino a través de la pluralidad de fuerzas, no impositivamente, sino de forma pacífica y progresiva, con el rechazo a formas de gobierno que recayesen en únicos “centros de poder”. Una visión que más que tener como base una estructura jurídica, se consolidaba sobre principios políticos y morales. De este modo, en esta época no se pretendía propiamente la limitación del poder, sino la conducción de su ejercicio de forma plural, pacífica, y progresiva.

- (2) En segundo lugar, identifica una idea de *constitución medieval*, en la que la discusión se caracteriza por “hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio” (Fioravanti 2001, 38). Esta, surge como un reclamo ante la tiranía del poder, y centra su atención en cuestionar la concepción de que los reyes y soberanos detenten un *poder*

ilimitado, argumentando la existencia de límites intrínsecos derivados de la propia finalidad del poder de gobierno: la paz y la concordia de la comunidad. En ese sentido, un rey, en sentido estricto, es identificado como representante de la comunidad política, y no como un ser “todopoderoso” desligado de la misma, el cual llega a ser calificado como “tirano” en cuanto no responda a dicha comunidad y en tanto no pretenda la búsqueda de los fines del poder de gobierno. Esta concepción impulsa, asimismo, al planteamiento de garantías que limiten el poder o, propiamente, que velen por la supremacía de la comunidad, la que Fioravanti identificará con lo que podría decirse como *supremacía de la ley*. Así, a diferencia de la caracterización de la constitución de los antiguos, esta segunda concepción se inclina hacia un ideal regulativo, y no solamente a uno político-moral.

- (3) En tercer lugar, se presenta la idea de la *constitución de los modernos*, la cual surge a partir de las preocupaciones tenidas en la época medieval, con la pretensión de dar solución a la discusión sobre los límites de poder y las garantías para efectivizarlos. Así, a partir de mediados del siglo XVII se plantean diversas doctrinas que hoy se conciben dentro del estudio del *constitucionalismo*, respondiendo a las discusiones antes indicadas: respecto a la discusión sobre los límites, sugiriendo la división del poder soberano, que consideraba como “indivisible”; y respecto a la discusión sobre las garantías, proponiendo su identificación en una *norma fundamental*. Reflexiones y postulaciones que partirían de la teoría hacia la práctica, a través de revoluciones, tan relevantes, como las acontecidas en Norteamérica y en Francia, consolidando así un proyecto que buscaba no sólo limitar el poder –y dividirlo, o mejor, distribuirlo-, sino también en garantizar tales límites, reivindicando los derechos fundamentales.

Es esta última visión, la que Ansuátegui Roig (2013) identifica con la idea de constitución del Estado Constitucional de Derecho.

4.1.2.2. Tensión entre razón y voluntad

En todo, aunque se decida tomar como punto de partida el modelo del Estado constitucional, es necesario realizar una delimitación conceptual aún más específica: y es que, así como existen distintos modelos de Estado de Derecho, también existen distintas nociones de Estado constitucional. La diferencia entre dichas nociones, según Ansuátegui Roig (2013) tiene lugar a razón de las distintas nociones que se tenga acerca de lo que es la Constitución: una pluralidad de nociones respecto de las que el tiempo ha evidenciado cambios, mas no necesariamente una *progresión pacífica* (Fioravanti 2001). Así, actualmente no existe univocidad sobre el concepto de constitución y, por tanto, tampoco existe univocidad sobre el Estado constitucional, ni tampoco acerca de cómo tendría que funcionar éste y sus componentes.

De este modo, aunque todos los modelos de Estado constitucional compartan las mismas características identificadas por Díaz acerca de Estado de Derecho, existen una tensión que parece ser irresoluble en las propuestas de concebir al Estado constitucional, evidenciando paradojas que aparentemente buscan los mismos objetivos: (1) la primacía del Derecho, sobre todo, de la constitución, y (2) la garantía de los derechos fundamentales. Una tensión descrita por Habermas (1998, 203) como “inmanente al derecho mismo”, que pone de un lado la facticidad y de otro la validez del derecho, su positividad y de otro su legitimidad, o, como diría Ansuátegui Roig (2013), entre la razón y la voluntad, las cuales son la manifestación de la tensión entre Constitución y democracia.

Esta tensión, sin embargo, no se torna manifiesta como un producto de algún desencuentro entre la razón y la voluntad, sino en quién y cómo qué es lo *razonable* en el Estado de Derecho. Es decir, por un lado, si la legitimidad la debe ostentar un órgano elegido por voluntad de la comunidad –como el Parlamento- o un órgano no elegido por la misma –como un Tribunal-, siendo ambos finalmente órganos

políticos (Kelsen 2018); y por otro, cuál es el estándar para determinar qué es razonable y qué no lo es.

En ese sentido, se discute si la evaluación acerca de lo *razonable* deba estar (1) en poder de los jueces, que en un extremo podrían conducir a un *gobierno de los jueces*, o, en otras palabras, a una *juristocracia*, con el riesgo que supone que “unos pocos” detenten el poder (Walzer 1981); o (2) en poder de un órgano representante de la comunidad, con el riesgo de que la determinación de lo razonable no sea motivada, sino meramente basada en un acto de decisionismo.

4.1.2.3. La pregunta por el contenido moral de los derechos

Conforme se ha presentado, la garantía de los derechos fundamentales los cuales, para Ansuátegui, entendidos como expresión de una concepción moral, propician la vinculación la noción de Estado de Derecho –en su dimensión material- a una noción de moral correcta, a razón de que “la presencia de normas de derechos fundamentales en un ordenamiento implica el reconocimiento de la relación que el Derecho puede mantener con cierta moralidad y también con cierto poder” (Ansuátegui Roig 2021, 196), pues precisamente los derechos fundamentales –siguiendo a Ansuátegui- son el producto positivizado de determinada moralidad.

La pregunta es ¿de qué moralidad? ¿una moralidad social? ¿una de índole crítica? Al sugerir que los derechos fundamentales son la expresión de “cierta” o “determinada moralidad”, Ansuátegui parece sugerir que una aproximación a tal moralidad tendría que realizarse considerando el contexto histórico, político y cultural determinado, pero al mismo tiempo no parece considerar que cualquier expresión de moralidad sea admisible. La positivización de dicha moralidad, por otro lado, tampoco resuelve esta problemática, pues lo que hace es trasladar el ámbito de la discusión: de la moral al Derecho, con el añadido de que tal expresión de moralidad es ahora jurídicamente exigible –aunque el contenido de tal expresión sea aún controvertido.

De este modo, puede decirse que el ejercicio del poder en un Estado de Derecho es legítimo en cuanto respeta y garantiza el contenido de los derechos fundamentales, lo que equivale a respetar y garantizar una expresión de “cierta

moralidad”. En tal sentido, siguiendo a Ansuátegui, el ejercicio legítimo del poder tendría una justificación jurídica –basada en los derechos fundamentales- y –en consecuencia- moral, por lo que cabe preguntar: ¿qué moral es admisible?

En cuanto al conocimiento de una moral objetiva, o de *lo justo*, es posible encontrar que existen planteamientos que (1) afirman que tal conocimiento es posible –aunque quizá no de manera cabal (cognoscitivism moral). Pero también es posible encontrar planteamientos que (2) niegan la posibilidad del conocimiento de aquello objetivamente justo, sea por considerar a los juicios morales como relativos, o por negar la posibilidad siquiera de juicios morales racionales (no-cognoscitivism moral).

Dentro del no-cognoscitivism moral, pueden ubicarse diversos planteamientos, cada uno con características peculiares. Así, por ejemplo, puede citarse tanto a Hans Kelsen como a Alf Ross. Sin embargo, debe resaltarse que ambos autores, pese a coincidir en ciertos aspectos, tienen sendas diferencias en cuanto a por qué no es posible conocer lo objetivamente justo. Kelsen no niega la posibilidad de hablar de valores morales, lo que cuestiona es la aceptación una moral absoluta que entiende como “una moral exclusivamente válida, que rechaza la posibilidad de la validez de otra” (Kelsen 1979, 76). Y es que, para Kelsen, aquello moral o justo, depende del ámbito social e histórico, así como –en último término- del propio sujeto. De este modo, el juez no podría tener una exigencia de garantizar una decisión moralmente correcta –o *justa*-, pues los aspectos sustanciales de tal estándar serían eminentemente subjetivos; bastará con que actúe dentro de lo discrecionalmente permitido por el Derecho positivo, y con el ofrecimiento de razones que sustenten o den cuenta de su decisión. Este planteamiento permita catalogar al citado autor de relativista moral.

Por su parte, la perspectiva de Ross supone un no cognoscitivism moral que podría calificarse como extremo. Para Ross aquello que se concibe como juicios morales en realidad son juicios emotivos. Así, en palabras del citado autor “invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto” (Ross 1963, 267). Aunque al igual que en Kelsen, Ross argumente que el juez no tiene el deber de aplicar una decisión

justa o correcta, la diferencia con Kelsen es que para Ross la justicia es meramente una expresión emotiva, carente de racionalidad alguna. Un planteamiento que permite catalogar a Ross como un escéptico moral.

La crítica que se realiza a estos planteamientos es que los mismos no responderían al actual diseño que siguen diversas constituciones –así como tratados de derechos humanos-, las cuales suelen incorporar disposiciones que aluden a conceptos morales. La respuesta de los autores citados sería que en la interpretación –que procede a la aplicación- de tales disposiciones, el juez goza de discrecionalidad, por lo que, diría Hart (1997), no son aspectos que puedan afectar la propuesta del positivismo metodológico. A esto, el último autor citado, manteniendo cierta neutralidad frente a dicha cuestión, y sin dejar de lado la tesis de la discrecionalidad, añadiría que el contenido de tales disposiciones podría cognoscible en cuanto hubiese sido *construido* previamente (Hart 1994). Por tanto, en cuanto tales disposiciones tengan un contenido determinado en la práctica –y no por derecho natural, o por existir una moral independiente del razonamiento- este será cognoscible y aplicable, y en caso de que no, el juez decidirá discrecionalmente.

De otro lado, dentro del cognoscitivismo moral también pueden encontrarse diversos planteamientos. Así, por ejemplo, Michael Moore (2017) postula no sólo la posibilidad de que los jueces puedan determinar respuestas moralmente correctas, sino que es su obligación obtenerlas. Según el citado autor, las prácticas interpretativas revelan una pretensión de realismo metafísico. De ahí que Moore sea catalogado como un realista moral. Este planteamiento es cuestionable tanto en lo respectivo a sus postulados, como a su funcionalidad. Respecto a lo primero, es posible argumentar que (1) no todo operador jurídico pretende una decisión correcta en términos morales, pues tal corrección podría obedecer a una cuestión de intereses; (2) aun concibiendo una pretensión generalizada en la práctica de lograr decisiones moralmente correctas, de ello no necesariamente se desprende la *existencia* de una moral objetiva, pues si se partiese de un relativismo la conclusión sólo confirmaría la existencia y pretensión de cada operador de corresponder a su concepción individual de la moral –aunque esta pueda ser compartida por más de

una sola persona. Y respecto a lo segundo, es posible cuestionar que (3) aún si aceptásemos de que existe una moral objetiva, la falta de herramientas epistemológicas –que Moore no ofrece con satisfacción- que posibiliten al juez acceder al conocimiento de dicha moral, haría que el planteamiento del realismo moral para el Derecho sea irrealizable, y, por ende, irrelevante para la práctica jurídica.

Por su parte, autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy, también hacen referencia a una pretensión de corrección constante en la práctica jurídica, y proponen un acercamiento a la moral basada en la razón. Según el, mediante la interpretación de las prácticas sociales en su mejor versión (Dworkin 2022). Según el segundo, mediante un ejercicio argumentativo y ponderativo de los derechos (Alexy 2007). Ambos autores, catalogables como parte del constructivismo moral. En todo, cabe resaltar que ambos autores son conscientes de la indesligable subjetividad del intérprete y operador del derecho a efectos de la determinación del contenido del Derecho. Así, cabe recordar que Dworkin (2019) advierte que la interpretación de la constitución no es un ejercicio moralmente neutral. Alexy (2013b), por su parte, que, aunque tal ejercicio tenga cierto grado de objetividad – por la sola existencia de los derechos-, es necesaria la participación del *sujeto* en el ejercicio interpretativo, por ende, dicho ejercicio también presenta otro cierto grado de subjetividad.

En todo, aunque no todos estos planteamientos tienen la pretensión de ser *verdaderos*, el punto común en los mismos es que sus autores o defensores los consideran como planteamientos *razonables*.

4.1.2.4. La legitimidad del ejercicio del poder

En base a lo anteriormente expuesto se tiene que (1) los derechos fundamentales constituyen elementos para evaluar la legitimidad del ejercicio del poder; (2) los derechos fundamentales son la expresión positivizada de una concepción moral; lo que parecería llevar a afirmar que (3) la legitimidad del ejercicio del poder depende de su corrección moral. Una corrección, según parece sugerir Ansuátegui, sustentada en la *razón*. El problema es que no existe una sola

manera de entender la moral ni tampoco de concebir su vinculación con la práctica jurídica. Esta pluralidad de visiones puede llevar a dos hipótesis opuestas en relación con la evaluación de legitimación del poder.

La primera de tales consistente en la tesis de que, siendo que el contenido de los derechos fundamentales es relativo, o bien que su conocimiento objetivo no es epistemológicamente posible, o simplemente no es posible llegar a un consenso al respecto, *entonces* no tiene sentido situar a los derechos fundamentales como elementos que permiten evaluar la legitimidad del ejercicio del poder. Esta hipótesis no resulta plausible a razón de no dar cuenta de los modelos constitucionales que actualmente se pretende implementar.

La segunda, aunque parte de los mismos postulados y problemas, apunta en un sentido distinto: el reconocimiento de la pluralidad de visiones y perspectivas morales, o –dicho de otro modo- el reconocimiento de que cada persona tiene algo que decir y/o aportar con relación a cómo debe ejercerse el poder. Por tanto, bajo esta segunda hipótesis, se pretende una orientación tendiente a “la ética de la seguridad, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad” (Peces-Barba 1995, 170), es decir, expresada como ética pública, según la cual el ejercicio del poder se considera legítimo en cuanto no implique una imposición de algún modelo determinado de ética privada, i.e., de cierto modelo de proyecto de vida, pues tal debe ser autónomamente trazado por cada persona (Peces-Barba 2000) –una postura también aceptada por Ansuátegui Roig (2007), también compatible con la propuesta Kelsen (2008b).

La primera hipótesis formulada no resulta plausible a razón de no dar cuenta de los modelos constitucionales que actualmente se pretende implementar, la segunda hipótesis, por su parte, requiere resolver el problema de la autonomía: ¿las personas trazan sus proyectos de vida realmente de manera autónoma? En muchos de los casos, el proyecto de vida de una persona afecta en cierto grado la elección –y/o construcción- del proyecto de vida de otra –u otras. En este sentido, cabe recordar que se llega a actuar –aunque quizá no siempre- con cierta dependencia de otros (Bourdieu 1990; 1991); o bien, como diría Kant (2012), de manera heterónoma. De este modo, la falta de intromisión del Estado en la ética privada no

garantiza *per se* que las personas puedan trazar de manera *autónoma* sus planes de vida. En todo, aún con el problema de la autonomía, la pretensión del respeto –en la medida de lo posible- por la ética privada parece ser deseable en cuanto se trate de tutelar los planes de vida generalizables.

El profesor Ansuátegui concibe al Derecho como un espacio de encuentro (o desencuentro) entre la razón –basada en los derechos- y la voluntad –basada en la democracia; sin embargo, lo opuesto a la razón no es la voluntad en sí, ni la *democracia*, sino aquella “voluntad irrazonable”. La pregunta es ¿cómo determinar qué planes de vida son generalizables y, por ende, tutelables? Podría responderse que “en base a la razón y, en base a los derechos”, pero la nueva pregunta que podría formularse es ¿en base a la razón de quién? La tensión que se hace evidente no es producto del desencuentro entre “razón” y “voluntad”, ni entre “derechos” y “democracia”; la tensión viene dada en quién determina qué es razonable y quién no, i.e., si ello corresponde ser determinado por un órgano político elegido (v.gr. el Parlamento), o por un órgano político no elegido (v.gr. un Tribunal).

De este modo, la evaluación de *lo razonable* podría estar en manos de (1) en los jueces, lo que en extremo podría conducir a una suerte de *juristocracia*, con los problemas que entregar el poder *a unos pocos* supone (Walzer 1981); o (2) en manos de un órgano democrático, una opción que teóricamente no parecería tener reproche, y que incluso sería más deseable por en reconocimiento de la pluralidad de valores socioculturales. Sin embargo, la aceptación de esta segunda opción, o bien de la primera, parece depender de la *confianza* que la sociedad tenga en sus propias instituciones. Esto, puesto que en un escenario ciertas personas pueden desconfiar de sus órganos políticos electos, lo que los llevaría a inclinarse por una tutela jurisdiccional; pero en otro escenario, pueden identificarse personas que desconfían de sus tribunales, inclinándose así por sus órganos electos; en ambos casos, la explicación requiere prestar atención tanto al contexto social como cultural (Kahn 2001).

Con lo antes dicho, señalar sin más que la legitimidad del ejercicio del poder puede evaluarse en base a los derechos, no constituye una respuesta clara, y es posible que no se logre una –a menos que se pueda determinar el contenido

inequívoco de cada derecho. Dejarlo todo a la entera colectividad, tampoco parece ser funcional. La respuesta la terminará dando una entidad conformada por un grupo más *reducido*, legítimo en cuanto represente a la sociedad sobre la cual recaerá la decisión. En todo, la mitigación de los riesgos –como también de la desconfianza– requerirá que tal entidad no actúe ni decida de manera monológica, sino en base al diálogo y al mayor consenso posible.

4.1.2.5. El rol del Tribunal Constitucional en el Estado Constitucional de Derecho

A. Contexto histórico-político del Tribunal Constitucional

Tomando como punto de partida una investigación previa (Herrera Pérez 2023b), es pertinente reafirmar que la idea de abordar el surgimiento del Tribunal Constitucional obliga a hacer referencia a Austria. Haciéndose necesario además presentar el contexto previo a dicho surgimiento del Tribunal como institución.

En el siglo XIX Austria tenía un modelo de gobierno monárquico, y poseía más de un Tribunal Supremo, cada uno con distintas funciones, siendo los siguientes: (1) el *Oberster Gerichtshof*, vigente desde 1848, el cual constituía un Tribunal Supremo como máxima instancia de la jurisdicción ordinaria; (2) el *Staatsgerichtshof*, o Tribunal del Estado, vigente desde 1867, competente para casos de responsabilidad ministerial, aunque no operó en la práctica; (3) el *Reichsgericht*, o Tribunal del Imperio, el que surgiría entre 1867 y 1869, cuya competencia se centraba en el control de actos administrativos bajo la constitución, aunque sus funciones se limitaban a declaraciones enunciativas que no eran vinculantes; (4) el *Verwaltungsgerichtshof*, o Tribunal Administrativo, vigente desde 1875, cuya competencia también se enfocaba en el control de actos administrativos, pero bajo el estándar de la legislación ordinaria.

Cuando este último Tribunal Supremo surgió, se estimó referirse al Tribunal del Imperio como un Tribunal Administrativo Especial, o incluso como “Tribunal Constitucional” por el estándar bajo el cual actuaba para ejercer control sobre los actos administrativos (Olechowski 2020). En todo, juristas como Jellinek (1885),

propusieron dotar de mayor fuerza a la competencia del Tribunal del Imperio, pues se trataba de una *competencia sobre las competencias* de los distintos órganos públicos.

A esto, se agregarían distintos cambios políticos que favorecerían al planteamiento de Jellinek. La transformación del Imperio Austro-Húngaro a un Estado Federal, a propuesta de Karl Renner, y la posibilidad de conflictos que podrían suscitarse entre el *Reicht* (Estado Federal) y los *Länder* (Estados individuales), requerirían de un control más sólido sobre las competencias. Para hacer frente a dicha problemática, se elaboraría un proyecto de ley para modificar ciertos aspectos en el Tribunal del Imperio. Dicho proyecto de ley sería remitido a la Cancillería a ser revisado por parte de Hans Kelsen, quien esbozaría duras críticas a dicho proyecto, motivándolo a elaborar un *contraproyecto* en el que se propondría la creación de un Tribunal Constitucional como tal, y ya no la modificación de funciones del Tribunal del Imperio, pues carecía de sentido hablar del mismo (Olechowski 2020).

La propuesta de Kelsen sería promulgada como ley el 25 de enero de 1919, reemplazando al Tribunal del Imperio y asumiendo además las competencias del Tribunal del Estado; quedando en funciones tres Tribunales en Austria: el Tribunal Supremo ordinario, el Tribunal Administrativo, y el recientemente formado Tribunal Constitucional (Olechowski 2019).

A este cambio se sumaría la promulgación de la constitución austriaca en 1920, la cual ya contendría competencias explícitas para el Tribunal Constitucional, y en cuya elaboración participaría Kelsen, en coordinación con el Departamento de Constitución de la Cancillería, además de Adolf Merkl, tal como relata Olechowski (2020).

Un contexto distinto al de Alemania, donde, si bien también se optó por un cambio hacia un modelo de Estado Federativo, en esta última nación no existían las mismas bases institucionales e ideológicas. El *Reichspräsident* o Jefe de Estado, era una institución suprema del Estado, prevista en la constitución de Weimar, elegida por el pueblo como representante de la nación y símbolo de garantía de su mantenimiento y subsistencia. Asimismo, aunque se tenía un *Staatsgerichtshof* o

Tribunal del Estado, cuya función consistía en pronunciarse sobre las competencias entre el *Reich* y los *Länder*, la Constitución almena no reguló el reconocimiento de dichas funciones. Ante este silencio, el *Reichsgericht* o Tribunal Supremo de Alemania, comenzó a desautorizar ciertas leyes emitidas por ser contrarias a la constitución, ejerciendo una suerte de *control difuso*, al no ser propiamente un órgano de jurisdicción constitucional, situación que no tuvo la misma aceptación a diferencia de lo acontecido en Austria (Lombardi 2018).

B. El debate Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución

Antes de abordar la discusión, es necesario señalar que, en primer lugar, tanto Schmitt como Kelsen, reconocían la relevancia de garantizar la constitución. En segundo lugar, que la discusión entre ambos juristas no se limitó a *quién* debía ser el guardián de la constitución, sino que sus diferencias de pensamiento involucraban también la manera de concebir al derecho, la constitución, y la justicia constitucional, es decir, a *cómo* tendría que actuar un guardián de la constitución.

El modelo propuesto por Kelsen sería ávidamente cuestionado por Schmitt (2018), quien objetaría la entrega del control de la constitución a manos de los jueces, pues según el citado jurista, estos carecerían de legitimidad democrática y de capacidad institucional para tener dicha competencia. Para Schmitt, la idea de una jurisdicción constitucional era inadmisibles, pues las cláusulas de la constitución eran tan complejas como para otorgar dicho control a los jueces, y no podrían cumplir con dicho ejercicio al tener que limitarse a aplicar *el texto de la ley*; de lo contrario, se entregaría un poder tan amplio a los jueces constitucionales que debilitaría la división de poderes y a una “aristocracia de la toga”.

Y es que Schmitt (1996) concebía a la constitución como un conjunto de valores éticos y políticos, y fruto del poder constituyente; en otras palabras, la constitución era concebida como una manifestación concreta del *Volksgeist*. En ese sentido, según el citado jurista, el control de la constitución debía estar en quien encarnase la *voluntad popular*, una característica sólo atribuible al Jefe del Estado, el único que podría interpretar los valores éticos y políticos de la constitución y garantizar su continuidad en el tiempo (Schmitt 2009).

Ante estos cuestionamientos, Kelsen (2018) en primer lugar, replicaría la visión que Schmitt parecía sostener de los jueces como “autómatas”, resaltando la implausibilidad de la idea de los jueces como meros aplicadores del texto de la ley, pues en todos los casos la interpretación precede a la aplicación, y la aplicación supone un ejercicio discrecional de cierto modo creativo, y por ende, de carácter irreductiblemente político (cfr. Kelsen 1933; 1979; 1995; 2011a; 2011b; 2018). En segundo lugar, Kelsen cuestionaría la objeción de falta de legitimidad aducida por Schmitt, expresando que la introducción de mecanismos de elección de magistrados del Tribunal, por parte del Parlamento, o de la misma sociedad, harían desaparecer dicha objeción de manera sencilla. Y, en tercer lugar, Kelsen insistiría en que el control tendría que estar en un órgano independiente, tal como lo es un órgano jurisdiccional, y con una facultad discrecional limitada, a fin de garantizar que el control fuese hecho por un tercero neutral, evitando así que el *defensor de la constitución* fuese al mismo tiempo juez y parte –como ocurriría bajo la propuesta de Schmitt.

Para Kelsen, la constitución no era un conjunto de “valores éticos y políticos”, sino un conjunto de disposiciones jurídicas. Una idea que partía de su concepción filosófica de la política, que lo llevó a decir que “la concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo” (Kelsen 1934b, 156). Por tanto, era evidente que la idea de que el *defensor de la constitución* tendría que ser aquel que pudiese conocer “los valores éticos y políticos que conformaban la constitución”, pues Kelsen no concebía la posibilidad de que tales valores sean cognoscibles. Es sobre dicha base, además del contexto histórico-político austriaco, que se explica el modelo kelseniano del Tribunal Constitucional. Un Tribunal concebido como un órgano jurisdiccional de capacidad política –pero limitada-, cuya organización debía responder a las particularidades de cada constitución, y su conformación tendría que obedecer no a la elección arbitraria de un único poder, sino al resultado de una participación plural (Kelsen 2011a).

C. El rol del Tribunal Constitucional

Antes de hacer referencia al Tribunal Constitucional, es preciso enfatizar que a continuación se aborda una concepción –así como discusión- bajo el contexto del modelo –y de los problemas- del Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, es pertinente mencionar dos modelos de constitución, a saber, el modelo de “constitución-norma” y el de “constitución-máquina”, siguiendo a Troper (1999). El rol del Tribunal Constitucional frente a uno u otro modelo es distinto. Así, en este último modelo, el de “constitución-máquina”, el Tribunal Constitucional se constituye como un garante del equilibrio de poderes y del establecimiento de los límites al ejercicio de estos, pues precisamente este modelo caracteriza sin más a la constitución como un instrumento para limitar el poder. Situación distinta a la que acontece en el modelo de la “constitución-norma”, en el que la idea de constitución se caracteriza como un instrumento o herramienta para modelar las relaciones sociales existentes y, por ende, vincula no sólo a los poderes públicos, sino además a cada persona que se encuentre bajo la soberanía del Estado. Dicho esto, el rol del Tribunal en el Estado Constitucional presenta rasgos de ambos modelos de constitución: por un lado, se erige como un tercero que garantiza el ejercicio legítimo del poder por parte de los órganos públicos, pero por otro, como un garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Estos son aspectos que definen al Estado Constitucional –tal como se ha visto anteriormente- como también al rol del Tribunal Constitucional. Sin embargo, aunque exista una aparente claridad en su rol, tal es –como se dijo- tan solo aparente, pues los dilemas del Estado Constitucional también se trasladan al rol del Tribunal Constitucional. En esto, cabe mencionar dos dilemas resultantes:

(1) La concepción de los derechos fundamentales. Esto, debido a que el juez constitucional puede adoptar una posición considerando al catálogo de los derechos fundamentales como uno “antidemocrático” o bien como “democrático”, como Fioravanti (2001) apunta históricamente. La primera concepción, en el sentido de considerar a los derechos como límites a la democracia o, con otras palabras, a la voluntad general. La segunda, considerando el reconocimiento de estos –o su positivización- no como límites, sino como el resultado de la voluntad general.

Concepciones que también pueden identificarse como sistemática y voluntarista respectivamente, siguiendo a Barranco Avilés (2005).

(2) La concepción de la interpretación. Un dilema vinculado al anterior, e incluso –podría afirmarse- producto de este. En ese sentido, la concepción de la interpretación, y su alcance, dependerá de la concepción del derecho y de los derechos fundamentales que se tenga. Así, si se concibe que los derechos son preexistentes o trascendentes a la voluntad general, el conocimiento u aproximación a la “intención” o al significado “histórico” con que se promulgó el texto constitucional no será un objetivo relevante. O, si se concibe a los derechos –o su reconocimiento- como un producto de la voluntad general (o del constituyente) manifestada en el texto constitucional, entonces la intención –para quienes consideren posible su cognoscibilidad-, el significado histórico, o incluso la propia literalidad de las disposiciones constitucionales, probablemente adquieran mayor relevancia.

Kelsen ya era plenamente consciente de la posibilidad de estos dilemas, y de la tensión resultante que generaría frente a la democracia. En ese sentido es que Kelsen (2011; 2018) se manifestaba contrario a la inclusión de valores en la constitución, pues la indeterminación del contenido de estos implicaría una discreción sumamente amplia en el ejercicio interpretativo de los jueces constitucionales que, por ser una actividad política y dependiente –de cierto modo- de la concepción personal del intérprete, devendría en el ejercicio de un poder que habría que considerar como “simplemente insoportable”.

Sin embargo, la postura de Kelsen no prosperaría pues, como puede verse actualmente, las distintas constitucionales contemplan catálogos de derechos que han sido descritos como pretensiones morales positivizadas de contenido generalizable (Peces-Barba 1995), o incluso como exigencias de justicia natural (Castillo Córdova 2021), evidenciando así una connotación ética y axiológica, tal como reconoció el propio Tribunal Constitucional peruano (STC, Exp. 1417-2005-PA/TC, FJ. 2).

En cuanto a la concepción de la determinación (o indeterminación) de las proposiciones constitucionales sostenida por el Tribunal constitucional peruano, el

mismo ha señalado que “el núcleo duro de los derechos fundamentales [...] está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional” por lo que existe una “necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales” (STC, Exp. 0008-2003-AI/TC, FJ. 8), esto acerca al Tribunal a una posición como la que sostienen las teorías adscribibles al *Noble Sueño*, o al menos aquellas teorías que comparten sus tesis jurídicas con dicha posición; lo que además se refuerza con la adición de la “motivación constitucionalmente deficitaria” (STC, Exp. 01747-2013-PA/TC, FJ. 4.3; cfr. Herrera Pérez 2020) como vicio de motivación de las resoluciones, un cambio mediante el cual se exigiría a los jueces (1) identificar y aplicar los derechos relevantes al caso para evitar el *error de excluir* alguno de ellos –como si hubiese un catálogo definido de los derechos-; (2) delimitar *correctamente* los derechos aplicables al caso para evitar el *error de exceso o restricción en la delimitación* del contenido de los derechos –como si su contenido estuviese ya determinado-; y (3) *ponderar correctamente* –como si hubiese una única manera de hacerlo.

Así, bajo la justificación de la existencia de principios/derechos implícitos derivados de la “necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales” (Art. 3), el Tribunal Constitucional ha efectuado una extensa labor desarrollando las proposiciones constitucionales (Castillo Córdova 2019), dando lugar a lo que Pegoraro y Rinella (2019) han denominado como *Híper-Constitución*.

D. Contenido material e interpretación de la Constitución

Kelsen (2018) sostuvo hasta sus últimas días una perspectiva de Constitución como norma jurídica fundamental de competencias, la cual suponía un concepto relativo, puesto que no determinaba con plenitud el contenido de las normas a producirse, sino que atribuía las competencias a la autoridad (o autoridades) habilitadas para la producción de dichas normas; y cuya validez no se encontraba en otra norma positiva, ni mucho menos en el derecho natural, sino que era presupuesta o, en términos de Hart (2009), reconocida socialmente.

Actualmente no se suele considerar que las Constituciones sean normas que únicamente establecen competencias. Ello sobre todo por el protagonismo que cobra la presencia de los derechos fundamentales, tanto para los poderes públicos, como en general para la sociedad en su conjunto (Gutiérrez Canales 2021). En ese sentido, no es extraño que, además del preámbulo, se identifiquen dos partes – entremezcladas- en la Constitución: una dogmática, cuyo propósito es regular el establecimiento de los derechos fundamentales, y otra orgánica, cuyo propósito es regular las competencias públicas para lograr un “uso racional y legítimo del poder político” (Eto Cruz 2014, 26).

Sin embargo, no es menos cierto que, tal como en Austria un siglo atrás, la mayoría de actuales disposiciones constitucionales de la parte dogmática tiene una regulación genérica, no sólo por el lenguaje en que se expresan las disposiciones jurídicas en general –que de por sí adolece de ambigüedad y vaguedad (Hospers 1984)- sino además por la falta de establecimiento de consecuencias jurídicas precisas: característica que parece ser inherente a la regulación de los derechos fundamentales en los textos constitucionales.

Ahora bien, en cuanto a la caracterización de los mencionados derechos fundamentales, estos han sido descritos como pretensiones morales positivizadas de contenido generalizable (Peces-Barba 1995), o incluso como exigencias de justicia natural (Castillo Córdova 2021), evidenciando así una connotación ética y axiológica, tal como reconoció el propio Tribunal Constitucional (STC, Exp. 1417-2005-PA/TC, FJ. 2).

La redacción bajo la cual los derechos están positivizados, sumado a su contenido de connotación moral, tornan compleja la actividad interpretativa respecto de los tales.

En el dilema de la determinación –o quizá, indeterminación- del contenido de los derechos, cabe citar la clasificación de Hart (1994) acerca de las distintas posturas sobre la interpretación jurídica en la cual identificaría:

dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los

jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y a veces otra. (p. 348)

Tres posturas –pesadilla, noble sueño, y vigilia, que se han identificado con los postulados interpretativos de distintas concepciones jurídico-filosóficas: a saber, (i) con el realismo jurídico, (ii) con el realismo metafísico y el principialismo jurídico, y (iii) con el constructivismo moderado.

Las tesis de dichas posturas se resumen en la siguiente tabla:

Tabla 3

Concepciones de la determinación de las proposiciones constitucionales.

<i>Tesis...</i>	Pesadilla	Noble Sueño	Vigilia
<i>metafísica</i>	No existe un mundo jurídico trascendente	Existe un mundo jurídico trascendente	No existe un mundo jurídico trascendente
<i>semántica</i>	No es posible adscribir significado a los enunciados constitucionales puros	El significado de los enunciados constitucionales viene determinado por condiciones de <i>verdad</i>	El significado de los enunciados constitucionales viene determinado por condiciones de <i>afirmabilidad</i>
<i>lógica</i>	Todas las proposiciones constitucionales puras carecen de valor de verdad	Toda proposición constitucional es o bien verdadera o bien falsa	No todas las proposiciones constitucionales son verdaderas o falsas
<i>jurídica</i>	No existe una respuesta correcta a los casos constitucionales. Los jueces siempre crean el Derecho, nunca lo aplican	Existe una única respuesta correcta a alcanzar. Los jueces siempre aplican el Derecho y nunca lo crean	A veces hay una respuesta correcta y otras no. A veces los jueces crean Derecho y otras lo aplican

Nota. Datos obtenidos de Moreso (2014).

Como se observa en la tabla precedente, las concepciones acerca de la determinación (o indeterminación) tienen tesis de diverso tipo, debiendo precisarse que no toda concepción comparte la totalidad de las tesis de cada grupo, así, por ejemplo, la concepción principialista de Dworkin se enmarcaría dentro del *Noble Sueño*, pero la misma no toma partido por las cuatro tesis de dicho grupo, sino únicamente por la tesis jurídica.

De este modo, la afirmación sobre la determinación (o indeterminación) de las proposiciones constitucionales depende en buena cuenta de la concepción jurídico-filosófico de la cual se parta. Así, por ejemplo, se sabe que por la influencia de Holmes (2012) y otros jueces y estudiosos, distintos jueces de la Corte Suprema Norteamericana adoptaron una concepción realista que negaba la posibilidad de respuestas correctas, siendo proclive a sostener que el juez no aplicaba, sino que creaba derecho; aunque otros, tomaron una concepciones distintas e incluso *distantes* (cfr. Scalia 2015).

Lo cierto es que, puede observarse que las disposiciones constitucionales presentan mayor o menor grado de imprecisión –lo que también comparte Castillo Córdova (2021).

En cuanto a la concepción de la determinación (o indeterminación) de las proposiciones constitucionales sostenida por el Tribunal constitucional peruano, el mismo ha señalado que “el núcleo duro de los derechos fundamentales [...] está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional” por lo que existe una “necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales” (STC, Exp. 0008-2003-AI/TC, FJ. 8), esto acerca al Tribunal a una posición como la que sostienen las teorías adscribibles al *Noble Sueño*, o al menos aquellas teorías que comparten sus tesis jurídicas con dicha posición; lo que además se refuerza con la adición de la “motivación constitucionalmente deficitaria” (STC, Exp. 01747-2013-PA/TC, FJ. 4.3; cfr. Herrera Pérez 2020) como vicio de motivación de las resoluciones, un cambio mediante el cual se exigiría a los jueces (1) identificar y aplicar los derechos relevantes al caso para evitar el *error de excluir* alguno de ellos –como si hubiese un catálogo definido de los derechos-; (2) delimitar *correctamente* los derechos aplicables al caso para evitar el *error de exceso o restricción en la delimitación* del contenido de los derechos –como si su contenido estuviese ya determinado-; y (3) *ponderar correctamente* –como si hubiese una única manera de hacerlo.

Así, bajo la justificación de la existencia de principios/derechos implícitos derivados de la “necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos

en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales” (Art. 3), el Tribunal Constitucional ha efectuado una extensa labor desarrollando las proposiciones constitucionales (Castillo Córdova 2019), dando lugar a lo que Pegoraro y Rinella (2019) han denominado como *Híper-Constitución*.

E. Los procesos constitucionales

Tanto Alcalá-Zamora y Castillo (2000), como Fix-Zamudio (1989), atribuyeron el surgimiento del derecho procesal constitucional como disciplina, a Kelsen; no por crear una disciplina científica con tal rótulo, ni tampoco por la institucionalización del Tribunal Constitucional austriaco, sino por establecer los lineamientos e instituciones –aunque de manera genérica- destinada a regir los procesos constitucionales, tan necesarios para no sólo para el funcionamiento de Tribunal Constitucional, sino –y sobre todo- para la efectividad de la Constitución. Aunque esta tesis sería duramente cuestionada por autores como Sagüés (2002) – para quien habría que remontarse a contextos anteriores a Kelsen- y García Belaúnde (2007) –quien atribuye la configuración del derecho procesal constitucional como tal a Alcalá-Zamora y Castillo.

Sin embargo, según Ferrer Mac-Gregor (2013), la respuesta a esta controversia dependería de la noción de *fundador* con la que se parta. Para el citado autor la configuración científica el derecho procesal constitucional se inicia con una *etapa precursora* en 1928, a partir de la obra de Kelsen sobre la jurisdicción constitucional, y la discusión que sostendría con Schmitt acerca del guardián de la Constitución. A esta etapa, le sigue otra denominada como *etapa de descubrimiento procesal*, que Ferrer Mac-Gregor sitúa a partir de 1944, año en el que Alcalá-Zamora y Castillo (2000), distingue una nueva rama del derecho procesal, otorgándole la denominación de “derecho procesal constitucional”. Ya para 1946, seguiría otra etapa denominada como *etapa del desarrollo dogmático procesal*, en la que se destacarían diversas contribuciones relevantes en Europa acerca del estudio de las garantías constitucionales, donde no se emplea la rúbrica de “derecho procesal constitucional”, sino la de “justicia constitucional” (García Belaunde y Espinosa-Saldaña 2006). Finalmente, la configuración científica del derecho

procesal constitucional culminaría en 1955-1956, con los estudios de Fix-Zamudio sobre *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana*.

Lo cierto es que el debate acerca de la configuración científica del derecho procesal constitucional como disciplina, no debe confundirse con la discusión acerca del surgimiento del contenido procedimental de la Constitución. Con un enfoque en lo último señalado, es posible afirmar –siguiendo a Zagrebelsky (2001) en este extremo- que dicho contenido procedimental no surge a partir de un Código o una Ley Procesal, sino de la propia Constitución, aunque el desarrollo del mismo se concrete a través de cuerpos normativos como los antes referidos (Castillo Córdova 2011).

En el caso peruano, la Constitución, en sus artículos 200 y 202 inciso 3, regula siete procesos constitucionales, a saber: los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular, y competencial; cuya regulación es desarrollada en el vigente Código Procesal Constitucional [en adelante “CPC”), promulgado bajo la Ley N.º 31307, publicada el 23 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano. Estos, según se desprende del artículo 2 del propio Código aludido, tienen la finalidad de “garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa”, o lo que equivale a decir: garantizar la vigencia del Estado (constitucional) de Derecho (Díaz 1988; Ansuátegui Roig 2013).

Una descripción de la finalidad concordante con la propia construcción teórica elaborada por el Tribunal Constitucional acerca de cada proceso constitucional, según el cual

en los casos de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, el fin de su expedición apunta a proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; en los casos de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad su finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía

normativa; mientras que en los procesos competenciales tiene por objeto resolver los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o la leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales. (STC, Exp. 00024-2003-AI/TC, FJ. 2)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional distingue entre un fin subjetivo, referido a la protección de los derechos fundamentales, de uno objetivo, referido a garantizar la vigencia de la Constitución misma –y con ello del derecho en su conjunto, a partir de lo denominado como *orden público constitucional* (STC, Exp. 0023-2005-PI/TC).

F. El sistema de control constitucional peruano

Tal como relata García Belaunde (2003), en el Perú, desde la década de los treinta, se asimiló primeramente el sistema de control constitucional norteamericano, década en la cual se regularía por primera vez y a partir de la Constitución de 1933, una acción de garantía constitucional –específicamente de *habeas corpus*- (cfr. García Belaunde y Gutiérrez Camacho 1993).

No fue sino hasta fines de la década del setenta que, a través del a Constitución de 1979, que se incorporaría un órgano de control constitucional autónomo bajo el nombre de Tribunal e Garantías Constitucionales, bajo la influencia –ya para en este caso- europea, sembrada décadas atrás por Kelsen. De este modo, se adoptó un sistema dual, en el que coexisten –a la fecha- los sistemas de control difuso –de influencia norteamericana- y concentrado –de influencia europea, dando lugar a un modelo en el que la dicotomía de control difuso/concentrado pierde sentido, al configurarse un modelo *híbrido* con ciertos rasgos de ambos, pero con elementos, forma de acceso, funciones, tipos y efectos de sentencias, y otros, que tienen similitudes, pero también diferencias incluso con ambos de los modelos clásicos (Pegoraro 2016).

De este modo, en el Perú, todo juez puede efectuar control constitucional para el caso concreto y en cualquier proceso que se instaure, sin que ello suponga

la expulsión definitiva de la norma bajo control del sistema jurídico (arts. 51 y 138). Sin embargo, el control constitucional de una norma en abstracto, con posibilidad de su expulsión del ordenamiento jurídico, se realiza únicamente mediante acción popular –que procede contra normas infralegales- y acción de inconstitucionalidad –que procede contra normas de rango de ley-, cuya competencia se ha reconocido al Poder Judicial (art. 84, CPC) y al Tribunal Constitucional (art. 202.1, Constitución) respectivamente.

En ese sentido, el proceso de inconstitucionalidad en el Perú se caracteriza por los siguientes aspectos:

(i) Finalidad de la acción de inconstitucionalidad

Conforme ha señalado Hakansson Nieto (2020b) “la razón de ser del Tribunal Constitucional no se concentra en la expulsión de las leyes, y las normas con rango de ley, del ordenamiento jurídico sino, principalmente, en la necesidad de armonizar dichas normas con la realidad constitucional”.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional señaló que la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es

efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino, única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso. (STC, Exp. 003-2004-AI/TC, FJ. 2)

Al respecto, esto debe entenderse no como una desprotección a la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales, puesto que al señalar que “no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional”, no se refiere de ninguna manera

a una desprotección de los derechos fundamentales, sino su facultad de examen intra proceso de efectos nocivos particulares sobre afectaciones subjetivas, esto es claramente objeto de procesos de garantías de la libertad –como ser el de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento-, mas bien, lo que indica el Tribunal Constitucional es que, en caso del proceso de inconstitucionalidad, el examen será conducido mediante la “eficacia integradora de la unidad constitucional”, la congruencia normativa de la norma con rango de ley en relación a la Constitución, expulsando –de ser el caso- la norma inconstitucional del sistema jurídico o, interpretándola de conformidad constitucional a fin de “salvarla”.

(ii) Normas sujetas a control bajo proceso de inconstitucionalidad

En cuanto a las normas cuya constitucionalidad puede impugnarse ante el Tribunal Constitucional, la propia Constitución indica cierto catálogo en el inciso 4 del artículo 200, señalando que este proceso procede:

contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Esta lista, sin embargo, ha sido interpretada como *enunciativa* (o referencial) por el Tribunal Constitucional, el cual ha entendido que el propósito del texto constitucional citado es establecer contra qué tipo de normas procede la acción de inconstitucionalidad, y no determinar propiamente un listado de las mismas; sustento a partir del cual se ha permitido ejercer control sobre Decretos Leyes (cfr. STC, Exp. 007-96-I/TC; STC, Exp. 010-2002-AI/TC), Leyes de desarrollo constitucional (STC, Exp. 005-2003-AI/TC), Leyes orgánicas (STC, Exp. 0022-2004-AI/TC), Leyes marco o de bases (STC, Exp. 008-2005-PI/TC), e incluso, de Leyes de Reforma Constitucional.

Sobre este último caso, el Tribunal Constitucional justificó la procedencia de acciones contra las mismas a razón de que:

- (1) la lista prevista en el inciso 4 del artículo 200 es meramente enunciativa –conforme se comentó líneas arriba.

- (2) la reforma constitucional “se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley” (STC, Exp. 014-2002-AI/TC, FJ 35), aprovechando la denominación de “leyes de reforma” (Hakansson Nieto 2014), aunque es pertinente advertir la controversia de si este tipo de “leyes” tiene también “rango de ley” en el sentido indicado por el inciso 4 del artículo 200, sobre todo cuando el propio Tribunal Constitucional ha sugerido que las leyes de reforma constitucional se encuentran en una categoría superior a las leyes (ordinarias) y normas con rango de ley (cfr. STC, Exp. 047-2004-AI/TC, FJ. 61).
- (3) dichas leyes son “creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye” (RTC, Exp. 0050-2004-PI/TC, FJ. 7; STC Exp. 0050-2004-PI/TC, FJ. 20).

De estos tres aspectos, el último citado también resulta paradójico, pues confronta el criterio de un “Poder Constituyente Constituido” como lo sería el Congreso, con otro “Poder Constituyente Constituido”, una condición que se ha atribuido el Tribunal Constitucional mismo (STC, Exp. 2409-2002-AA/TC, FJ. 1).

En todo, el Tribunal Constitucional no sólo ha establecido que el ejercicio del poder de reforma de la Constitución –reconocido al Congreso- tiene condiciones explícitas, constituidas por límites formales, estos son, basados en el procedimiento de reforma regulado en la propia Constitución. Sino que también ha establecido que dicho ejercicio tiene condiciones implícitas, constituidas por límites materiales, los cuales se refieren a “parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”, también descritos como “valores materiales y principios fundamentales” y como “principios supremos del ordenamiento constitucional”, siendo tales “los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado” (STC, Exp. 014-2002-AI/TC, FJ 74-76), lo que llevó posteriormente a que el Tribunal equiparara dicho “contenido fundamental” a una “fórmula política” (STC, Exp. 0050-2004-PI/TC, FJ. 5).

Lo anotado líneas arriba, induce a formular diversas cuestiones, a saber: (1) ¿existe un contenido unívoco para dicha fórmula política, o bien, un contenido unívoco para los citados “principios supremos” ?; y (2) ¿cuál es el órgano legítimo para dotar –o si se prefiere, “descubrir”- de contenido a dichos “principios supremos”?

Siguiendo la tendencia del Tribunal Constitucional, este respondería que existe un contenido esencial para dichos principios, y que es el propio Tribunal Constitucional el encargado de determinar –o, nuevamente, si se prefiere, “descubrir”- tal contenido. Lo que acerca al Tribunal a una posición jurídico-filosófica más cercana a la del sustancialismo de Schmitt (1996; 2009) –sólo reemplazando la titularidad del intérprete del *Volksgeist* del Mandatario al Tribunal-, que a la del relativismo democrático de Kelsen (1934).

Esto, debe llamar la atención a reflexionar si se trata de una respuesta legítima, pues, el problema no surge por reconocer un margen de discrecionalidad interpretativa a los Tribunales –como otorgarían Kelsen y Hart-, sino en cuanto el juez, bajo su cosmovisión, impone un modelo axiológico “no siempre de acuerdo a la cultura jurídica (y social) subyacente, y a las interpretaciones que le dan los órganos electivos” (Pegoraro 2019, 82), como si se tratase del único modelo válido bajo el argumento de que esa es “la voz del constituyente”.

(iii) Legitimación activa para accionar

Considerando las implicancias de este proceso, la Constitución misma ha establecido reglas de legitimidad activa. En ese sentido, conforme al artículo 203 de la Constitución, tienen legitimidad activa para accionar: (1) el Presidente de la República; (2) el Fiscal de la Nación; (3) el Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena; (4) el Defensor del Pueblo; (5) los Congresistas, exigiéndose la participación de un mínimo del 25% de su número legal; (6) los ciudadanos, exigiéndose que la acción sea suscrita por 5 mil ciudadanos, o por el 1% del ámbito territorial de aquellos en caso sea una acción contra ordenanza municipal; (7) los Gobernadores Regionales o Alcaldes Provinciales –en materias

de su competencia-, con acuerdo de su Concejo; y, (8) los colegios profesionales, en aquellas materias propias de su especialidad.

Al respecto, Hakansson Nieto (2020a) ha cuestionado la inclusión del Presidente de la República en el catálogo de sujetos con legitimidad activa, considerando que se trataría de una “atribución desmedida” siendo que se ha adoptado un modelo de presidencialismo en el que el Presidente de la República es al mismo tiempo Jefe de Estado, como también Jefe de Gobierno. Sin embargo, tendría que considerarse si realmente el Estado peruano ha adoptado dicho modelo, y no un modelo híbrido con rasgos o cierta tendencia –pero no enteramente dado- al modelo presidencialista. Por otro lado, sin entrar en aspectos formalistas, sería pertinente evaluar si la crítica de Hakansson Nieto es plausible desde una perspectiva pragmática.

Por otro lado, también cabe precisar que la lista original de sujetos legitimados no consideraba al Presidente del Poder Judicial, aunque la Constitución de 1979 sí hubo previsto su incorporación. Esta omisión, de la que no se ofrecería explicación alguna, sería suplida por la Ley de Reforma Constitucional N.º 30651, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 20 de agosto de 2017.

Finalmente, el accionar de los legitimados se ve restringido por el establecimiento de plazos de prescripción. Así, el artículo 99 del CPC ha estimado considerar un plazo de prescripción de 6 años para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, salvo en caso de acciones dirigidas a impugnar tratados internacionales, a las cuales se ha establecido un plazo de 6 meses; en ambos casos, contados a partir del día siguiente de su publicación. En todo, el referido artículo, también ha considerado que el vencimiento de dicho plazo no impide que los jueces puedan ejercer control difuso, conforme a los artículos 51 y 138 de la Constitución.

(iv) Instancia única competente

Conforme al inciso 1 del artículo 202 de la Constitución, se ha estimado establecer al Tribunal Constitucional como instancia única competente para conocer los procesos de inconstitucionalidad. Esto, concordante con la noción de Tribunal Constitucional acogida en la Constitución y en la jurisprudencia, que

considera al mismo como el “vocero de la Constitución”, “Supremo Intérprete”, condiciones necesarias para poder ejercer un control que termina con la posibilidad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico o, incluso, de modificarla, o cerrar su interpretación, para su adecuación a la Constitución.

En ese sentido, considerando la trascendencia de este proceso, el Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 107 que

sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma requiere de cinco votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría calificada en favor de la inconstitucionalidad de la norma demandada, el Tribunal Constitucional dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

Manteniendo el criterio que se tenía en el anterior Código Procesal Constitucional ahora derogado.

(v) Efectos sobre la norma impugnada y sobre normas conexas

En relación con los efectos de la sentencia que resuelve un proceso de inconstitucionalidad, sobre la norma impugnada, es pertinente recordar que –tal como se dijo anteriormente- la finalidad de este proceso no es meramente “expulsar normas jurídicas del ordenamiento”, sino “armonizar dichas normas con la realidad constitucional” (Hakansson Nieto, Los procesos constitucionales 2020b). En ese sentido, si el Tribunal Constitucional estima declarar infundada la demanda, ratificando la constitucionalidad de la norma impugnada, se cierra la posibilidad a que otras instancias cuestionen la constitucionalidad de dicha norma.

Esto es también concordante con la “triple identidad” (STC, Exp. 00053-2004-AI/TC) que el Tribunal ha reconocido a los efectos de la sentencia que resuelve un proceso de inconstitucionalidad. Categoría que se compone por tres elementos:

- (1) Fuerza de ley: pues, siendo el ejercicio de un control abstracto, estas sentencias tienen “alcances generales y carecen de efectos retroactivos” (art. 80, CPC), lo que exige su publicación en el Diario Oficial El Peruano, como tratándose de una norma legal ordinaria.

- (2) Cosa juzgada: proscribiendo que otra autoridad pueda dejar sin efecto su pronunciamiento, o *reevaluar* el mismo (art. 139.2, Constitución); proscribiéndose así que las normas declaradas inconstitucionales recobren vigencia posteriormente (art. 82, CPC).
- (3) Vinculatoriedad: frente a “todos los poderes públicos” (art. 81, CPC) a partir del día siguiente de su publicación, una regla general de los efectos temporales de la sentencia que admite excepciones.

Sobre esto último, cabe precisar que las reglas acerca de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad tienen ciertas particularidades. Así, las reglas generales aplicables son que: (i) dichas sentencias tienen efecto a partir del día siguiente de su publicación, y que (ii) no son retroactivas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha estimado permisible la irretroactividad de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma en materia penal, “en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo” (STC, Exp. 0019-2005-PI/TC, FJ. 51), y en materia tributaria, en la cual el Tribunal puede determinar sus efectos en el tiempo “debiendo pronunciarse respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras la norma inconstitucional estuvo vigente y pudiendo descartar la posibilidad dictar un fallo con efecto retroactivo, en consideración a las consecuencias inconstitucionales que de ello puedan derivar” (STC, Exp. 0041-2004-AI/TC, FJ. 70). Criterios que son concordantes con lo establecido en los artículos 74 y 103 de la Constitución, así con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional vigente.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado acerca de la pertinencia de establecer un efecto diferido en el tiempo respecto de sus sentencias, es decir, el aplazamiento de sus efectos. Un aspecto que se sustenta en el denominado *deber de previsión*, según el cual el Tribunal se ha imputado el deber de prever las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, a razón de que dicha declaratoria genera “un vacío normativo susceptible de generar efectos nefastos”. Un *deber* a través del cual

se predetermina la totalidad de las consecuencias de sus actos jurisdiccionales. Por lo que, tales actos (tras la expedición de una sentencia)

deben contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una «mejor» realidad político-jurídica y la cancelación de una otrora mal. (STC, Exp. 0024-2003-AI/TC, párr. 75)

Ello, a fin de modular los efectos de su sentencia, aplazándolos si fuera necesario.

La pregunta es, si realmente *pueden*, lo que equivale a cuestionar, no tanto si el Tribunal tiene las condiciones jurídicas para determinar tales consecuencias, sino acerca de si tienen las condiciones institucionales para ello (cfr. Herrera Pérez 2022).

Finalmente, cabe señalar que los efectos de la sentencia que declara inconstitucional una norma, también se extienden a aquellas otras normas vinculadas con esta, sea por conexión o consecuencia (art. 77, CPC); un fenómeno que Figueroa Gutarra (2013) ha descrito como *suprainclusión*, o que podría también observarse como una expresión del argumento *a fortiori*.

G. Sentencias típicas y atípicas

Las sentencias *típicas*, en los procesos de inconstitucionalidad, son aquellas decisiones que resultan en el binomio clásico de declarar constitucional-inconstitucional una norma (Eto Cruz 2014) o, como comúnmente se las conoce, aquellas sentencias estimativas –o que aceptan la acción- y desestimativas –que la rechazan (Sagües 2008; Hakansson Nieto 2014).

Un modelo al que el Derecho Procesal Constitucional no se ha restringido, dando lugar a nuevas formas de resolver los procesos de inconstitucionalidad, como producto del desarrollo de la técnica en el derecho constitucional, tanto en Europa como en Latinoamérica (Pegoraro 2016).

Sobre este tipo de sentencias, Landa Arroyo (2011b) realiza una clasificación de sentencias atípicas, evidenciando más de una manera distinta de pronunciar una decisión estimando o desestimando la acción de inconstitucionalidad. A continuación, se presenta dicha clasificación:

(i) Sentencias estimatorias

Dentro de las sentencias estimatorias, se pueden ubicar las sentencias de *simple anulación* –legadas por el modelo clásico de control constitucional–, pero además otras sentencias atípicas, tales como la sentencia *interpretativa en sentido estricto*, y la sentencia *interpretativa-normativa*.

- *Sentencia de simple anulación*. Esta sentencia es, como se dijo, una expresión del modelo clásico de control constitucional; la cual, estimando la demanda de inconstitucionalidad formulada, declara la anulación parcial o total, de la norma cuestionada. De ahí viene su denominación de ser “de simple anulación”.

- *Sentencia interpretativa en sentido estricto*. Esta modalidad de sentencia presupone la tesis de la distinción entre disposición y norma (cfr. Guastini, 2018), según la cual, se diferencia entre el texto de la ley, y su interpretación respectivamente. En ese sentido, la sentencia interpretativa en sentido estricto, se produce cuando un operador interpreta la norma N_1 bajo el sentido S_1 , el cual resulta contrario a la Constitución; lo que impulsa al Tribunal a proscribir la aplicación de la interpretación S_1 , sin tener que declarar la inconstitucionalidad de la norma N_1 , por existir otros sentidos de su interpretación ($S_2, S_3, \dots S_n$) que no necesariamente colisionan con la Constitución.

- *Sentencia interpretativa-normativa*. Esta sentencia se subdivide, asimismo, en sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, y –agrega Hakansson Nieto (2014)– sentencias integrativas. Las primeras de ellas, tal como su nombre indica, *reducen* el texto de la disposición cuestionada, pretendiendo así la inaplicación de aquella frase, palabras, línea, o segmento del texto, que provoca un sentido contrario a la Constitución.

La segunda de ellas, al contrario de la anterior, adiciona contenido al texto de la disposición cuestionada a fin de que cobre un sentido en armonía con la Constitución. Así, en este caso, la norma impugnada no es inconstitucional por el texto mediante el cual se expresa, sino por existir omisiones en dicho texto que generan una idea contraria a la Constitución.

La tercera de ellas es una suerte de combinación de las anteriores, pues en este tipo de sentencia se declara la inconstitucionalidad de un segmento del texto de la disposición cuestionada, e inmediatamente adiciona el texto necesario para cubrir ese vacío, reemplazando el contenido cuestionado de la disposición.

Finalmente, en la cuarta de ellas, el texto no se completa con la creación del Tribunal, sino apelando “a otra norma que regula la materia sustancialmente análoga” (Hakansson Nieto 2014, 156).

Este tipo de sentencia también es denominada como “manipulativa” (Sagüés 1998), un calificativo que Landa Arroyo (2011b) rechaza frontalmente, a razón de que tal calificativo implica “por un lado, manosear algo y distorsionar la verdad y la justicia; y los tribunales constitucionales no hacen (o no deberían) hacer ni lo uno ni lo otro” (p. 88). Sin embargo, tanto el calificativo, como la defensa del autor citado, resultan controvertidas y cuestionables, pues tales afirmaciones requerirían tener el contenido de “la verdad y la justicia” determinados, a fin de evaluar si precisamente estas se “manipulan” o no; así también con la afirmación de que los Tribunales Constitucionales “no hacen” una manipulación o distorsión de la verdad y la justicia, pues ello presupone, además de partir de una tesis veritativa del derecho, acogerse a una tesis de “supremacía epistemológica” de los jueces constitucionales –lo que no es dable, o al menos no ha logrado ser justiciado en la doctrina.

(ii) Sentencias desestimatorias

En cuanto a las sentencias desestimatorias, cabe distinguir entre aquellas sentencias de *desestimación simple*, de aquellas de *desestimación por sentido interpretativo*.

La primera de tales es esencialmente aquella que rechaza la acción de inconstitucionalidad formulada, sea mediante su rechazo por inadmisibilidad no subsanada, por su declaración de improcedencia, o por ser tenida infundada.

En cambio, la segunda, establece una manera específica de interpretar la disposición cuestionada en armonía con la Constitución, y, por ende, rechaza la

demanda, condicionando la interpretación del resto de operadores a la establecida por el Tribunal.

H. Teoría general del precedente

El precedente tiene su origen en los sistemas pertenecientes al *common law*, constituyéndose como fuente primaria del Derecho, a diferencia de lo que acontece en los sistemas de tradición continental como el peruano. Sin embargo, esta no es la única característica distintiva de estos sistemas, sino que existen otras que cabe citar para poder contextualizar a la institución de precedente. Así, siguiendo a Iturralde Sesma (1995) puede identificarse los siguientes rasgos distintivos del *common law*: (1) se presenta como una tradición en la cual la autoridad de sus principios y prácticas que no se encuentran escritas no reside en un documento legislativo de manera explícita; (2) se compone como un Derecho construido por jueces; (3) los jueces están obligados a observar las decisiones de aquellos jueces jerárquicamente superiores; (4) sus principios se determinan o establecen dentro de los procesos judiciales; (5) se caracteriza por ser fundamentalmente práctico y, en esencia, dialéctico; (6) no se encuentra codificado; (7) sus reglas se enfocan en el proceso; y (8) aquellas de carácter procesal son tan –o incluso, más- valoradas que aquellas de carácter sustantivo.

De las características antes anotadas, la tercera, consistente en la regla denominada *stare decisis* es la que otorga fuerza vinculante al precedente, inhabilitando a los jueces jerárquicamente inferiores a su discusión. Según Pegoraro y Rinella (2018) es regla tiene una doble eficacia:

- (1) Por un lado, una eficacia horizontal, que impone al Tribunal el seguir sus propios precedentes, aunque esta dimensión tenga fuerza relativa, pues, así como un Tribunal tiene la capacidad de emitir un precedente, también cuenta con la potestad de apartarse del mismo (*overruling*) sobre la base de razones que el propio Tribunal estime como mayores –o mejores- que las que sustentaron el precedente anterior, lo que ha venido realizando (Brenner & Spaeth 2017; Slapper & Kelly 2017). Un ejemplo reciente de ello es el cambio de precedente efectuado por la

Corte Suprema de los Estados Unidos respecto al aborto, en un momento considerándolo como un derecho (Roe v. Wade, 410 U. S. 113), y actualmente negando dicha categoría, pero reconociendo su permisibilidad en función a la decisión democrática que se adopte en cada Estado (Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 597 U. S.).

- (2) Por otro, una eficacia vertical, que impone a los jueces el seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores. Esto sobre la base de que se produzcan casos posteriores al precedente, con el mismo tipo de circunstancias existentes en el caso primigenio. Así, el criterio de solución aplicado al caso del precedente tendría que ser también aplicado al caso posterior. De ahí que la atención a las circunstancias y particularidades del caso sea un asunto relevante, pues si el caso posterior es *razonablemente distinguishable* del caso primigenio, entonces el precedente no sería necesariamente aplicable (Cross y Harris 1991).

En cuanto a los fundamentos justificativos del precedente, siguiendo a Moral Soriano (2002) puede afirmarse que, desde una perspectiva pragmática, estos se componen por la aplicación uniforme del Derecho, la economía procesal, y la predictibilidad de las decisiones judiciales; y, desde una perspectiva formal, por el principio de igualdad ante la ley. Fundamentos que, como se puede advertir, no son ajenos a los sistemas jurídicos de tradición continental como el peruano, de ahí que, al menos en sentido amplio, el precedente no se trate de una institución ajena o desconocida en estos sistemas. La diferencia entre ambos sistemas, tal como anotan Pegoraro y Rinella (2018), se ubica en valor vinculante del precedente a la luz de la regla *stare decisis* y, puede agregarse, a los matices culturales que envuelven la aplicación y reconocimiento de dicha institución (Dyer 2015).

1. El precedente constitucional en el Perú

Tal como relata Domingo García Belaunde (2020), aunque la jurisprudencia siempre haya sido un referente necesario, el precedente como tal, vinculado a una

regla como el *stare decisis*, obliga a citar la Ley 23506 denominada Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la cual data de 1982 e introduce dicha figura en su artículo 9:

Artículo 9. Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.

Una regulación que equiparaba “jurisprudencia obligatoria” con “precedente”, y que se presentaba bajo una redacción de alguna manera genérica, o incluso podría decirse imprecisa, pero que precisamente suponía la adopción de la institución de precedente tal como en los sistemas de tradición del *common law*, aunque –probablemente por las diferencias de contexto con este sistema- su influencia no fue grande.

En cuanto a la motivación para proponer la disposición antes citada, García Belaunde comenta de primera mano que esta tuvo como punto de partida, por un lado, en las “Circulares” que la Corte Suprema emitía y remitía a las Cortes Superiores, exponiendo los criterios que sostenía para resolver los casos y, por otro, en la propia experiencia académica del redactor de la disposición en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin en 1969 que lo condujo a la figura de precedente del *common law*.

Esta fue la primera ley que reguló la figura de precedente, y mantuvo en cierta medida su esencia incluso en la posterior publicación del Código Procesal Constitucional mediante Ley 28237

Artículo VII. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Una redacción que podría decirse es más puntual que la presente en la Ley 23506, pero que establece que no todas las sentencias constitucionales constituyen

precedentes vinculantes, sino únicamente aquellas que expresamente lo prevean así bajo el amparo de la disposición citada, exigiéndose además que se precisen sus efectos normativos.

Según los propios redactores de la propuesta del Código (Abad Yupanqui et al. 2008) este cambio se explica por los problemas que traería dejar a los jueces jerárquicamente inferiores la tarea de identificar la *ratio decidendi* de cada sentencia, lo que afectaría la *certeza* que, según el citado autor, sería el principal objetivo de la institución del precedente.

Actualmente, y aún sin la participación de los anteriores juristas que participaron en las propuestas resultantes en la Ley 28237 y el Código antes citado, se ha promulgado un Nuevo Código Procesal Constitucional bajo la Ley 31307 que data del año 2001, manteniendo en esencia lo regulado por el Código anterior, añadiendo que el establecimiento de precedentes requiere del voto conforme de cinco magistrados, y reconociendo también en la sala respectiva de la Corte Suprema la competencia de dictar precedentes en los procesos de acción popular. En todo, la definición de precedente se recoge en el primer párrafo del artículo VI del Nuevo Código como sigue:

Artículo VI. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Como puede observarse, la esencia continúa siendo la misma que en el Código anterior, con la precisión de que el Tribunal Constitucional debe formular “la regla jurídica en la que consiste el precedente”. Esto, según comenta Luis Sáenz Dávalos (2022), con la finalidad de evitar aquellas situaciones en las que no se identificaba con claridad cuáles eran las reglas establecidas como precedentes.

En cuanto a los límites del precedente constitucional peruano, este se trata de un tema de amplia discusión que tiene como punto de partida la concepción de

interpretación que cada autor sostiene. En todo, aun adoptando una concepción que tome partido por la dación de precedentes a partir de normas *implícitas* en la constitución, Pedro Grández Castro (2007) resalta que (1) las reglas que se establecen como precedentes son una respuesta a demandas constitucionales, y no se producen meramente de oficio; (2) el propio Tribunal Constitucional ha dado a conocer que mediante la dación de precedentes no se imponen doctrinas o ideologías, puesto que (3) el Tribunal no es el único intérprete de la ley –en sentido amplio.

Por su parte, el profesor Omar Sar Suárez (2012) parece ser más enfático, rechazando aquellas posturas que limitan la dación de precedentes al texto –o al a gramática- de la constitución, al considerar que “el Tribunal Constitucional es el *traductor* del constituyente” (p. 282) y que, por tanto, la emisión de precedentes es parte de “del ejercicio legítimo de su función principal que consiste en garantizar la supremacía de la Constitución” (p. 285). Así, la postura de Sar Suárez explicita una concepción que explica al precedente, no necesariamente –o no en todos los casos- como el producto de la interpretación que el Tribunal realiza sobre la constitución, sino incluso como el resultado de la “traducción” que efectúa del “constituyente”.

El problema es que, aunque atribuya alcances más “fuertes” al precedente constitucional, esta postura genera más preguntas que respuestas: cabe preguntar ¿a qué “constituyente” es el que se “traduce”? ¿tiene una “voluntad” cognoscible? Si la respuesta es que esa “voluntad” se expresa a través del texto constitucional, entonces el propio texto que serviría de base tendría que servir también de límite al precedente, no pudiendo acudir a disposiciones “implícitas” basadas en aquello no escrito. Por otro lado, si aún se insistiese en la existencia de tales disposiciones, entonces tendría que establecerse cómo es que estas pueden llegar a conocerse, y cuáles son las razones para apoyar su existencia y su contenido. Si estas razones son de índole moral y trascendentes al texto, entonces el problema será mayor pues exigirá determinar a qué moral se hace alusión, o la moral de quién o quiénes, y cómo es que puede lograrse el conocimiento de dicha moral, en caso contrario el riesgo de la subjetividad es inminente e imposible de eludir –como reconoce incluso el propio Alexy (2013). Si, por el contrario, se señala que se tratan de cuestiones

axiológicas propias de la constitución, nuevamente se llegaría a enfocarse en el texto constitucional. Esto, sin embargo, no reduciría tampoco el riesgo de valoración subjetiva por parte del juez constitucional de contenidos sumamente abstractos y condicionados a su cosmovisión del Derecho y la moral. Así, aunque pueda no tenerse la intención de “imponer doctrinas o ideologías”, como lo resalta Grández Castro (2007), en la práctica el establecimiento de un precedente abstraído de la constitución –de sus contenidos explícitos o “implícitos”- supone el establecimiento de una perspectiva “doctrina o ideológica” determinada y a su acatamiento u observación de manera obligatoria por parte de los jueces jerárquicamente inferiores. Esto, como anotan Pegoraro y Rinella (2019), ha dado lugar a que se construyan “hiper-constituciones” en distintos países del mundo, incluyendo –podría decirse- al Perú (Castillo Córdova 2019).

En cuanto al fundamento del precedente constitucional peruano, los autores antes citados –en el presente subtítulo- parecen consensuar en que este consiste en la certeza de las decisiones, añadiendo otros que la igualdad ante la ley también es un fundamento de dicha institución, y no meramente la certeza (Rodríguez Santander 2007; Sar Suárez 2012). Sin embargo, tanto la certeza, o la seguridad jurídica, y la igualdad como fundamentos de precedente, han sido cuestionados sólidamente por Edward Dyer (2015), quien, bajo un análisis cultural del precedente judicial que desmitifica ciertos dogmas establecidos en la doctrina, explica el origen de este en la desaprobación social que se tiene de los jueces de la jurisdicción ordinaria e incluso de la propia legislatura. Al respecto, aunque el profesor Sar Suárez no comparte a plenitud las tesis de Dyer, en investigaciones recientes parece compartir ese mismo sentir social que Dyer identifica, al concluir mostrándose partícipe de que el Tribunal Constitucional sea el órgano de cierre del proceso de interpretación de la Constitución dado “el sesgo coyuntural propio de la actividad de los parlamentos y la escasa calidad de la deliberación del nuestro” (Sar Suárez & Raffo Miranda 2021, 92).

4.1.3. Las exigencias de motivación de una decisión judicial

4.1.3.1. El razonamiento judicial

El razonamiento judicial es un tipo de razonamiento jurídico, referido al ámbito de la argumentación propio de los jueces, de distinta especialidad, aunque la especial atención sea considerada con relación a las Altas Cortes, con lo que se incluye tanto a Cortes Supremas como a Tribunales Constitucionales (Atienza 2017). En ese sentido, es un tipo de razonamiento de suma importancia en el ámbito del Derecho, pero no es único, pues el razonamiento realizado por otros operadores.

Siguiendo a Rafael de Asís Roig (2007), es posible abordar al razonamiento judicial desde dos perspectivas, que responden a las siguientes preguntas de manera correspondiente: (1) ¿cómo deciden los jueces?; y (2) ¿cómo aparece justificada una decisión judicial? O bien, ¿cómo se justifica una decisión judicial?

En la primera, el razonamiento suele tratarse desde una perspectiva descriptiva, recurriendo disciplinas que estudian los procesos cognitivos y –en general- ciencias comportamentales (Posner 2011), lo que incluye el abordaje de emociones y sentimientos (González Lagier 2020), así como de intuiciones y reglas empíricas (Nieva Fenoll 2019).

En la segunda, el razonamiento se trata desde una perspectiva tanto descriptiva como prescriptiva que gira en torno a la justificación de las decisiones judiciales. En ese sentido, el enfoque se sitúa en la cuestión acerca de cómo es que el juez justifica sus decisiones –y no tanto sobre cómo toma sus decisiones- (Atienza 2016).

Este último enfoque implica asimismo otras dos cuestiones a abordar: cómo debería justificarse (perspectiva prescriptiva) y cómo se justifica una decisión judicial (perspectiva descriptiva). La segunda cuestión citada, por su parte, puede ser respondida en dos direcciones: (1) reconstruyendo la justificación en atención al proceso en su conjunto, o (2) examinando aquel instrumento en el cual el juez procede a exponer las razones que justifican su decisión (De Asís Roig 2007). En lo seguido, se tratará la segunda de estas direcciones.

4.1.3.2. El deber de motivar

Siguiendo a Rafael Hernández Marín (2013), es pertinente resaltar que, frente a una *litis* el juez tiene la obligación de desarrollar tres tipos de actividad:

- (1) Una actividad procesal, la cual consiste en la dirección del proceso en conformidad con las normas jurídicas –precisamente- procesales o adjetivas.
- (2) Una actividad decisoria, consistente en decidir, o dar respuesta, a la *litis*, de conformidad con el Derecho material.
- (3) Una actividad justificatoria, que reside en la actividad de motivar la decisión adoptada.

Ahora bien, podría decirse que el tercer punto citado es redundante respecto de los primeros dos, pues toda decisión judicial debe estar motivada –o justificada- material y procesalmente, para ser considerada como válida –o como “justa” si se prefiere (Castillo Córdova 2021). Sin embargo, es distinto exigir que la decisión esté justificada a que la decisión exprese las razones que la justifican. El deber de motivación se centra en el último supuesto, el cual implica también el primero.

Para Michele Taruffo (2006), en la tradición del *civil law*, el origen de esta exigencia –i.e., la motivación- conduce al siglo XVIII, específicamente a la segunda mitad del referido siglo. Esto, sin embargo, no supone que la exigencia o los estándares de motivación sean idénticos en todos los sistemas jurídicos de tradición del *civil law*, ni tampoco supone que en la totalidad de dichos sistemas se cumpla con motivar (y expresar la motivación de) las decisiones judiciales.

La pregunta que surge es ¿por qué motivar? Juan Antonio García Amado (2019) coloca tres casos para responder esta cuestión: (a) el caso del soldado, cuyos actos responden al mandato de su capitán y requieren obediencia incondicional por el carácter castrense de su actividad, por lo que la arbitrariedad quedaría totalmente fuera; (b) el caso del legislador, que –al menos en teoría- se debe a la sociedad, y se le presume –constitucionalmente- que actúa de ese modo, i.e., sin arbitrariedad; y, finalmente, (c) el juez. A diferencia de los otros dos casos, al juez no se le presume la ausencia de arbitrariedad, sino que se le exige acreditar esta condición

en el instrumento que contiene su decisión: ¿de qué modo? Con una debida motivación.

La figura del juez ha sido –y continúa siendo- objeto de amplia atención, así como de preocupación, a razón del poder que le es conferido. Tal preocupación se haría notar de manera explícita en 1748 por Montesquieu (1821) a través de su tratado acerca *Del espíritu de las leyes*, para quien el poder judicial podría ser instrumento bien para la garantía de la libertad, o bien para el atentado de esta. Dicha preocupación se agudizaba por el contexto en el que el filósofo francés desarrolló su obra, un contexto en el que la ley era un producto arbitrario del rey, y sólo del rey, y los jueces un instrumento de este. Para Montesquieu, un Estado en el que el poder se organizara de dicho modo no podría garantizar de modo alguno la libertad, por ello propuso un modelo de separación de poderes, en el que el juez dejaría de estar atado a la voluntad del monarca, para vincularse únicamente a la ley –que sería producto de un poder legislativo y no del exclusivo arbitrio del rey. En su propuesta, evidentemente prescriptiva –pues no buscaba explicar la realidad del Estado, sino transformarla-, Montesquieu (1821) consideró que “los jueces de la nación no son, [...] más que la boca que profiere las palabras de la ley; é inanimados entes, que no pueden moderar la fuerza, ni rigor de ella” (p. 251).

Este planteamiento de Montesquieu impactó en gran manera en el diseño político y legislativo establecido por Napoleón en su época y, en consecuencia, en el entendimiento de la figura del juez incluso en la mente de los juristas, quienes –durante y después del gobierno de Napoleón- verían reducido el derecho a la ley (Hernández Gil 1987). De este modo, no sólo los juicios, sino también la enseñanza misma del Derecho, se limitaba al texto de la ley. Ello, para Napoleón, con el fin de evitar la arbitrariedad de los monarcas y soberanos, pues tal situación precisamente era la que impulsó la revolución, y tendría que haber un modo de evitar volver al mismo estado. Se diseñó, entonces, a un juez que cumpliera su función de manera mecanicista en la que, una vez conocidos los hechos, se aplicara la norma correspondiente sin más “evitando de esta forma todo subjetivismo, eliminando de su juicio toda motivación sentimental y convirtiendo su actividad en un juego de gabinete” (De Cossio 1977, p. 57).

Por otro lado, esta concepción del juez como *boca de la ley* se gestaría no solamente como una prescripción que responde a la cuestión acerca de *cómo deben ser* los jueces, sino también como una cuestión ontológica. Así, en la crítica que Carl Schmitt (2018) haría a la propuesta kelseniana de un Tribunal como *guardián de la constitución*, el citado jurista y filósofo político objetaría que la defensa de la constitución no podría estar en manos de los jueces, pues estos se limitaban a aplicar las soluciones contenidas en la ley, y la constitución no tenía *soluciones claras*. Esto acercaba a Schmitt a una cuestionable concepción del juez como *autómata jurídico* que, como bien dejó en claro Hans Kelsen (2018), se trataba de una concepción insostenible.

Para el siglo XX se va dejando atrás aquella concepción positivista decimonónica del juez como *boca de la ley*, entendiendo que no es materialmente posible que un juez pueda actuar de manera mecánica o como autómata al realizar sus funciones. El conocimiento de los hechos supone un desafío para el juez, pues implica en primer lugar una reconstrucción de estos en base a lo aportado por las partes en el proceso, y de acuerdo con las reglas probatorias y de calificación correspondientes; y, en segundo lugar, una valoración de estos (Gascón Abellan 2010). Implica, en consecuencia, un juicio sobre una base de incertidumbre, pues el juez se aproxima a los hechos de modo indirecto, es decir, a través de las partes, pues el mismo no los presencié en el momento en el que se produjeron. Esta valoración es realizada por el juez considerando no sólo el bagaje jurídico que tiene, sino además las experiencias de este e incluso sus emociones, pues estos elementos forman parte de todo proceso mental (Kahneman 2021) y, por tanto, su presencia en el ejercicio de sus funciones no es extraña (Nieva Fenoll 2019).

Desafíos similares, pero no idénticos, son los que se encara frente al Derecho. Pues ni el Derecho –en su sentido objetivo- y ni los derechos –en su sentido subjetivo- tienen un contenido unívoco en todos los casos. Entender qué es el Derecho, qué disposiciones son válidas o no, cuál es el contenido de dichas disposiciones, y cuáles de estas son aplicables a determinado caso, son algunas de las cuestiones que el juez debe resolver en cada proceso judicial, y la respuesta a las mismas no siempre se presenta con claridad en la “ley”. La aplicación de la ley

requiere previamente de su interpretación, y esta, entendida como actividad (Guastini 2018), supone un proceso mental en el que no sólo se extraen los posibles enunciados normativos que una disposición escrita puede contener, sino que, además –siendo que por la textura abierta del lenguaje (Hart 2009), puede extraerse más de un solo significado- implica seleccionar uno de tales enunciados.

De este modo, en la actividad del juez frente al Derecho, como también frente a los hechos, aunque se pretenda reducir el grado de subjetividad, esta no puede eliminarse, pues en ambos casos se tratan de procesos mentales realizados en la mente de un sujeto –y no de una máquina o un *autómata*. De ahí que, siendo que las funciones del juez, exceden de una cuestión mecánica y se extienden a una faz creativa –incluso política (cfr. Kelsen, 1933; 1979; 1995; 2011a; 2011b; 2018)-, la motivación o justificación de sus decisiones es una cuestión cuya importancia no puede dejarse de lado.

4.1.3.3. Modelos de argumentación

Considerando que la expresión de la motivación de la decisión judicial es una exigencia plenamente relevante, la cuestión que surge es acerca de ¿qué elementos deben considerarse para evaluar dicha motivación?

Al respecto, se han propuesto diferentes teorías de la argumentación jurídica, de las cuales se presentan algunas de las principales a continuación.

A. La nueva retórica de Perelman

Chaim Perelman atraviesa distintas etapas en su pensamiento. Inicialmente influido por el positivismo lógico y la lógica formal, se centra en el estudio de la obra de Gottlob Frege (Atienza 2016). Así, luego de escribir su tesis en 1938 sobre Frege, el 1945 publicó el texto *De la justice*, publicada en español bajo el título “De la justicia” (Perelman 1964), bajo la óptica de Frege y tratando de formular una noción de justicia en un sentido formal.

Luego, a partir de los años 50, busca expandir la razón más allá de las ciencias deductivas y empíricas para abordar razonamientos en ciencias humanas, derecho y filosofía. Para este propósito, desarrolla una teoría general de la

argumentación, en la que no puede evitar citarse su obra titulada *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, escrita y publicada en coautoría junto con Olbrechts-Tyteca en 1958, la cual cuenta con una traducción al español bajo el título “Tratado de la Argumentación. La nueva retórica” (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1989). Esta obra se basa en la tradición de la antigua retórica, especialmente en Aristóteles.

La teoría que desarrolla, inicialmente descriptiva, introduce elementos prescriptivos y procedimentales, centrándose en la distinción entre razonamientos lógico-formales (analíticos) y razonamientos dialécticos o retóricos (argumentativos). En este último ámbito, la meta es persuadir al auditorio, destacando la importancia de la adhesión del público incluso por encima de la verdad evidente.

En ese sentido, se destaca la importancia del contexto y del contacto intelectual como fundamentos de la argumentación, cuya meta es obtener adhesión. Entre los elementos esenciales se considera el orador, el discurso y el auditorio. La noción central es el auditorio, definido como aquellos a quienes el orador busca influir. Perelman señala que la construcción del auditorio es crucial, ya que la efectividad de la argumentación depende de adaptarse a la audiencia. Es por ello por lo que distingue entre (1) los auditorios particulares, en los que se comparten convicciones, y (2) el auditorio universal, propio de la argumentación filosófica.

Para Perelman, la argumentación parte de premisas, acuerdos iniciales explícitos, divididos en acuerdos sobre lo real (hechos, verdades, presunciones) y lo preferible (valores, jerarquías, lugares comunes). La validez de los acuerdos sobre lo real se busca frente al auditorio universal, mientras que los acuerdos sobre lo preferible buscan validez en auditorios particulares.

A partir de este punto de vista, Perelman aborda las técnicas argumentativas dividiendo las formas de argumento en dos tipos: para la asociación y para la disociación. En el primer caso, el argumento es reconducido a una unidad de distintos elementos. En el segundo, por el contrario, la unidad se descompone en elementos separados.

Su enfoque destaca la interacción entre argumentos, considerando la argumentación como un tejido donde la convergencia es crucial –concepto clave en la teoría de Perelman (cfr. Alexy 2016). En ese sentido, se resalta que distintos tipos de convergencia, como el refuerzo por adición y el refuerzo por regresión, influyen en la elección, amplitud y orden de la argumentación. Perelman destaca la importancia de la “fuerza de los argumentos” como una noción clave, aunque confusa. La fuerza varía según el auditorio y el objetivo de la argumentación, pero la adaptación al auditorio es un principio fundamental. La distinción entre eficacia y validez de los argumentos, relacionada con la adhesión fáctica y racional, no queda completamente clara en su planteamiento.

Como se ha presentado, esta teoría valora la argumentación según la aceptación del auditorio persuadido. En ese sentido, la racionalidad y objetividad de un argumento es determinada por la adhesión del auditorio universal a dicho argumento. Por ello, en un sentido contrario, se tendría que decir que el argumento no es racional ni objetivo en caso de que el auditorio universal no se adhiera a este.

El problema es que Perelman presenta dos concepciones contradictorias del auditorio universal. Por un lado, vincula al auditorio a las ideas de individuos y culturas particulares, limitando su papel normativo. Por otro lado, lo define como el conjunto de todos los seres racionales, i.e., la “humanidad ilustrada”. Alexy (2016) sugiere que quien se dirige al auditorio universal se dirige a todos los seres argumentativos, y la contradicción se debe a la influencia de concepciones anteriores en la idea que tiene Perelman sobre “hombres”.

La referencia al auditorio universal en la teoría de Perelman establece cuatro criterios de validez para la argumentación, que se consideran como reglas fundamentales:

- (1) Sinceridad y seriedad; que excluye las propuestas que el propio sujeto no acepte para sí mismo, pues dirigirse al auditorio implica también dirigirse hacia sí mismo.
- (2) Imparcialidad; que exige considerar no sólo argumentos, sino también contraargumentos, permitiendo así también que otros hablantes introduzcan argumentos en la discusión.

- (3) Posibilidad de generalización de las reglas; que establece como estándar que las tesis propuestas puedan ser aceptadas por cualquier persona.
- (4) Inercia; que impide aceptar que una idea o planteamiento sea rechazada sin motivos suficientes.

Estos criterios, aunque relativamente débiles, han influido en teorías posteriores de la argumentación (cfr. Alexy 2016; Aarnio 2016).

B. El modelo dialéctico de Toulmin

Stephen Toulmin es otro de los teóricos clave de la argumentación. En 1958 publicó su principal obra, titulada *The Uses of Argument*, la cual cuenta con una traducción en español como “Los usos de la argumentación” (Toulmin 2019). En esta obra, Toulmin formula críticas al paradigma lógico formal que servía para analizar y evaluar argumentos, sentando así las bases que permitirían desarrollar nuevos modelos de argumentación. Esta nueva perspectiva, que abandona el esquema del silogismo y el formalismo abstracto, se centró en una argumentación ordinaria en un contexto práctico –real- que recibió la –aunque impreciso- denominación de “lógica informal”.

Toulmin concibe la actividad de razonar como una forma de comportamiento humano. Según él, el lenguaje cumple una variedad de propósitos, y le interesa diferenciar entre su uso instrumental y su uso argumentativo. En el primer caso, el lenguaje se emplea para lograr un propósito de manera directa, sin la necesidad de proporcionar razones adicionales (v.gr., al dar una orden).

En contraste, en los usos argumentativos del lenguaje, la efectividad de las declaraciones lingüísticas depende de su respaldo en razones, pruebas o argumentos (la jurisprudencia se destaca como un ejemplo paradigmático de este uso, según Toulmin). Aunque los argumentos varían en función de las distintas situaciones, todos comparten una estructura y elementos comunes, que Toulmin describe haciendo referencia a dos modelos: el modelo simple y el modelo general.

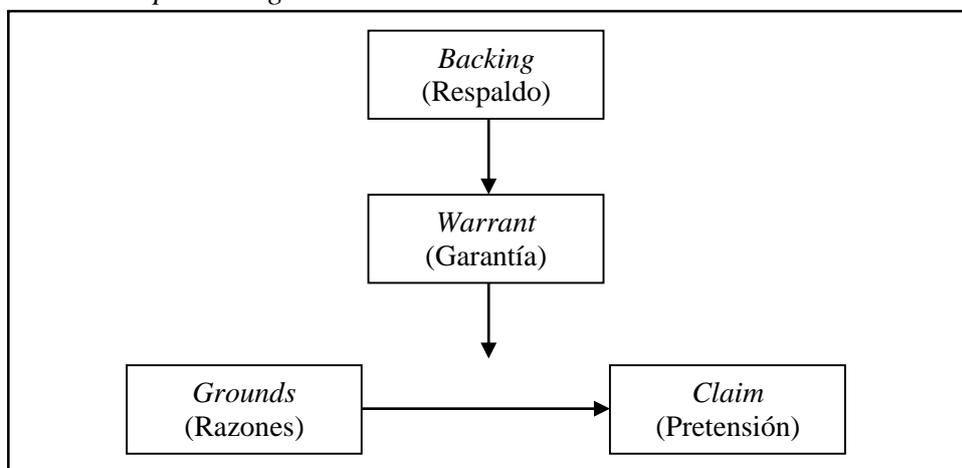
En el modelo simple se identifican cuatro elementos esenciales: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.

- (1) La pretensión (*Claim*) representa el punto de partida y el objetivo del razonamiento argumentativo. Así, el proponente plantea un problema al oponente, quien puede cuestionar la pretensión. En ese sentido, se requiere que el proponente ofrezca razones relevantes y suficientes para sostener dicha pretensión.
- (2) Las razones (*Grounds*) son hechos específicos del caso y varían según el tipo de argumentación, como los hechos que constituyen el supuesto de hecho en la argumentación jurídica. Sin embargo, para el paso de las razones a la pretensión debe mediar una garantía, pues de un hecho no puede seguirse sin más un deber.
- (3) La garantía (*Warrant*) es una regla general (norma o principio jurídico, máxima de la experiencia, entre otros) que precisamente autoriza el paso de razones a una pretensión. Empero, la validez y relevancia de la garantía a veces deben ser demostradas, especialmente si hay varias formas posibles de conectar razones con una pretensión.
- (4) El respaldo (*Backing*) proporciona información general presupuesta en la garantía. Aunque ambas dependen del tipo de argumento, mientras la garantía es hipotética y muestra cómo argumentar desde esos hechos, el respaldo es categórico y se hace explícito al ponerse en cuestión la garantía.

En el siguiente gráfico se presenta el modelo simple de Tolmin. Sin embargo, es pertinente señalar que para el autor citado un argumento puede formar parte de una cadena, donde la pretensión de uno puede servir como razón para otro, y así sucesivamente, manteniendo la coherencia del modelo propuesto.

Figura 2

Modelo simple de argumentación de Toulmin.



Nota. Tomado de Toulmin (2019).

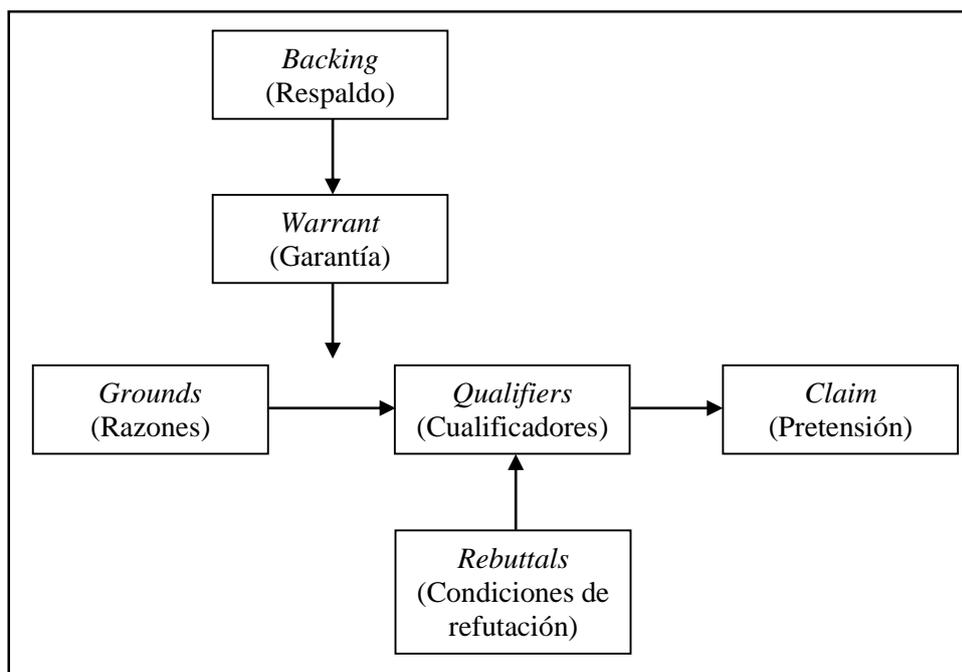
En todo, además de los elementos antes referidos, Toulmin considera otros dos, formando así un modelo general de argumentación: el cualificador modal, y la condición de refutación. La diferencia entre ambos modelos es que, mientras el modelo simple permite evaluar la validez o corrección de un argumento, el modelo general se enfoca en la fuerza del argumento.

- (5) El cualificador modal (*Qualifiers*) indica el grado de certeza con el que se afirma la pretensión, variando según los contextos. En áreas como las matemáticas, se utiliza un cualificador modal necesario, mientras que en el ámbito práctico se emplean cualificadores modales que se refieren a la probabilidad, ya que, en este caso, el paso de las razones a la pretensión no es esencial. En ese sentido, el razonamiento podrá considerarse como plausible, presumible, cierto “según parece”, entre otras expresiones que lo califiquen.
- (6) Las condiciones de refutación (*Rebuttals*) permiten considerar circunstancias que invalidan la transición de las razones a la pretensión. En ese sentido, las razones pueden sostener la pretensión sólo en ciertas condiciones, por lo que se hace necesario evaluar la existencia de circunstancias que puedan ser excepcionales o extraordinarias y que socaven la fuerza de los argumentos.

Considerando estos dos elementos, el modelo general puede ser ilustrado como sigue en el siguiente gráfico:

Figura 3

Modelo general de argumentación de Toulmin.



Nota. Tomado de Toulmin (2019).

Los modelos de argumentación propuestos por Toulmin resultan valiosos para comprender la estructura de la argumentación, especialmente en el ámbito jurídico, dado que los argumentos están interconectados en una cadena, y las pretensiones de unos pueden convertirse en apoyo para otros.

C. La justificación bajo el discurso práctico de Alexy

La *teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy (2016) se caracteriza por tener un enfoque prescriptivo, y refleja en buena cuenta la influencia de Jürgen Habermas, pero también la de Perelman y Toulmin. La tesis central en la teoría de la argumentación de Alexy es la tesis del caso especial, que considera que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general –que involucra, en ese sentido, al Derecho, pero también a la moral y a otras disciplinas prácticas.

En este contexto, se distingue entre el discurso teórico, donde se problematiza la pretensión de verdad, y el discurso práctico, donde se problematiza la pretensión de corrección en enunciados normativos. En el discurso teórico, el hablante debe proporcionar razones para fundamentar la verdad de sus afirmaciones, mientras que, en el discurso práctico, el hablante debe ofrecer razones para fundamentar la corrección de los enunciados normativos que afirma. Para Alexy, la argumentación práctica implica un discurso en el cual la racionalidad está sujeta a reglas de fundamentación, formuladas como reglas de discusión racional. Aunque el cumplimiento de estas reglas no garantiza certeza absoluta o corrección, caracteriza el resultado como racional. En ese sentido, para el autor citado, un enunciado práctico o normativo es correcto, verdadero, o por lo menos racional, si y sólo si es el resultado de un procedimiento determinado (Alexy 2016b). Es por ello que Atienza (2016) ha calificado esta teoría de la argumentación como una “teoría procedimental”.

La obra de Alexy ya fue abordada en secciones previas de la presente investigación, por lo que en lo seguido se hará referencia especialmente a las reglas propuestas por Alexy respecto de la argumentación práctica general y, en consecuencia, de la argumentación jurídica.

En cuanto a las reglas de la argumentación práctica general, i.e. para la evaluación de la corrección de un enunciado práctico o normativo, Alexy las justifica a través de cuatro tipos de fundamentaciones: técnicas (basadas en relaciones medio-fin), empíricas (relacionadas con convicciones normativas existentes), definitorias (la presentación de las reglas las define y justifica) y pragmático-universal. Aunque todas son importantes, Alexy destaca la última, argumentando que la validez de ciertas reglas es constitutiva para algunos actos de habla y su abandono implicaría renunciar a formas específicamente humanas de comportamiento. Sin embargo, sostiene que es esencial combinar todas estas vías, y la forma de combinación depende de los participantes en el discurso.

A su vez, Alexy distingue entre cinco tipos de reglas del discurso práctico:

- (1) Reglas fundamentales, que hacen posible toda comunicación lingüística en términos de corrección o verdad. En este tipo de reglas identifica cuatro principios:
 - a. Contradicción, según el cual los hablantes no pueden contradecirse a sí mismos.
 - b. Sinceridad, según el cual sólo se puede afirmar aquello en lo que se cree.
 - c. Universalidad, según el cual las afirmaciones deben ser universalizables, i.e., con disposición a ser aplicados a situaciones idénticas o análogas.
 - d. Uso común del lenguaje, según el cual los hablantes no deben usar una misma expresión con significados distintos.
- (2) Reglas de razón, que definen las condiciones necesarias para la racionalidad del discurso. Sobre este tipo de reglas Alexy identifica una regla general, y tres sub-reglas:
 - a. La regla general, o de fundamentación, exige que toda afirmación sea fundamentada, o que se tengan razones para el rechazo de una fundamentación.
 - b. Según la sub-regla de la igualdad se admite a cualquier hablante al discurso.
 - c. Según la sub-regla de la universalidad se establece la libertad de discusión, posibilitando la problematización, introducción, o libre expresión, de cualquier tesis en el discurso.
 - d. Según la sub-regla de la no coerción se protege el discurso, rechazando que se impida a cualquier hablante ejercer sus derechos establecidos en las reglas antes mencionadas, sea por coacción de tipo interno o externo al discurso.
- (3) Reglas sobre la carga de la argumentación, que establecen el uso correcto y racional de las reglas de la razón. En este tipo se identifican cuatro reglas:
 - a. El trato desigual debe justificarse.

- b. La ampliación del objeto de discusión debe justificarse.
 - c. Introducir más argumentos para el mismo objeto sólo se justifica frente a contraargumentos –siendo innecesario alargar el discurso ante la carencia de estos últimos.
 - d. La libre expresión de opinión, deseo o necesidad sobre el objeto tiene que fundamentarse si se lo pide.
- (4) Reglas de fundamentación, que rigen sobre las formas y modos de fundamentar enunciados prácticos o normativos. Las reglas de este tipo pueden agruparse en tres grupos:
- a. Reglas de generalizabilidad, que consideran el intercambio de roles, el consenso, y la publicidad.
 - b. Reglas de compatibilidad, que establecen que las reglas morales deben pasar ciertas pruebas. La primera se basa en la génesis histórico-crítica, que se enfoca en evaluar si la regla estuvo o no justificada en su momento, y si actualmente subsisten razones que la justifiquen. La segunda se basa en la génesis hisótiroc-individual, que se enfoca en evaluar si la regla se estableció a partir de condiciones de socialización justificables.
 - c. Reglas de realizabilidad, que establecen que las reglas deben poderse realizar en atención a la realidad.
- (5) Reglas de transición, que se enfocan en el paso a otras formas del discurso y posibilitan al hablante a, frente a problemas irresolubles, pasar a un discurso teórico, de análisis del lenguaje, o de teoría del discurso.

Ahora bien, Alexy sostiene que seguir las reglas del discurso práctico general no garantiza la única respuesta correcta, pero asegura que el consenso alcanzado en la discusión es racional. Sin embargo, aún con este propósito, estas reglas presentan limitaciones, ya que no garantizan acuerdos para todas las cuestiones planteadas y la falta de certeza debido a su cumplimiento aproximado y la variabilidad de las convicciones normativas.

Estas limitaciones justifican la necesidad de establecer un sistema jurídico coactivo para resolver cuestiones prácticas. Los niveles de discusión jurídica, incluyendo el ámbito judicial, se suman al discurso práctico general.

Como se dijo anteriormente, Alexy defiende que el discurso jurídico es un caso especial que se limita y se vincula al Derecho vigente, y busca la racionalidad no en la afirmación jurídica como tal, sino en su fundamento.

Aunque el discurso jurídico no siempre ofrece una respuesta única y correcta, el proceso judicial garantiza una respuesta final y vinculante entre las posibles discursivamente. Alexy defiende la tesis de la integración, argumentando que los niveles de discurso jurídico y práctico deben combinarse en todos los niveles.

Ahora bien, respecto de las decisiones judiciales, Alexy distingue entre una justificación interna y una externa, cada una guiada por reglas y formas particulares del discurso jurídico.

La justificación interna se puede desarrollar bajo dos formas, una simple y una general. En ambos casos el razonamiento sigue un esquema silogístico. En todo, en la forma simple operan las siguientes reglas de fundamentación de la decisión judicial: (1) en esta debe aducirse al menos una norma universal, y (2) dicha decisión debe deducirse de una norma universal, además de otras proposiciones.

En cuanto a la forma más general de justificación interna, esta añade distintos otros pasos de desarrollo que rigen la aplicación del supuesto de hecho de la norma invocada. En ese sentido, se pretende la satisfacción de otras tres reglas: (3) la existencia de duda sobre la aplicabilidad del supuesto de hecho al caso requiere, en ese sentido (4) deben adicionarse pasos de desarrollo para la formulación de expresiones que despejen la posibilidad de discusión de su aplicación al caso, por lo que (5) deben articularse la mayor cantidad de pasos de desarrollo.

Por otro lado, la justificación externa se centra en respaldar las premisas utilizadas en el razonamiento jurídico. Estas premisas pueden ser de tres tipos: reglas de Derecho positivo (cuya validez se justifica según los criterios del sistema legal), enunciados empíricos (respaldados por métodos científicos y reglas

procesales de carga de la prueba), y un tercer tipo de enunciados (principalmente reformulaciones de normas) que requieren fundamentación a través de la argumentación jurídica, específicamente mediante las formas y reglas de la justificación externa.

Alexy identifica seis grupos de reglas y formas de justificación externa, abarcando:

- (1) Reglas sobre la interpretación,
- (2) Reglas sobre la argumentación dogmática, basadas en tres criterios: Los enunciados dogmáticos (a) deben superar una comprobación sistemática, (b) si estos son puestos en duda, deben fundamentarse mediante un argumento práctico general, y (c) si tales argumentos dogmáticos son posibles, entonces deben utilizarse.
- (3) Reglas sobre el uso de precedentes. Para Alexy existe una justificación discursiva para el empleo de precedentes, pero no considera que su observancia sea absoluta, puesto que contravendría las reglas del discurso. De ahí que considere dos reglas al efecto, en ese sentido, (a) si es posible aplicar un precedente en una decisión, debe hacerse, y (c) cuando se busque apartar de alguno, se tiene la carga de argumentar las razones para ello.
- (4) Reglas sobre la argumentación práctica general, la cual constituye el principal fundamento de la argumentación jurídica, bajo la tesis del caso especial, y ha sido explicada en los párrafos anteriores.
- (5) Reglas sobre la argumentación empírica, que Alexy no desarrolla en detalle, señalando únicamente que en este contexto se aplica la regla, que permite el paso en todo momento de la argumentación a un discurso empírico, i.e. meramente descriptivo.
- (6) Reglas sobre las formas de argumentos jurídicos especiales, tales como la analogía, argumentos *a contrario*, *a fortiori*, entre otros; que exigen que dichas formas deben ser saturadas, haciendo explícita la totalidad de sus premisas y elementos.

Aunque puedan surgir interrogantes sobre la tesis del caso especial y la universalidad de la pretensión de corrección, la teoría de Alexy ofrece criterios puntuales para la justificación externa de la decisión judicial. A más ahondamiento, puede verse lo desarrollado sobre su teoría en el apartado sobre el *principialismo idealista de Alexy*.

D. La justificación de doble nivel en MacCormick

Neil MacCormick, uno de los herederos de Hart, también desarrolla su propuesta teórica de la argumentación jurídica. En su obra *Legal Reasoning in Legal Theory*, traducida al español con el título “Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho” (MacCormick 2018), MacCormick busca desarrollar una teoría integral de la argumentación jurídica que sea tanto descriptiva como normativa, compartiendo influencias de Hart y la tradición del *common law*. Destaca la importancia de la lógica formal y utiliza ejemplos de la jurisprudencia británica para enriquecer la presentación de argumentos.

MacCormick sostiene que las decisiones prácticas y la argumentación jurídica se fundamentan no solo en la racionalidad, sino también en la afectividad. Argumenta que la justicia conforme al Derecho requiere no solo la razón, sino también virtudes como buen juicio, sentido de la justicia y compasión.

En casos fáciles, las justificaciones judiciales pueden ser deductivas, basándose en el deber del juez de aplicar reglas válidas del Derecho. Sin embargo, en casos difíciles, donde la lógica formal es insuficiente, MacCormick distingue entre la justificación deductiva de primer nivel y la justificación de segundo nivel, que no sigue un razonamiento deductivo y aborda dificultades en la determinación de premisas normativas y fácticas.

En cuanto a la justificación de primer nivel, esta coincide con la justificación deductiva y la justificación interna de Alexy (2016). Sin embargo, en casos difíciles, introduce la exigencia adicional de “justicia formal”, que implica que una decisión normativa debe basarse al menos en una premisa que exprese una norma general o un principio. MacCormick destaca dos características de esta exigencia: la necesidad de recurrir a enunciados normativos generales en lugar de razones

concretas, y su proyección tanto hacia el pasado (decidir con criterios previos) como hacia el futuro (compromiso de tratar casos similares de manera igual). A esto, cabe añadir que es importante destacar que MacCormick distingue entre universalidad y generalidad, argumentando que una norma puede ser específica, pero aun así universal si se aplica de manera consistente en casos similares.

En cuanto a la justificación de segundo nivel en la teoría de MacCormick, equivalente a la justificación externa de Alexy (2016), se centra en fundamentar la construcción o elección de las premisas normativas y fácticas en una decisión judicial. Este tipo de justificación busca que la decisión tenga sentido tanto en relación con el sistema jurídico (asegurando consistencia y coherencia) como en relación con el mundo real, incluyendo argumentos consecuencialistas. La consistencia implica basar las decisiones en premisas normativas que no entren en contradicción con normas válidamente establecidas, expresando así la obligación de obediencia –y específicamente de la no transgresión- al Derecho por parte de los jueces (De Asís Roig 1995). La coherencia, dividida en normativa y narrativa, exige que las normas se ordenen en torno a valores inteligibles y mutuamente compatibles. La coherencia narrativa se refiere a cuestiones de hecho y se relaciona con la congruencia. Además, la decisión debe tener sentido en relación con el mundo, incorporando argumentos consecuencialistas que evalúen las consecuencias de la norma en la que se basa la decisión en función del sistema de valores de cada rama del derecho y contexto social.

En tal sentido, la obra de MacCormick destaca la importancia de una visión sistemática del Derecho y el compromiso de los jueces con los valores del ordenamiento jurídico.

E. La aceptabilidad racional de Aarnio

La teoría de Aulis Aarnio es centralmente expuesta en su libro *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* publicado en 1987, que cuenta con una traducción en español bajo el título “Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica” (Aarnio 2016), y que presenta similitudes con las teorías de Perelman y Alexy, así como influencias de Habermas y Wittgenstein.

Un elemento fundamental en su propuesta prescriptiva es la noción de “aceptabilidad”, que se vincula con la certeza jurídica y la legitimidad. Aarnio sostiene que la aceptabilidad implica que las razones detrás de las decisiones jurídicas sean públicamente controlables desde la perspectiva de la corrección ciudadana, evitando así la arbitrariedad. A diferencia de otros autores, Aarnio destaca el papel del razonamiento desarrollado por la dogmática jurídica en su labor interpretativa, aunque reconoce similitudes importantes con la interpretación realizada por los jueces al aplicar el Derecho a casos concretos.

La teoría de Aarnio distingue entre casos rutinarios y casos difíciles, destacando que la solución de estos últimos requiere optar por la respuesta mejor justificada, es decir, la más racional. Aarnio introduce dos sentidos interconectados de lo racional: la racionalidad jurídica en sentido estricto (Racionalidad L), que se alinea con la justificación interna y es de índole lógica, y la Racionalidad D, que surge al considerar la argumentación jurídica como un proceso discursivo con reglas (cfr. Alexy 2016), conectándose con la idea de razonabilidad. Aarnio va más allá al abordar la aceptabilidad de la decisión y sus consecuencias, vinculándose con la idea de razonabilidad entendida como aceptabilidad racional (i.e., razonabilidad en sentido estricto), desarrollando así una teoría procedimental y sustancial de la argumentación (De Asís Roig 1995).

Con relación a su propuesta de teoría procedimental, esta tiene el propósito de sentar las bases para que evaluar la aceptabilidad de los enunciados –aunque no para el aseguramiento que la decisión en concreto lo sea. Esta perspectiva, procedimental, se compone por 6 tipos de reglas:

- (1) Reglas de consistencia, que exigen ausencia de contradicciones, el respecto del principio lógico del tercero excluido, y la regla de la transitividad entre razonamientos (la conclusión de un razonamiento puede emplearse como premisa de otro razonamiento).
- (2) Reglas de eficiencia, enmarcadas en la exigencia de obtener conclusiones. De este tipo de reglas se sigue el principio de significados similares, según el cual los hablantes deben utilizar un mismo lenguaje: empleando sus expresiones bajo un mismo sentido, salvo justificación.

- (3) Reglas de sinceridad, según las cuales se reconocen dos dimensiones de apertura: La apertura subjetiva, que permite a cualquier hablante la posibilidad de ser parte de la discusión; y la apertura material, que impide la exclusión de temas en la discusión. A estas dos dimensiones se añade como regla la propia imparcialidad, que exige considerar no sólo argumentos a favor, sino también aquellos que están en contra –de nuestras.
- (4) Reglas de generalización, o de universalidad, que implica que los argumentos que conduce a la decisión judicial sean generalizados o universales, i.e., aplicados a casos similares.,
- (5) Reglas de apoyo, a partir de las cuales se distingue entre la regla de la necesidad de justificación, y la regla de la coherencia. Para la primera, toda proposición del razonamiento jurídico debe justificarte. Para la segunda, los enunciados del razonamiento deben ser relevantes y tener el apoyo de materiales y/o fuentes jurídicas.
- (6) Reglas de la carga de la prueba, pudiendo ser de tipo procedimental – vinculadas a la obligación de presentación de pruebas para la justificación- o de tipo material –enfocadas a la obligación de presentar pruebas como acto de justificación.

La teoría sustancial de la aceptabilidad racional propuesta por Aarnio se adentra en conceptos filosóficos, basándose en ideas de Wittgenstein (con las “formas de vida”), Habermas (con el “mundo vital”) y Perelman (con el “auditorio”). Aarnio destaca la importancia del concepto de audiencia en su teoría, distinguiendo entre audiencias concretas e ideales, y particulares y universales.

Aarnio identifica distintos tipos de audiencia, como la concreta-universal (compuesta por todos los individuos del mundo en un momento dado), la concreta-particular (individualizada e individualizable), la ideal-universal (formada por todos los individuos racionales) y la ideal-particular (compuesta por miembros que se auto obligan a seguir reglas del discurso racional y comparten valores comunes).

La audiencia ideal particular, que se asemeja a la comunidad jurídica, es considerada relevante por Aarnio en relación con la aceptabilidad. Este enfoque se

basa en la idea de que los operadores jurídicos participan en una forma de vida compartida y se rigen por reglas, algunas jurídicas y otras relacionadas con la racionalidad. A partir de esta perspectiva, propone un principio regulativo que busca maximizar la aceptabilidad:

“R: La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones que jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente” (Aarnio 2016, 340).

En ese sentido, la teoría de la argumentación de Aarnio se presenta como una teoría “mixta”, al combinar aspectos procedimentales y sustantivos, exigiendo que las decisiones jurídicas sean las más aceptables para la comunidad, teniendo en cuenta la racionalidad interna y procedimental.

4.1.3.4. Tipos de motivación

Tal como se ha presentado en los apartados previos, la motivación de una decisión no puede reducirse a una cuestión lógica –aunque el razonamiento lógico sea parte del razonamiento judicial. Esto, debido a que aplicar una norma a un caso no se recude al sólo ejercicio de subsunción lógica –lo que ya dejaba en claro Karl Larenz (1975) en su momento- no sólo por la determinación de la cuestión fáctica, sino también –y, sobre todo- por la determinación del sentido y alcance de la norma previa a su aplicación al caso.

Sobre esto último, distintos problemas han sido identificados. Esto por (1) los casos de antinomias (Kelsen 1982), y (2) lagunas normativas (Alchourrón y Bulygin 2012); pero también por (3) las propias características del lenguaje jurídico (Hart 2009), y la por (4) la posibilidad de tomar una decisión inclusive contra lo expresamente indicado por la norma para un caso especial (Alexy 2016). Es así que se destaca la relevancia de la distinción entre justificación interna y justificación externa, cuya introducción se reconoce a Wróblewski (1971) –aunque en esencia se refieran a una noción epiquerema de larga trayectoria (Atienza 2017).

Es así que se destaca la relevancia de la distinción entre justificación interna y justificación externa, cuya introducción se reconoce a Wróblewski (1971) –

aunque en esencia se refieran a una noción epiquerema de larga trayectoria (Atienza 2017).

Según Wróblewski, una decisión cumple con una justificación interna si las inferencias de las premisas establecidas en la decisión judicial son válidas. En ese sentido, se trata de una justificación formal.

De otro lado, se dirá que una decisión cumple con una justificación externa si la solides de dichas premisas se acredita. A este último tipo se añaden dos factores adicionales de los que depende: la justificación de la correspondiente decisión interpretativa y de la decisión basada en las pruebas. Es por ello que la justificación externa es especialmente requerida en las decisiones judiciales paradigmáticas, a razón de los estándares impuestos en estas.

Esta propuesta de clasificación, de Wróblewski, sería ampliamente extendida no sólo en las teorías de la argumentación, como puede verse en el apartado anterior, sino también en la práctica de las Altas Cortes.

Así, por ejemplo, en el caso peruano se observa la referencia a criterios que pueden encuadrarse entre los modelos de justificación interna y externa tanto en la jurisdicción ordinaria –Cortes del Poder Judicial- como en la jurisdicción constitucional –Tribunal Constitucional. En todo, se observa que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación suficiente ha sido desarrollado en función a los vicios de motivación.

En el caso de la jurisprudencia de las Salas Supremas Civiles de la Corte Suprema de la República, se observan los siguientes modelos.

A. Modelos de las Salas Supremas Civiles

En cuanto a los esquemas de vicios de motivación empleados por las Salas Supremas Civiles, se observan hasta tres modelos.

A partir de la Casación 86-01-Santa-Chimbote, la Sala Civil Transitoria adoptó un esquema de vicios identificando dos categorías de estos: la falta de motivación y la motivación defectuosa. La recepción de estas dos categorías de vicios de motivación proviene, según se indica en la propia sentencia, de un texto de Olsen Ghirardi (1997). En dicho texto, editado en el marco de los programas de

la Academia de la Magistratura, las referencias a teoría de la argumentación son sobre todo con relación a Viehweg y Perelman, y en menor medida a otros teóricos tales como Meyer, Alexy o procesalistas como Calamandrei.

Según Ghirardi (1997), el control de motivación de las decisiones judiciales gira en torno a dos objetos: la logicidad y los errores *in cogitando* –o en el juzgamiento. Dicho autor considera dos tipos de vicios en la motivación de las decisiones judiciales: la falta de motivación y la motivación defectuosa, en la que distingue a la motivación (a) aparente, (b) insuficiente, y (c) defectuosa en sentido estricto.

Este modelo –como ya se dijo- fue asimilado por las Salas Civiles Supremas Permanente (cfr. Casación 4556-2015-Cusco, 2016) y Transitoria (cfr. Casación 86-01-Santa-Chimbote, 2001; Casación 4194-2008-Lima, 2009; Casación 4890-2013-Lima, 2014), las cuales se encargaron de adecuar su aplicación a la práctica jurídica peruana, definiendo cada supuesto y pretendiendo delimitarlo. Así, este primer modelo es el siguiente:

- (1) La falta de motivación, que consiste en (i) la falta de exposición del razonamiento que determina la decisión judicial sobre la controversia, así como en (ii) la falta de ponderación de los elementos que forman parte del proceso de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
- (2) La motivación defectuosa, en la que se distingue:
 - a. La motivación aparente, la cual se produce cuando la decisión judicial tiene como base pruebas no actuadas o hechos que no sucedieron.
 - b. La motivación insuficiente, la cual se da al vulnerarse el principio de razón suficiente.
 - c. La motivación defectuosa en sentido estricto, que se presenta cuando el razonamiento judicial trasgrede los principios lógicos y máximas de la experiencia, como en los casos de motivación incongruente.

Este esquema puede verse también bajo el siguiente organizador visual:

Figura 4

Modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia.



Nota. Elaboración propia.

Empero, en ciertas sentencias, la Sala Civil Permanente (Casación 4636-2013-Lima; 2014; Casación 2162-2015-San Martín, 2016) sólo reconoció los supuestos de la motivación defectuosa, y no propiamente la falta de motivación. En ese sentido, podría hablarse de un segundo modelo.

Finalmente, en los últimos casos la Sala Civil Permanente (Casación 2114-2015-Arequipa, 2015) ha adoptado el modelo estándar de vicios de motivación del Tribunal Constitucional, el cual será presentado en apartado posterior.

B. Modelos de las Salas Supremas Penales

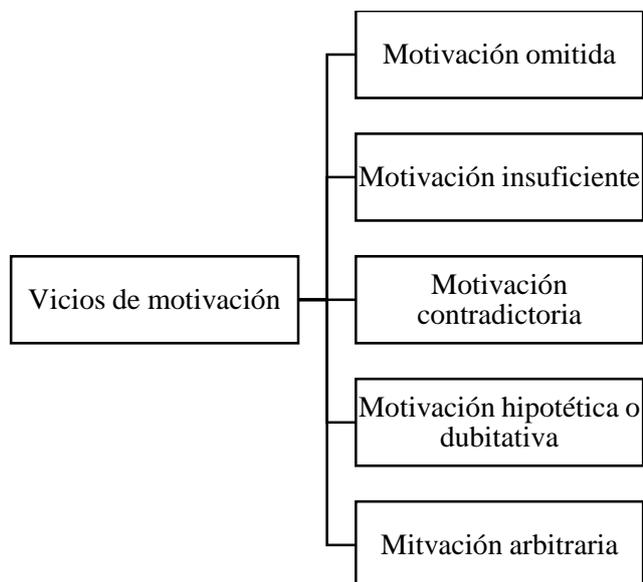
En cuanto a los esquemas de vicios de motivación empleados por las Sala Suprema Penal Permanente (Casación 343-2018-Madre de Dios, 2018), se observa un modelo diferenciado. Así, en el esquema que esta Sala Suprema ha seguido se identifica cinco vicios de motivación de manera indicativa:

- (1) Motivación omitida, en la que existe una carencia plena de razonamiento en la sentencia.
- (2) Motivación insuficiente, en la que las razones de la decisión han sido parcialmente expresadas.
- (3) Motivación contradictoria, en la que las razones expresadas no son compatibles o conciliables entre sí.
- (4) Motivación hipotética o dubitativa, en la que se establecen hechos cuyo acontecimiento no ha sido comprobado, o sobre razones que generan incertidumbre sobre la exactitud de los enunciados.
- (5) Motivación arbitraria, en la que la inferencia probatoria no cumple los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o de la ciencia.

En forma de organizador visual, el esquema puede verse de la siguiente manera:

Figura 5

Modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia.



Nota. Elaboración propia.

En todo, como puede percibirse, aunque es una presentación distinta, no se da lugar a algún tipo de vicio “nuevo” en el sentido estricto de la palabra.

C. Modelos de las Salas Supremas Constitucionales y Sociales

En el caso de las Salas Supremas Constitucionales y Sociales no se ha observado un modelo o esquema definido de vicios de motivación. En la mayoría de casos se hace un cuestionamiento general –a defectos de motivación interna o externa- y en otros se cita el esquema estándar del Tribunal Constitucional.

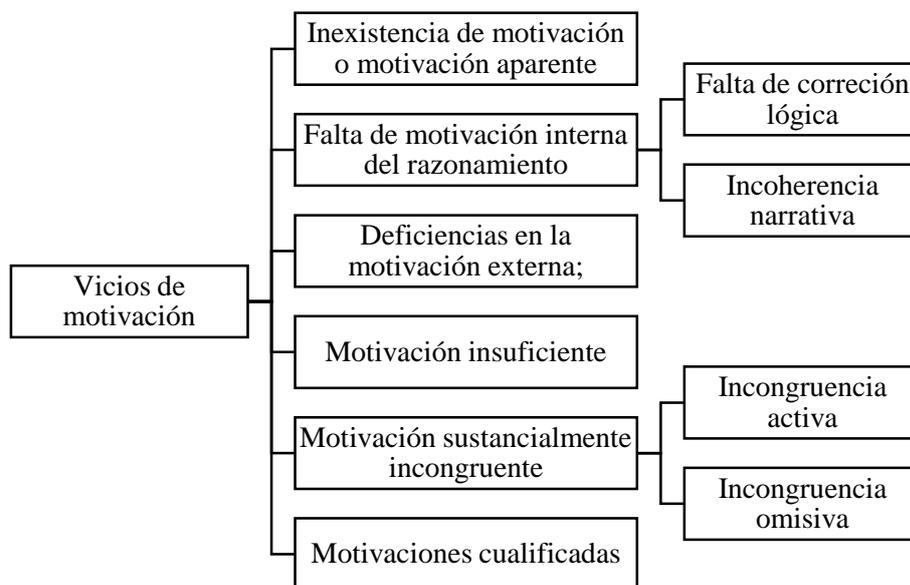
En ese sentido, siendo que este último esquema se desarrolla en el siguiente apartado, corresponde remitirse a lo indicado.

D. Modelos del Tribunal Constitucional

Aunque existan distintos pronunciamientos sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es a partir de la resolución de improcedencia recaída en el caso Juan de Dios Valle Molina (Exp. 3943-2006-PA/TC, 2006) y luego en la sentencia recaída en el caso Giuliana Llamuja Hilares (Exp. 00728-2008-PHC/TC, 2008) que establece un primer esquema –que para propósitos de la presente investigación se denominará como “estándar”- sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación.

Figura 6

Modelo estándar de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



Nota. Elaboración propia a partir de la sentencia del caso Giuliana Llamuja Hilares (Exp. 00728-2008-PHC/TC, 2008).

Los supuestos identificados son definidos por el Tribunal sobre todo en el caso Llamuja.

- (1) Inexistencia de motivación o motivación aparente. En realidad, se tratan de dos tipos de vicios, el primero en el que la expresión de las razones mínimas que sirven de sustento a la decisión está ausente. En el segundo, por otro lado, se distinguen algunos supuestos, así, pese a que la decisión exprese ciertas razones, estas (a) no responden a lo alegado por las partes en el caso, bien (b) sólo buscan cumplir formalmente las exigencias de motivación, pero bajo frases que no tienen sustento fáctico o jurídico. Este último supuesto puede confundirse con las deficiencias de motivación externa. En una sentencia posterior (Exp. 01939-2011-PA/TC, 2011), que también reconoce este esquema de vicios, el Tribunal añadió que la motivación aparente también se produce en casos en los que las premisas judiciales son impertinentes, falsas, simuladas o inapropiadas para la adopción de la decisión, lo que no despeja la posibilidad de confusión antes advertida.

- (2) Falta de motivación interna del razonamiento. Bajo este tipo de vicios, el Tribunal reconoce dos supuestos: (a) falta de corrección lógica, que devienen en la invalidez de las inferencias lógicas en el razonamiento judicial, y (b) la incoherencia narrativa, que se da cuando la decisión judicial se sigue de un discurso “absolutamente confuso” que no es capaz de transmitir las razones que la sustentan de manera coherente. En este último caso, aunque existan razones para la decisión, estas no permiten entender cuál fue el razonamiento, o incluso identificar con claridad dichas razones, en ese sentido, impiden una revisión y control de la motivación.
- (3) Deficiencias en la motivación externa. Este tipo de vicios se produce por deficiencias en la justificación de las premisas fácticas --v.gr. vinculadas a pruebas- o jurídicas --v.gr. vinculadas a la interpretación del Derecho. En ese sentido, se cuestiona el análisis, corroboración, o argumentación de la validez de dichas premisas, hecho por el juez. De este modo, mientras en la motivación interna se exige la corrección lógica del razonamiento judicial, en la motivación externa se exige que cada premisa sobre la cual se basa dicho razonamiento esté debidamente justificada.
- (4) Motivación insuficiente. Según el Tribunal, esta se produce cuando existe una manifiesta ausencia o insuficiencia de argumentos en relación al objeto de la decisión. Sin embargo, este tipo de vicios es también posible de confundirse con lo que el propio Tribunal identifica como “motivación aparente”. Inclusive, en una sentencia posterior (Exp. 00712-2018-PA/TC, 2021), el Tribunal termina equiparando ambos tipos de investigación como si se trataran de sinónimos.
- (5) Motivación sustancialmente incongruente. En este tipo de vicios el Tribunal ha identificado dos supuestos. El primero de ellos es el de incongruencia activa, que se produce cuando el juez modifica el debate procesal, i.e., alterando o excediendo las pretensiones discutidas en el proceso. El segundo, el de la incongruencia omisiva, cuando no se

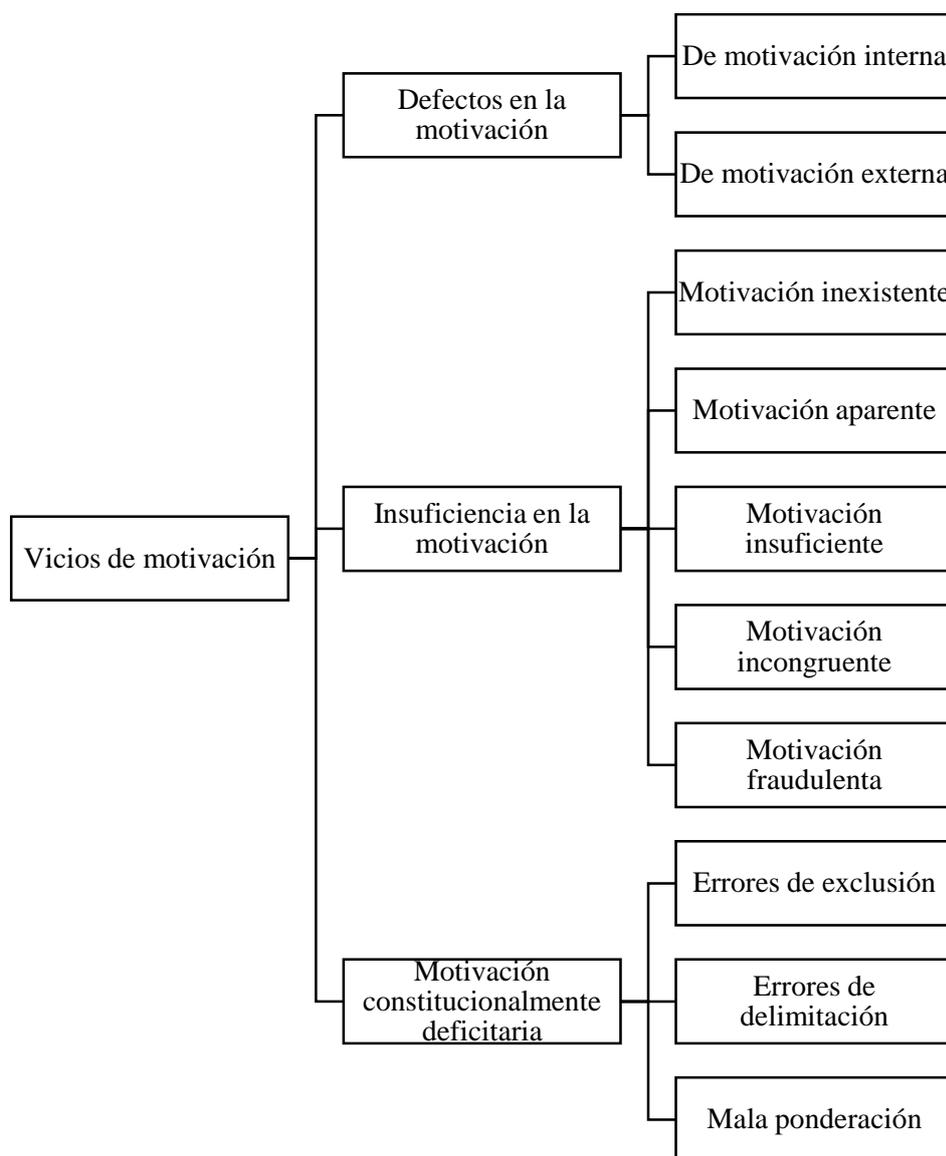
contestan las pretensiones o la decisión se desvía del contexto del debate, con lo que se sitúa a una o ambas partes en una situación de indefensión.

- (6) Motivación cualificada. Este más que un vicio de motivación es un estándar. Bajo el concepto del Tribunal este estándar exige que, en las decisiones en las que se rechaza la demanda –lo que equivale a impedir el acceso a la justicia- o se afecta a uno o más derechos fundamentales –entendiendo que se se afecta su contenido esencial- existe un “doble mandato” de motivación, en el sentido de justificar no sólo la decisión --por qué se rechaza la demanda- sino también la afectación del derecho --por qué se justifica negar el derecho al acceso a la justicia. En todo, ambas situaciones pueden confundirse en la práctica, pues a fin de cuentas motivar la decisión implica dar respuesta a por qué prevalece un derecho frente a otro.

Posteriormente, en la sentencia del caso María Antonieta Escobar Velásquez (Exp. 01747-2013-PA/TC, 2016) el Tribunal desarrollaría un segundo esquema de vicios de motivación. Este esquema es construido a partir del modelo estándar, y en cierta medida persigue reestructurarlo, lo que corregiría algunos de los desaciertos del esquema anterior. Sin embargo, además de plantear un orden distinto, se añaden otros supuestos.

Figura 7

Segundo modelo de vicios de motivación propuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.



Nota. Elaboración propia a partir de la sentencia del caso María Antonieta Escobar Velásquez (Exp. 01747-2013-PA/TC, 2016).

En la sentencia, un primer grupo de tipos de vicios de motivación es conformado por los defectos en la motivación interna y defectos en la motivación externa, ambos bajo el rubro de “defectos en la motivación”. Sobre este grupo, la sentencia sigue la misma línea del esquema estándar, mencionando algunos casos como ejemplos, pero sin ampliar el concepto de motivación interna o externa.

El segundo grupo, bajo el nombre de “insuficiencia en la motivación”, se compone de cinco supuestos, de los cuales algunos de estos ya eran considerados

como tales en el esquema estándar. En todo, conviene referir qué entiende el Tribunal respecto de cada uno de dichos supuestos.

- (1) Motivación inexistente: se produce cuando la decisión es carente de una mínima fundamentación, y sólo busca dar un cumplimiento formal a la exigencia de motivación.
- (2) Motivación aparente: se produce cuando la decisión está tiene una motivación aparentemente correcta o suficiente, pero presenta vicios en el razonamiento. Esta última caracterización no queda del todo clara, sobre todo frente a los defectos de motivación interna.
- (3) Motivación insuficiente: se produce cuando la decisión no tiene una argumentación suficiente que permita considerar que está justificada. Al igual que en los supuestos anteriores, puede confundirse en la práctica.
- (4) Motivación incongruente: en la sentencia no se ofrece una definición específica para este supuesto, por lo que queda emplear el utilizado en el esquema estándar.
- (5) Motivación fraudulenta: se produce cuando la decisión incurre en defectos “graves” o “irregularidades” que van en contra del Derecho. El problema es qué se entiende por defectos “graves” o por “irregularidades”. De un lado, para Enrique Sotomayor Trelles (2021) cabría entender que este supuesto está referido no tanto a la decisión, sino a las circunstancias en las que esta habría sido emitida. De otro, por “defectos graves” también podría entenderse que se trata de un supuesto enfocado en las implicancias de la decisión frente al sistema jurídico. En un caso posterior (Exp. 05933-2014-PHC/TC, 2017), en su voto singular el magistrado Eloy Espinosa-Saldaña –quien más ha citado este modelo, probablemente siendo ponente del mismo- parece considerar que el cuestionamiento al debido proceso se encuadra precisamente bajo este supuesto de vicio de motivación. En ese sentido, esto, sumado al rótulo de “motivación fraudulenta” hace más plausible la interpretación de Sotomayor Trelles.

Ahora bien, en la sentencia se citan otras dos. La primera, correspondiente al esquema anterior –sentencia del caso Llamuja Hilares-; y la segunda es una referencia inubicable: una revisión al sistema de consulta de causas del Tribunal Constitucional permite observar que

- a. El expediente 0009-2008-PA no tiene sentencia, sino únicamente una resolución de improcedencia; y que
- b. dicha resolución de improcedencia tampoco aborda en ningún extremo la garantía de la debida motivación.

Esto no ha sido corregido ni aclarado en sentencias más recientes, como la recaída sobre el expediente 03411-2019-PA/TC (2021) que tuvo como magistrado ponente a Espinosa-Saldaña.

Finalmente, el tercer grupo agrupa tres tipos de vicios de motivación bajo el título de “motivación constitucionalmente deficitaria”. Dadas las características de estos tipos de vicios, su análisis se detalla en una sección posterior.

En un reciente caso (Exp. 03476-2022-PA/TC, 2023), cuya sentencia ha sido emitida por los magistrados actualmente en ejercicio del Tribunal Constitucional, se ha empleado este segundo esquema, por lo que puede afirmarse que su vigencia se mantiene en la actualidad.

E. Una aproximación comparativa a los modelos

Siendo que en la jurisprudencia peruana existen diversos esquemas de vicios de motivación, conviene hacer una aproximación comparativa a dichos esquemas.

A continuación, se muestra una tabla conteniendo los modelos de vicios de motivación propuestos por el Tribunal Constitucional, las Salas Civiles, y las Salas Penales. A estos se adiciona el modelo teórico de motivación propuesto por Wróblewski (1971) a fin de identificar el tipo de motivación al que alude cada vicio identificado por las Altas Cortes, i.e., si se trata de vicios de motivación interna o externa.

Tabla 4

Cuadro comparativo de modelos de vicios de motivación en la jurisprudencia peruana.

Modelo estándar TC	Segundo modelo TC	Modelo Sala Civil	Modelo Sala Penal	Propuesta Wróblewski
Inexistencia de motivación o motivación aparente	Motivación inexistente y aparente	Falta de motivación y motivación aparente	Motivación omitida	Defectos de motivación externa
Falta de motivación interna del razonamiento	Defectos de motivación interna	Motivación defectuosa en sentido estricto	Motivación contradictoria /arbitraria	Defectos de motivación interna
Deficiencias en la motivación externa	Defectos de motivación externa	Motivación defectuosa en sentido estricto	Motivación hipotética o dubitativa	Defectos de motivación externa
Motivación insuficiente	Motivación insuficiente	Motivación insuficiente	Motivación insuficiente	Defectos de motivación externa
Motivación sustancialmente incongruente	Motivación incongruente	Motivación defectuosa en sentido estricto		Defectos de motivación interna
Motivaciones calificadas		Motivación insuficiente		Defectos de motivación externa
	Motivación fraudulenta			
	Motivación constitucionalmente deficitaria			Defectos de motivación externa

Nota. Elaboración propia.

Como puede verse, la casi totalidad de supuestos que han identificado las Altas Cortes pueden encuadrarse en la categoría de defectos de motivación interna –corrección lógica- o bien en aquellos de motivación externa –justificación de las premisas. La excepción viene constituida por el supuesto de “motivación fraudulenta”, que no tiene una figura análoga en el resto de los esquemas de las Altas Cortes. Esto, no sólo debido a la falta de claridad de su contenido, sino también, a que la interpretación que se le ha dado en la academia y en ciertos votos individuales en las sentencias del Tribunal, sugieren que se tratan no de vicios de motivación de las decisiones judiciales, sino de defectos o “irregularidades” en el proceso –o circunstancias (Sotomayor Trelles 2021)- que condujo a la decisión.

4.1.3.5. La motivación constitucionalmente deficitaria

Tal como se indicó, a partir de la sentencia recaída en el expediente 01747-2013-PA/TC, el esquema de clasificación de los vicios de la motivación cambiaría, considerándose además de lo consolidado desde el caso Llamuja –y entre otros-, un tercer grupo de tipos de vicios a la denominada “motivación constitucionalmente deficitaria” como vicio de motivación y objeto de control constitucional.

Se señala en dicha sentencia:

“Así, con respecto a la debida motivación de las resoluciones judiciales, este órgano colegiado ha señalado que solo le compete controlar vicios de motivación o de razonamiento, mediante el proceso de amparo contra resoluciones judiciales, en caso de: [...] Motivación constitucionalmente deficitaria; que puede referirse a errores en la justificación de una decisión debido a la exclusión de un derecho fundamental (no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse), a una mala delimitación de su contenido protegido (al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía) o a que la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental.” (STC 01747-2013-PA/TC, FJ. 4.3)

Con lo que los vicios por *motivación constitucionalmente deficitaria* denotarían tres errores: (1) errores de exclusión, (2) errores de delimitación, y (3) errores de ponderación respecto a derechos fundamentales. Errores que serían conceptualizados con más adelante por el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en los fundamentos de su voto expuestos en el expediente 00987-2013-PA/TC. En los siguientes apartados se analizará cada uno de estos tipos de “errores” de motivación, los cuales han sido objeto de discusión en cuanto a las perspectivas contemporáneas en el ámbito de la argumentación (cfr. Herrera Pérez 2020).

A. Errores de exclusión

Se incurre en este tipo de errores cuando se *excluye* en una causa la aplicación de un derecho fundamental que resultaba relevante en el caso concreto. O en términos del voto del magistrado Espinosa-Saldaña ya referido:

“Se produce un error de esta naturaleza cada vez que, a pesar de resolverse un caso o controversia bajo la aplicación de la legislación ordinaria, sin embargo, el juez o tribunal omite considerar la aplicación de un derecho fundamental, pese a su relevancia para decidir el caso de Derecho debatido. Se trata de un supuesto en el cual, al momento de seleccionar el material normativo con el que ha de resolverse el caso concreto, el juez o jueza prescinde de considerar los efectos del ámbito protegido por un derecho fundamental en la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria.” (FJ. 40)

Los argumentos que sustentan la calificación de este tipo de errores como vicios de motivación, y que se exponen en los párrafos posteriores al citado en el voto referido, se centran básicamente en las tesis de la supremacía y de la omnipresencia de la Constitución, aspectos característicos del modelo del Estado Constitucional. La primera de ellas acerca de la supremacía de la Constitución, enfocado sobre el rol del Poder Judicial, argumenta que “los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley” (Gascón Abellan y García Figueroa 2003, 24). Razonamiento vinculado a la segunda tesis citada y denominada como la tesis de la omnipresencia de la Constitución (Alexy 2004), según la cual no podrían concebirse espacios del sistema jurídico exentos de la vigencia de la Constitución, y bajo la cual la interpretación y aplicación de las normas no debe hacerse en forma aislada, sino en consonancia y coherencia con la Constitución, pues esta sería la manera de concretizar su vigencia y supremacía (Hesse 1992) tesis asimilada por el propio Tribunal Constitucional en sentencias previas (cfr. 05854-2005-PA/TC, FJ. 12).

Hace más de 60 años el Tribunal Constitucional Federal de Alemania habría dado ejemplo de esta concepción al extender la eficacia de los derechos fundamentales a toda área del Derecho, estableciendo en el caso Lüth [Sentencia

BVerfGE 7, 198] como criterio jurisprudencial que: “El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerGG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil” (Schwabe, 2009, 202). Un objetivo de lo que parece perseguir este tipo de errores de exclusión.

La exigencia de motivación que se establecería al juez ordinario a fin de evitar los denominados "errores de exclusión" parece ser el de considerar los derechos fundamentales cuya aplicación sea relevante en el caso concreto, caso que puede gestarse en el ámbito constitucional o fuera del mismo.

Partiendo de dicho razonamiento el juez ordinario tendría que preguntarse ¿qué derechos fundamentales resultan relevantes en el caso concreto? Una pregunta cuya respuesta exigiría responder otro cuestionamiento previo: ¿existe un catálogo definido de derechos fundamentales que actúe como una *vara de medición* para cotejar si el juez ordinario ha tomado en cuenta “todos los derechos fundamentales de aplicación relevante” en el caso concreto?

Claramente la respuesta es negativa, y denota una problemática en suma compleja. Esto, debido a que, por un lado, la Constitución contiene diversos enunciados normativos que enumeran una serie de derechos fundamentales, pero también contiene una cláusula de *numerus apertus* bajo la que la enumeración de derechos en la Constitución no excluye a otros “otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 3). Dicho panorama sólo permite resaltar la multiplicidad de posibilidades de normas de derechos fundamentales, que para Alexy (1993) se distinguirían en normas de derecho fundamental expresadas directamente por enunciados de la Constitución y, por otro lado, en normas adscriptas de derecho fundamental –sea por desarrollo legislativo o jurisprudencial.

Así entonces, el Tribunal Constitucional (cfr. Exp. 0895-2001-AA/TC; 1417-2005-PA/TC) señalaría que tanto los derechos enumerados, como los no enumerados –o no escritos- tendrían un contenido explícito como también implícito –y adscriptible. Lo que lleva a la pregunta de qué es lo que se exige *conocer* o *considerar* al juez ordinario para evitar los “errores de exclusión”.

Si la respuesta es que al juez ordinario se le exige *conocer* o *considerar* íntegramente la multiplicidad de posibilidades de normas de derechos fundamentales, entonces en la práctica se le estaría exigiendo algo empíricamente imposible. Afirmación que parte específicamente enfocada en los derechos no enumerados, así como en el contenido implícito de tales derechos, o incluso de los sí enumerados.

Si la aproximación a este asunto se hace bajo una perspectiva *escéptica* del derecho se diría que no puede exigirse lo que aún no existe, o, dicho de otro modo, no puede exigirse *conocer* o *considerar* lo potencial (Guastini 1999). Por el contrario, si la aproximación a este asunto se hace bajo la perspectiva del *realismo metafísico*, a la que parece asimilarse el razonamiento esbozado en la sentencia y el voto que desarrollan lo denominado como motivación constitucionalmente deficitaria, se diría que esta exigencia requiere de un juez de capacidad “sobrehumana” como el que Dworkin (1989) apoda como “Hércules”, quien puede (y debe) tener pleno conocimiento de las diversas fuentes existentes en el mundo jurídico y lo que lo faculta a conocer la respuesta correcta para cada caso y así verificar la verdad de las proposiciones jurídicas que establece en su razonamiento (Dworkin 2013), condiciones que no pueden exigírsele propiamente a juez alguno.

Lo presentado permite afirmar que no es plausible exigirle al juez *conocer* o *considerar* íntegramente la multiplicidad de posibilidades de normas de derechos fundamentales. Insistir en sostener dicha exigencia sería básicamente buscar establecer un deber imposible –al menos empíricamente- de cumplirse en forma deliberada –para distinguir las meras *coincidencias*. Ahora bien, si no se está frente a una exigencia tal como se ha descrito previamente, entonces podría pensarse –o mal pensarse- que lo buscado en la figura de la *motivación constitucionalmente deficitaria* no es argumentar un estándar de motivación de las resoluciones judiciales, sino crear una vía para la revisión de causas en el ámbito constitucional.

Por otro lado, si lo que se exige bajo el supuesto de error de exclusión sólo se enfoca en normas de derecho fundamental expresadas directamente por enunciados de la Constitución, o incluso en normas previamente adscriptas de derecho fundamental –sea por desarrollo legislativo o jurisprudencial- tal exigencia

sí podría ser sostenible –aunque no por ello incuestionable o no controvertible. Sin embargo, una interrogante que podría plantearse en este escenario es si el problema de *error de exclusión de un derecho* podría entenderse como un problema de determinación de la norma aplicable al caso.

Si la respuesta resultase afirmativa entonces este tipo de errores, según el segundo escenario descrito, podrían ser asimilados como deficiencias en la motivación externa. Y con ello se seguiría tutelando la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, evitándose cuestionables escenarios en la práctica judicial.

B. Errores de delimitación

Este segundo tipo de errores acontece a razón de que, pese a considerarse el derecho o derechos relevantes para decidir el caso concreto, a tal derecho o derechos se le atribuye un contenido más amplio o más restringido del que “constitucionalmente le corresponde”. Así, es posible afirmar que estos errores pueden clasificarse en errores de delimitación por exceso y errores de delimitación por defecto. Todo depende si la interpretación y aplicación de un derecho en un caso determinado amplía o restringe el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, sea en cuanto a los atributos, potestades, privilegios o inmunidades que se desprendan de tal o cual derecho. Con ello, para el magistrado Espinosa-Saldaña parece asimilar en los fundamentos de su voto la teoría de las posiciones jurídicas fundamentales (Hohfeld 1919), probablemente con la finalidad de lograr una construcción “precisa” –en palabras de Alexy (1993)- de la dogmática de los derechos fundamentales.

En cuanto a los argumentos que sustentan la calificación de este tipo de errores como vicios de motivación, se parte de la base expresada respecto a los errores de exclusión anteriormente descritos. La diferencia se encuentra en la concreción del error, pues como se indicó en el párrafo anterior, en estos casos, pese a identificarse el derecho o derechos aplicables, su aplicación resulta deficiente a razón de una interpretación errada de su contenido –sea por exceso o defecto.

Es precisamente este tipo de errores el que –*inter alia*- lleva al Tribunal Constitucional a resolver declarando la nulidad de la sentencia de casación, que se

objetaba en el proceso de amparo seguido en el expediente 01747-2013-PA/TC, por vicios de motivación. Ello a razón de que, para el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema había establecido un contenido menor al derecho al trabajo, y específicamente a la situación jurídica fundamental de inmunidad: esto es a la garantía de una adecuada protección contra el despido arbitrario.

La exigencia de motivación que se establecería al juez ordinario a fin de evitar los denominados "errores de delimitación" parece imponer una exigencia de rigidez de no ampliar ni reducir el contenido esencial de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, bajo esta construcción se pretendería que los jueces ordinarios "respeten el contenido que le corresponde" a cierto derecho fundamental considerado en el caso concreto, lo que lleva a formular la siguiente pregunta: ¿los derechos fundamentales tienen un contenido determinado?

La postura del Tribunal Constitucional parece reflejar una respuesta afirmativa, es decir, que los derechos fundamentales sí tienen un contenido determinado –o al menos cierta determinación para un tiempo determinado. De lo contrario no podría admitirse la posibilidad de que "el juez o tribunal competente se equivoca al identificar o precisar los alcances del ámbito de protección propios del derecho fundamental involucrado" (STC. 00987-2013-AA/TC, FJ. 44). Un razonamiento que bien podría partir de la tesis de la única respuesta correcta defendida por Dworkin (1989) en la cual los jueces nunca "crean" Derecho, sólo lo aplican, y, por ende, los jueces o tribunales pueden equivocarse al delimitar el contenido de un derecho.

Y es que, para Dworkin, las decisiones que se tomen en el razonamiento judicial deben ser las *mejores* decisiones, y tales "mejores decisiones" son precisamente –según Dworkin- aquellas en las que se aplican las proposiciones *verdaderas*. El problema se presenta en cómo determinar si el razonamiento jurídico en un caso concreto se sustenta en tales proposiciones *verdaderas*. Dicho de otro modo, ¿cómo podemos llegar a la contemplación de tales *proposiciones verdaderas*?

Para Robert Alexy (1993; 2002) la aproximación al *conocimiento* del contenido de los derechos fundamentales, así como su propia realización, puede ser

lograda a través del principio de proporcionalidad –aunque para Alexy ello no queda como algo meramente contingente, sino necesario (Alexy 2011). Sin embargo, las críticas a esta postura son igual de conocidas como las propias críticas que se le formulan: ¿es suficiente la ponderación para el conocimiento *objetivo* de las *proposiciones verdaderas* a las que aspira el *no-positivismo*? Ante esta situación, la respuesta de Alexy no es para nada precisa: señala que el contenido de las proposiciones termina siendo objetivo e innegablemente subjetivo, y aún así, concluye en que, siendo que el razonamiento jurídico tiene algo de “objetivo”, eso lo convierte en algo “más que subjetivo” (Alexy 2013).

La pregunta que puede seguir es ¿qué es aquello de “objetivo” que tiene? Y siguiendo a Kelsen (1982), Alexy (2013) responde, probablemente para intentar esbozar una respuesta para satisfacción de sus críticos, que aquella objetividad se debe a la existencia de derechos que son fundamentales y a su posibilidad discursiva –una “objetividad” *relativa* si seguimos el mismo título de Kelsen que cita Alexy. El problema, sin embargo, sigue estando frente al *contenido* de aquellos derechos fundamentales que Alexy asimila como *elementos morales*. Y es que la existencia de dicho contenido es, básicamente como señala el mismo Alexy, subjetiva –o, dicho de otro modo, que depende de la decisión del sujeto.

Sobre este razonamiento el inconveniente práctico se hace visible respecto a los *errores de delimitación* como causal de motivación deficitaria, puesto que se destaca una exigencia a los jueces o tribunales ordinarios de restringir su interpretación de un derecho a un contenido que no tiene una determinación plenamente objetiva. Dicho de manera normativa la estructura de dicha exigencia sería la siguiente: “los jueces están obligados a respetar el contenido determinado o *determinable* de los derechos”. Una proposición que denota una exigencia materialmente no posible de cumplir, o al menos en parte, por lo que sostener esta concepción de errores de delimitación como motivación deficitaria no sería plausible bajo una concepción interpretativa no-positivista como la propuesta en Dworkin o Alexy.

Sin embargo, podría no llegarse a la misma conclusión si es que se parte de otra concepción jurídica. La concepción constructivista moderada sobre la

interpretación judicial propuesta por Hart (1994; 2009) podría delimitar y encaminar de mejor manera la definición de estos llamados *errores de delimitación*. Y es que para Hart los jueces algunas veces *crean* y otras *aplican* derecho, lo que implica que en algunos casos habrá –y en otros no- respuestas correctas. Ello depende no de condiciones de *verdad*, como parece pretender Dworkin (1989), sino de condiciones de *afirmabilidad*, esto es, como anota Moreso (2014), “por la posibilidad de demostrar que determinadas consecuencias se obtienen del sistema jurídico originario, i.e. de la constitución” (p. 187).

Partiendo de ello, tendría que entenderse que la exigencia sobre los jueces y tribunales ordinarios no podría ser el restringir su interpretación de los derechos a un contenido *verdadero* existente en un *mundo jurídico* en el que existe una respuesta correcta para cada caso. Sino el respetar el margen de discrecionalidad establecido desde las fuentes del Derecho –y no de la moral, aunque en algunos casos se *coincida* con tal. Así, la exigencia concreta sería el respetar los límites previamente establecidos por efecto del derecho positivo –en primer lugar, del texto constitucional- así como de la jurisprudencia –distinguiéndose el nivel de vinculatoriedad en cada ámbito de la interpretación judicial.

Sí esta última apreciación es plausible, entonces podría formularse la interrogante de si el problema de *error de delimitación de un derecho* podría entenderse como un problema de interpretación de la norma jurídica.

Y a su vez, si la respuesta a esta última interrogante resultase afirmativa, entonces este tipo de errores, según el segundo escenario descrito, podrían ser asimilados como deficiencias en la motivación externa. Y con ello se seguiría tutelando la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, evitándose cuestionables escenarios en la práctica judicial.

C. Errores por una “mala ponderación”

En cuanto a estos errores cabe decir que se está frente a una aparente discrepancia en cuanto a su conceptualización. Y es que en la sentencia recaída en el expediente 01747-2013-PA/TC se describe que se incurre en este tipo de errores cuando se efectúa una “mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho

fundamental” (FJ. 4.3). Por otro lado, en los fundamentos del voto de magistrado Espinosa-Saldaña expresados en la citada sentencia correspondiente al expediente 00987-2013-PA/TC, las actuaciones judiciales que incurren en este tipo de errores serían descritas como “actuaciones judiciales que no satisfacen los estándares de argumentación que se desprenden de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto” (FJ. 48).

La discrepancia a la que se hace mención se sustenta en que, por un lado, se expresa que los errores que califican como vicios de motivación serían errores respecto a la ponderación, y por otro que se trataría de errores respecto al principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios. Conceptos distintos, pues al menos como concibe Alexy (1993, 2002) es posible distinguir entre proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) y ponderación (*Abwägung*) a razón de que mientras la proporcionalidad constituye un mecanismo para concretizar el contenido de un derecho, o el grado de satisfacción “apropiado” que debe recibir el mismo frente a otros derechos o principios; la ponderación supone la tercera fase del examen de proporcionalidad.

Sin embargo, dejando atrás discusiones terminológicas, conviene entender lo que sea más amplio posible respecto a este tipo de errores. En otras palabras, aceptando la descripción de que las actuaciones judiciales que incurren en este tipo de errores son aquellas que no satisfacen al denominado principio de proporcionalidad. Con ello se estaría asimilando la idea alexyana de la proporcionalidad como meta-principio necesario para la realización de los derechos fundamentales.

Sin ser exhaustivos en la descripción o conceptualización de la proporcionalidad –pues no es objetivo del presente artículo– es pertinente resaltar que, al establecer este tipo de errores como vicios de motivación, se estaría estableciendo como exigencia argumentativa respecto a cada subprincipio de la proporcionalidad lo siguiente: (1) respecto al subprincipio de idoneidad, el deber de argumentar que la medida que se establezca en una ley, resolución judicial o acto administrativo, y que limite un derecho para satisfacer otro tiene que ser lo

suficientemente capaz para lograr dicha finalidad; (2) respecto al subprincipio de necesidad, el deber de argumentar que no se tienen otras opciones alternativas a la medida cuestionada para lograr la misma finalidad perseguida a un menor costo; y (3) respecto al subprincipio de ponderación, el deber de argumentar que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy 1993, 161) para considerar que la medida objeto de examen resulta proporcional y por ende legítima, o en caso contrario desproporcional y por ende ilegítima.

Los argumentos que sustentan la calificación de este tipo de errores como vicios de motivación y que se exponen en los fundamentos de citado voto de magistrado Espinoza-Saldaña, parten de la misma base planteada para sustentar la calificación de los otros errores descritos anteriormente. Señalándose en dichos fundamentos que este tipo de errores impiden garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, además de su protección efectiva. Una concepción bastante apegada a la filosofía alexyana y que confirma una visión de la proporcionalidad como un aporte que no es meramente contingente, sino como presupuesto necesario para la concreción de los derechos.

La exigencia de motivación que se establece al juez ordinario a fin de evitar los “errores en la ponderación” parece ser aun más complicada de abordar, ya que impone el deber de “ponderar bien”, como si la ponderación se tratase de una construcción teórica heterogénea.

En primer lugar, una observación inicial que puede realizarse al respecto es que no existe un único modo de ponderar (Barak 2017) y que las diversas Altas Cortes han dirimido casos de conflictos entre derechos mucho antes de que Alexy propusiese su modelo de ponderación, es más, incluso existen teorías no-conflictivistas de los derechos fundamentales (Serna y Toller 2000).

En segundo lugar, aún si el Tribunal Constitucional pretendiese adoptar el modelo ponderativo de Robert Alexy, debe observarse que, desde la primera propuesta de su modelo ponderativo en su Teoría de los derechos fundamentales (Alexy 1993), dicho modelo ha sido enmendado y modificado por su propio autor. Ello puede verse desde su concepción y clasificación de principios en principios

materiales y formales, hasta su propia fórmula del peso, que inicialmente incorporaba seis variables (tres por cada principio), pero que luego termina señalando que la fórmula en realidad debe considerar ocho variables (Alexy 2016).

En tercer lugar, de considerarse “exigible” emplear el método estándar de ponderación planteado por Alexy (1993; 2002). Debe tenerse en cuenta que, aún aceptando la racionalidad de las dos primeras fases de la proporcionalidad –i.e. la idoneidad y la necesidad-, el control sobre la justificación dichas fases (un control medio-fin) sería un control bajo el estándar común que se tenga de argumentación, esto es, bajo exigencias de motivación internas y externas –lo que denota que no se amerita la *creación* de una figura distinta como *vicio de motivación*.

Y, por otro lado, en cuanto a la tercera fase, es decir en cuanto a la ponderación, el control a efectuarse sería notablemente problemático: (1) si se considera a la ponderación como un esquema a ser aplicado para explicar el razonamiento judicial, entonces sería contraproducente exigir una justificación basada en variables numéricas cuando la problemática gira en torno a la falta de claridad conceptual; (2) pero si se considera a la ponderación como una propuesta normativa no sucedería lo mismo, pues como señala Sardo (2013) “podría tener la ventaja de aumentar la transparencia de la decisión, develando la ideología del juez, que tiene la obligación de explicitar el peso –el valor- que atribuye a los principios (o intereses) en juego”. En todo, Alexy deja muchas dudas si pretende atribuir una u otra función a la ponderación (Sardo, Teorías de la ponderación. Análisis crítico 2013). Sin embargo, y aun tratando de extraer aquel aspecto favorable al considerar a la ponderación como una propuesta normativa, el control de motivación seguiría teniendo un problema fundamental: no puede reducir la subjetividad del intérprete ni mucho menos garantizar la obtención de una única respuesta correcta (Bernal Pulido 2003). Insistir en su exigencia sólo denotaría una suerte de *asedio* a la independencia de las cortes y una vía arbitraria a una especie fundamentalismo constitucional ideológico.

Entonces puede afirmarse nuevamente que el único control plausible que podría realizarse en la tercera fase, y por ende, en la ponderación en general, sería un control bajo el estándar común que se tenga de argumentación, esto es, bajo

exigencias de motivación internas y externas, no ameritándose la creación de una figura distinta como vicio de motivación.

D. Asimilación de la motivación constitucionalmente deficitaria

A través de lo presentado en los apartados anteriores se ha pretendido convencer al lector de que la figura de la *motivación constitucionalmente deficitaria*, no solamente es una figura innecesaria, sino que es una figura problemática al desfigurar la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales establecida en nuestra Constitución y permitir la apertura de una vía arbitraria a la cual sólo el Tribunal Constitucional tendría acceso y en la cual podría permitirse avocarse a causas ya resueltas con las que ideológicamente discrepe.

Y ello sólo confirmaría la preocupación de Böckenförde que comparte y cita el mismo Alexy desde su Epílogo hasta sus escritos más reciente (Alexy, 2002; 2016) y que parece no desear: “el tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional – de la Jurisdicción Constitucional” (Alexy, 2002, 17).

4.2. DISCUSIÓN

Considerando los resultados antes expuestos, se responde a las interrogantes formuladas tal como se expone a continuación.

4.2.1. ¿Qué conceptos de razonabilidad se formulan en las teorías jurídico-filosóficas?

Dentro de las categorías preliminares planteadas, se consideró a la razonabilidad como aquello conforme a la razón, pudiendo hacer referencia a una respuesta objetivamente correcta (razonabilidad objetiva), una respuesta subjetivamente correcta (razonabilidad subjetiva), o una respuesta compartida intersubjetivamente (razonabilidad intersubjetiva).

Revisadas las principales teorías jurídico-filosóficas que más influencia han tenido en el siglo XX y XXI (ver apartado 4.1.1.), se observa que ninguna teoría contemporánea sobre el Derecho de aquellas que ha sido sometida a revisión aspira

a una decisión razonable basada en dogmas, lo que equivale a una concepción formal o geométrica de la razonabilidad.

De otro lado, también se observa que existen posturas eclécticas. En el caso del positivismo metodológico hartiano la idea de razonabilidad bien podría aproximarse a una razonabilidad subjetiva, a razón de la tesis de la discrecionalidad; pero también a una razonabilidad objetiva en cierto punto, a razón de la tesis de la afirmabilidad, dada la concepción que va asumiendo Hart hasta el final de sus días. En ese sentido, frente a una valoración de lo jurídico, en algunos casos lo razonable será aquello que se enmarque en el ámbito de la discrecionalidad, y en otros aquello que sea coherente con la práctica ya instituida –i.e., lo afirmado en la práctica que surgió también en el ámbito de la discrecionalidad- por lo que esto conduce una idea en último término de razonabilidad subjetiva.

En el caso del iusnaturalismo finnisiano el modelo también parece ser ecléctico. Esto, en el sentido de que, si bien el Derecho natural es –de manera autoevidente- objetivo –lo que se refleja en los bienes básicos-, la determinación de aquello que no forma parte de los bienes básicos, i.e., el desarrollo del Derecho, se deja a la subjetividad del operador. De ahí que el concepto de *prudencia* como razonabilidad sea clave en la teoría de Finnis y que, por tanto, lo razonable sea aquello coherente con la realización de los bienes básicos, aunque en ciertos casos no permita una respuesta directa a partir de estos, permitiendo también un margen de discrecionalidad, por lo que en último término puede argumentarse una razonabilidad de tipo finalmente subjetivo.

En el caso del principialismo dworkiniano la idea de razonabilidad bien podría aproximarse a una concepción objetiva, pero también a una concepción intersubjetiva en un sentido ideal al concebir al Derecho como integridad, y a la comunidad como una comunidad de principios que se va construyendo a lo largo de la práctica y que puede aportar aquella respuesta correcta al caso concreto. Empero, también puede aproximarse a una concepción subjetiva, pues la interpretación tiene precisamente esta característica reconocida así por Dworkin, que lo lleva a decir que no hay un modo neutral de interpretar moralmente el Derecho. En ese sentido, lo razonable serán todas aquellas respuestas que busquen

mostrar a determinado objeto en su mejor versión, teniendo como estándar precisamente ese: buscar la mejor respuesta, aunque en último término se tenga que elegir a alguna de tantas que sea “la mejor” para el operador.

En el caso del principialismo alexyano se repite este patrón. Por un lado, la idea de razonabilidad puede aproximarse a la concepción objetiva considerando que la respuesta moralmente correcta existe, y que para que una respuesta razonable sea tal debe ser moralmente correcta, lo que hace posible una respuesta objetivamente razonable. Sin embargo, también puede aproximarse a la concepción subjetiva, pues el ejercicio interpretativo que finalmente concretiza aquella moral objetiva en la práctica es un ejercicio de carácter subjetivo; y a una concepción intersubjetiva, pues el estándar exigido para entender que el discurso jurídico que da sustento a una u otra interpretación –y aplicación- del Derecho, exige precisamente dicha validez intersubjetiva.

En ese sentido, puede afirmarse que en las teorías filosófico-jurídicas se formulan conceptos de razonabilidad orientados a concepciones objetivas, subjetivas e intersubjetivas, sin que se restrinjan necesariamente a una u otra de estas posiciones.

Esto permite observar que la dificultad de encuadrar las concepciones jurídico-filosóficas en la triple tipología de concepciones objetiva-subjetiva-intersubjetiva. En ese sentido, los puntos que caracterizan y permiten diferenciar a las tesis de estas concepciones se evidencian más dependiendo del concepto de Derecho que se sostenga, así como de la idea de constitución que se tenga.

4.2.2. ¿Qué caracteriza al Estado Constitucional de Derecho?

El Estado Constitucional de Derecho ha sido caracterizado de diferentes maneras a lo largo de la historia, no recibiendo un solo esquema ni tampoco habiendo poca controversia sobre el mismo (ver apartado 4.1.2.).

Aun así, pueden establecerse algunas características comunes: el respeto por el principio (formal) de legalidad –que puede incluir no sólo el imperio de la ley, sino la legalidad en la actuación de la administración pública, y la separación de poderes- y la garantía de los derechos fundamentales (como principios materiales).

Sin embargo, el contenido de estas características y los alcances de su aplicación en la práctica son discutibles. De manera similar a lo que ocurre con la noción de *razonabilidad*, la valoración de que *es* (punto de vista descriptivo) o lo que *debe ser* (punto de vista normativo o prescriptivo) un Estado Constitucional de Derecho, en primer lugar, depende en buena cuenta del concepto de Derecho y –de manera correspondiente- del concepto de Constitución.

Si se aboga por una tesis de conexión entre Derecho y moral, entonces la Constitución será vista no sólo en términos jurídicos, sino también en términos axiológicos, por lo que la garantía de los derechos fundamentales inclusive podría justificar la limitación al contenido de la legalidad –o ir en contra de los actos del legislador- en base a razones jurídicas, pero también morales.

De otro lado, una tesis en la que se niega una conexión necesaria entre Derecho y moral dará mayor peso a la legalidad y al principio (formal) de la democracia. Este modelo no es visto por sus partidarios como “contrario” a los derechos fundamentales, sino como uno en el que el contenido de estos queda en manos del “constituyente”, o mejor, de la ciudadanía, no quedando a la “libre determinación” de unos cuantos: los jueces.

En ese sentido, se produce una tensión entre *razón y voluntad*, o, en el ámbito del juez, entre legalidad y equidad, entre *judicial restraint* y *judicial activism*. De ahí que el rol del Tribunal Constitucional –presente en distintos sistemas jurídicos como también el peruano- es clave.

Sobre esto, los cambios históricos que rodearon la figura del Tribunal Constitucional reflejan cambios en la postura sobre dicha tensión. Mientras sus inicios son caracterizados bajo una concepción de Derecho positivista, con gran influencia de Kelsen, y una idea de Constitución como norma de competencias, orientada sobre todo a la garantía de la legalidad; este no parece ser el mismo modelo como el que se suele caracterizar actualmente al Tribunal Constitucional.

Ya en sus inicios, la discusión entre Kelsen y Schmitt permitía ver que la diferencia entre la idea de Derecho y Constitución marcaba el qué se protegía y el cómo debería protegerse. Mientras Kelsen sostenía las ideas antes mencionadas; Schmitt tenía idea axiológica de la Constitución, según la cual esta no era una mera

norma de competencias, sino una que se componía de los valores del espíritu del pueblo alemán. En consecuencia, el defensor de la Constitución tendría que ser el mandatario, pues sólo este encargaba al “pueblo alemán” y podría interpretar sus valores.

Aunque la historia diría que este debate fue ganado por Kelsen, los modelos actuales del Tribunal Constitucional, del alcance de sus sentencias, y la idea que en muchas ocasiones sustenta –y se ha hecho hincapié en la labor del Tribunal Constitucional peruano- hacen de ver que el debate no fue realmente ganado por Kelsen: se tiene así un Tribunal Constitucional bajo un modelo axiológico de la Constitución en el que se considera que sólo el Tribunal Constitucional tendría la posibilidad de interpretar sus valores, un razonamiento más cercano al planteamiento de Schmitt; quitando de lado, claro está, la idea de “mandatario” –o reemplazando su contenido por el de “Tribunal Constitucional”.

4.2.3. ¿Cuáles son las exigencias de motivación de una decisión judicial?

La motivación de una decisión judicial es una condición esencial, y constitucional, para su validez. Tanto en la doctrina como en la práctica jurisprudencial, se ha argumentado su exigencia, formulándose teorías y modelos de motivación (ver apartado 4.1.3.).

En primer lugar, si bien toda decisión judicial tiene motivos, se exige que estos (1) guarden conformidad con el sistema jurídico –tanto con el Derecho en sentido objetivo, como con los derechos en sentido subjetivo- y que (2) se expliciten en la sentencia o resolución que la contiene.

En segundo lugar, se tiene que las teorías de la argumentación sugieren prestar atención tanto al proponente como al oponente en un discurso, pero además al auditorio en general. En todo, para cada discurso las teorías han propuesto reglas diferentes, aunque con ciertos puntos en común. Pero además de ello, uno de los aspectos que encierran una similitud que permite formular una clasificación entre tipos de motivación en el discurso es la distinción entre motivación interna (o de primer nivel, o de racionalidad lógica) y externa (o de segundo nivel, o de racionalidad discursiva).

Teorías que también permiten no sólo la comprensión sino también la valoración de los modelos de motivación desarrollados por las Altas Cortes. En el caso peruano, modelos que han sido diseñados en un sentido negativo, esto es, no esquematizando las exigencias de motivación de la decisión judicial, sino los vicios que afectan el cumplimiento de dichas exigencias.

En ese sentido, se puede observar modelos o esquemas diseñados por las Salas Supremas Civiles y Penales, pero también modelos formulados por el Tribunal Constitucional, el máximo intérprete de la Constitución.

En todos los casos, estos modelos también tienen puntos en común y, salvo ciertos puntos, son reducibles al modelo propuesto por Wróblewski de motivación interna y externa: mientras la primera se enfoca en la logicidad del razonamiento judicial, la segunda se enfoca en su consistencia fáctica y jurídica, esto es, en la justificación de las premisas que conducen a la decisión judicial. De este modo, puede afirmarse que son estas las exigencias mínimas de motivación de una decisión judicial.

Sin embargo, también se ha observado un contenido fuertemente ideológico, sobre todo en el modelo más reciente que ha formulado el Tribunal Constitucional, en el que inserta como vicio de motivación una figura que ha denominado como “motivación constitucionalmente deficitaria”, el cual establece un estándar sumamente problemático de ser cumplido al exigirle al juez prácticamente convertirse en un “juez hércules” –en el sentido dworkineano.

4.2.4. ¿Cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho?

En términos generales, puede observarse que la razonabilidad de la decisión judicial bajo un modelo de Estado Constitucional de Derecho requiere abordar problemas claves de la teoría general del Derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica.

En primer lugar, es pertinente señalar que la categorización inicial sobre las concepciones de razonabilidad no puede entenderse ni explicarse de manera práctica sin una propuesta basada en vinculación entre Derecho y moral para su

determinación. Esto, no sólo debido a que la propuesta realizada por las distintas teorías del Derecho abordadas en la investigación, sino además por la propia caracterización del modelo del Estado Constitucional de Derecho, existiendo en ambos ámbitos una tensión entre razón y voluntad, entre corrección objetiva y discrecionalidad subjetiva, o, en el ámbito del juez, entre legalidad y equidad, entre *judicial restraint* y *judicial activism*.

En segundo lugar, y bajo el modelo antes referido, la valoración de la razonabilidad de una decisión judicial, bajo las distintas teorías abordadas, admite la exigencia de que dicha decisión judicial esté motivada de manera interna y externa. Dicho de otro modo, se admite que para que una decisión judicial sea considerada razonable, esta debe estar motivada interna y externamente. Lo que se discute no es que la decisión razonable deba ser motivada, sino: (A) qué motivación es admisible, es decir, qué razones deben ser tomadas en cuenta en el discurso judicial; y (B) cuál es el estándar de motivación, es decir, hasta qué punto se exigen razones para considerar que la decisión está debida y suficientemente motivada. En cuanto a “(A)” la discusión se sitúa en sí se exigen razones no sólo jurídicas, sino también morales en el discurso judicial; y en cuanto a “(B)”, si la exigencia apunta bien a una decisión discrecional, entre un abanico de alternativas para resolver un caso respetando el principio (formal) de la legalidad, o bien a una decisión correcta. En todo, la problemática se acrecienta considerando la posibilidad de efectuar un control de la razonabilidad de dicha decisión judicial.

En ese sentido, y considerando las categorías abordadas, puede afirmarse que existen (1) concepciones de razonabilidad basadas en (1.a) una conexión contingente entre Derecho y moral –como el caso de las teorías kelseniana y hartiana-, (1.b) una conexión necesaria entre Derecho y moral –como el caso de las teorías finnisiana, dworkiniana y alexyana-, y (1.c) en la negación de una conexión entre Derecho y moral –como el caso de las teorías realistas, sobre todo del ámbito norteamericano.

Pero también puede afirmarse, bajo una perspectiva metodológica, que existen (2) concepciones que consideran que (2.a) existe una conexión contingente entre razonabilidad y corrección material de la decisión judicial, por lo que en

algunos casos puede efectuarse un control material sobre la razonabilidad de dicha decisión, y en otros no –aunque siempre pueda efectuarse un control sobre la razonabilidad formal-; que (2.b) existe una conexión necesaria entre razonabilidad y corrección material de la decisión judicial, por lo que siempre debe efectuarse un control sobre la razonabilidad material –y también formal- de una decisión judicial; y aquellas que consideran que (2.c) no existe conexión necesaria entre razonabilidad y corrección material, entendiendo así que la decisión razonable es aquella en la que el juez ejerce su discrecionalidad, por lo que sólo puede efectuarse un control sobre la razonabilidad formal –o mejor, logicidad- de una decisión judicial, pero no sobre su razonabilidad material.

CONCLUSIONES

Primera.

Las teorías jurídico-filosóficas formulan distintos conceptos de razonabilidad –de manera explícita o implícita- en función al concepto de Derecho que abordan y su relación con la moral, estableciendo una relación de la razonabilidad a una correspondencia con (a) la razón objetiva –generalmente vinculada a una “moral objetiva” o a una práctica preestablecida--, (b) la razón subjetiva –vinculada a la discreción del sujeto-, o a (c) una razón intersubjetiva –que es compartida por otros sujetos, al menos hipotéticamente.

Segunda.

El Estado Constitucional de Derecho puede caracterizarse como un modelo que pretende (a) el respeto por el principio (formal) de legalidad –incluyendo la primacía de la Constitución, la separación de poderes y la legalidad de la actuación de la administración pública- y la garantía de los derechos fundamentales (como principios materiales) –incluyendo tanto libertades civiles como también derechos económicos, sociales y culturales-, así como también (b) la tensión entre ambos principios, que ha sido representada como una tensión entre voluntad y razón.

Tercera.

Las exigencias de motivación de una decisión judicial implican (a) la logicidad del razonamiento –motivación interna- y (b) la consistencia de las razones –motivación externa- admisibles o admitidas en función a la concepción jurídico-filosófica que se sostenga, incluso y sobre todo en un Estado Constitucional de Derecho.

Cuarta.

La cuestión acerca de cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho depende de la idea de Derecho y Constitución según la concepción jurídico-filosófica que se sostenga, por lo que el control de razonabilidad podrá tener un carácter no sólo jurídico, sino también político, no teniéndose algún método para comprobar que la decisión sea la “única correcta” y reduciéndose todo en último término a una cuestión discrecional.

RECOMENDACIONES

Claramente, la problemática de estándares claros para determinar la razonabilidad de una decisión judicial no se resuelve con un “proyecto de ley” o algún “tratado internacional”. La problemática requiere en primer lugar un sinceramiento de las funciones del juez en la práctica, i.e., que se tratan de funciones no sólo jurídicas sino también políticas, incluso legislativas –aunque con diferencias cuantitativas frente a los otros poderes.

En segundo lugar, la pretensión de la mejor respuesta correcta sobre lo razonable –y no sobre la “única respuesta correcta”- requiere considerar y evaluar las distintas alternativas existentes, esto es, alternativas que no sólo se componen de razones jurídicas, sino también políticas y morales. En ese sentido, la formación continua de los jueces –así como de los aspirantes a jueces- requiere, además de asignaturas de índole más técnica –como el estudio de la dogmática y jurisprudencia-, abordar las principales corrientes de la filosofía jurídica y la filosofía política. Esto permitiría un panorama algo más completo para la selección –y creación- de insumos para la discusión de un caso.

En tercer lugar, el componente ideológico en el control de la razonabilidad, que parece inevitable en la práctica, puede –y debe- contrarrestarse con mecanismos de diálogo entre poderes –sin que el juez se asuma como el único vocero de la única respuesta- para la garantía de los derechos fundamentales –como principios materiales- y de la legalidad –como principio formal. En esto, cabe finalizar resaltando que el problema no está en que cada uno pueda tener y desarrollar una idea de justicia, sino en imponerla a los demás sin considerar la existencia de aquellas otras ideas: esto es, precisamente, una “estocada” a la esencia de la democracia.

REFERENCIAS

- Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Lima: Palestra Editores, 2016.
- Ackerman, Bruce, A. «"Law and the Modern Mind" by Jerome Frank.» *Daedalus* 103, n° 1 (1974): 119-130.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Tercera. México, DF.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Segunda. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.
- Alexy, Robert. «Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation.» En *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, editado por Jan-R. Sieckmann, 1-10. Cham: Springer, 2021b.
- . «Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos (A. Nava Tovar, Trad.)» *Signos filosóficos* 15, n° 30 (2013b): 153-171.
- . *El concepto y la naturaleza del derecho*. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . *El concepto y la validez del Derecho*. Segunda. Traducido por Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.
- . «En torno al concepto y la naturaleza del derecho.» En *El concepto y la naturaleza del derecho*, traducido por Carlos Bernal Pulido, 73-98. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales.» *Revista española de derecho constitucional* 66 (2002): 13-64.
- . «Justicia como corrección.» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26 (2003b): 161-171.

- . «Kurzbiografie. Curriculum Vitae.» *Georg-August-Universität zu Göttingen*. 2016a. <https://www.alexey.jura.uni-kiel.de/de/curriculum-vitae> (último acceso: 1 de Noviembre de 2022).
- . *La doble naturaleza del derecho*. Traducido por Manuel Atienza. Madrid: Trotta, 2016b.
- . «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático.» *Derechos y Libertades*, 2000: 21-41.
- . «La naturaleza de la filosofía del derecho.» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26 (2003a): 145-159.
- . *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021a.
- . «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (J. Portocarrero Quispe, Trad.)» *Revista Española de Derecho Constitucional* 91 (2011): 11-29.
- . «Principios formales. Algunas respuestas a los críticos.» En *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto de los principios formales en la interpretación constitucional*, de Jorge Portocarrero Quispe, 23-58. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016c.
- . «Ralf Dreier: In Memoriam.» *Ratio Juris* 32, n° 4 (2019): 529-530.
- . «Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis.» *The American Journal of Jurisprudence* 58, n° 2 (2013a): 97-110.
- . *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Tercera. Traducido por Manuel Atienza y Isabel Espejo. Lima: Palestra Editores, 2016.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- . «The Ideal Dimension of Law.» En *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, editado por George Duke y Robert P. George, 314-341. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

- . «Una defensa de la fórmula de Radbruch.» *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 5 (2001): 75-95.
- Álvarez Medina, Silvina. «Razonabilidad, corrección moral y coto vedado.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 30 (2007): 39-43.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- . «Los derechos como objeto de análisis: entre la filosofía y la sociología.» *Teoría & Derecho* 29 (2021): 186-211.
- . *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Aristóteles. *Política*. Traducido por Salvador Rus Rufino. Madrid: Tecnos, 2018.
- Atienza, Manuel. «Algunas tesis sobre el razonamiento judicial.» En *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, editado por Josep Aguiló Regla y Pedro Grández Castro, 11-42. Lima: Palestra Editores, 2017.
- . «Entrevista a Robert Alexy.» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2001: 671-687.
- . «García Amado y el Objetivismo moral.» *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* 27 (2020): 44-57.
- . *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2016.
- Atria, Fernando. *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Austin, John. *El objeto de la jurisprudencia*. Traducido por Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- . *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, 1832.
- . *The Province of Jurisprudence Determined*. London: Weidenfeld & Nicholson, 1954.
- . *The Province of Jurisprudence Determined*. Editado por Wilfrid, E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Barak, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducido por Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.

- Barberis, Mauro. *El realismo jurídico europeo-continental*. Vol. I, de *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero, 227-240. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- . «Un poco de realismo sobre el realismo «genovés».» En *El realismo jurídico genovés*, de Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni Battista Ratti, 201-2015. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Barranco Avilés, María del Carmen. «El papel del juez en el Estado constitucional.» *Anuario de filosofía del derecho* 22 (2005): 113-130.
- Bentham, Jeremy. *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*. Editado por Herbert L. A. Hart y James H. Burns. London: Athlone Press, 1977.
- . *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Editado por Herbert L. A. Hart y James H. Burns. London: Athlone Press, 1970b.
- . *Of Laws in General*. Editado por Herbert L. A. Hart. London: Athlone Press, 1970a.
- Bernal Pulido, Carlos. «Estructura y límites de la ponderación.» *Doxa* núm. 26 (2003): 225-238.
- Biggar, Nigel, y Rufus Black, . *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School*. New York: Routledge, 2016.
- Bingham, Tom. *El estado de Derecho*. Traducido por Eduardo Medina Mora y Marco Tulio Martínez Cosío. México: Tirant lo Blanch, 2018.
- Bisogni, Giovanni. «¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. HART y la regla de adjudicación.» *Isonomía* 42 (2015): 9-45.
- Bix, Brian H. «Kelsen, Hart and legal normativity.» *Kelsen, Hart and legal normativity* 34 (2018).
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1991.
- Bongiovanni, Giorgio, Giovanni Sartor, y Chiara Valentini. *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009.

- Bonorino, Pablo Raúl. *Dworkin*. Lima: ARA Editores, 2010.
- Botero Bernal, Andrés. «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Unamirada más allá del “Último mohicano”.» *Revista Filosofía UIS* 16, n° 2 (2017): 304-324.
- Bourdieu, Pierre. *El sentido práctico*. Traducido por Álvaro Pazos. Madrid: Taurus, 1991.
- . *Sociología y Cultura*. Traducido por Martha Pou. México: Grijalbo, 1990.
- Brenner, Saul, y Harold J. Spaeth. *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*. Traducido por Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Bulygin, Eugenio. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos.» *Doxa* 9 (1991a): 257-279.
- . «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero.» *Doxa* 9 (1991b): 311-318.
- . «Sobre la regla de reconocimiento.» En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, 409-416. Madrid: Trotta, 2021.
- Calzetta, Alejandro. «An Analysis of Jeremy Bentham’s Quasi-Realistic Model of Legal Competence.» En *Legal Power and Legal Competence. Meaning, Normativity, Officials and Theories*, editado por G. Villa-Rosas y Torben Spaak, 261-288. Cham: Springer, 2023.
- Campbell, Tom. «El sentido del positivismo jurídico.» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 25 (2002): 303-331.
- . *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Traducido por Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2008.
- Carrió, Genaro. «Dworkin y el positivismo jurídico.» En *Notas sobre derecho y lenguaje*, de Genaro Carrió, 321-371. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.
- Castignone, Silvana, y Riccardo Guastini. *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*. Genova: Ecig, 1989.
- Castillo Córdova, Luis. *Constitución y Tribunal Constitucional*. Puno: Zela, 2021.

- . *El Derecho Constitucional creado por el Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.
- . «Procesos constitucionales y principios procesales.» En *Derecho procesal constitucional*, de Manuel Martínez, 107-131. Lima: Ediciones Legales, 2011.
- Chávez-Fernández Postigo, José. «Las consecuencias jurídicas de los defectos morales dle Derecho: Una propuest a partir del debate entre Alexy y Finnis.» *Prudentia Iuris* 92 (2021): 125-158.
- Cheng, Long. *A Systematic Conception of the Rule of Law: Definition, Morality and Aspiration*. Doctoral dissertation, The Chinese University of Hong Kong, Hong Kong: ProQuest Dissertations Publishing, 2020.
- Chiassoni, Pierluigi. *El Análisis Económico del Derecho*. Traducido por Felix Morales Luna. Lima: Palestra Editores, 2013.
- Coleman, Jules. «Second Thoughts and Other First Impressions.» En *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory.*, editado por Brian Bix, 257-322. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- . «Truth and Objectivity in Law.» *Legal Theory* 1 (1993): 33-68.
- Comanducci, Paolo. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.» *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 16 (2002): 90-112.
- Correas, Óscar, ed. *El otro Kelsen*. México: Universidad Autónoma de México, 1989.
- Cracciolo, Ricardo A. «Sistemas jurídicos y regla de reconocimiento.» *Doxa* 9 (1991): 295-310.
- Cross, Rupert, y James William Harris. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- De Asís Roig, Rafael. *El razonamiento judicial*. Lima: Ara Editores, 2007.
- . *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- De Cossio, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: Alianza, 1977.
- Devlin, Patrick. *La imposición de la moral*. Traducido por Miguel Ángel Ramiro, Andrea Rodríguez Liboreiro y Marta Sosa. Madrid: Dykinson, 2010.

- . *The enforcement of morals*. London-New York: Oxford University Press, 1965.
- Díaz, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1988.
- Dworkin, Ronald. «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?»
En *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, 475-512. Barcelona: Crítica, 1994.
- . *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*. Traducido por Matías Parmigiani. Lima: Palestra Editores, 2019.
- . *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Traducido por Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1994.
- . *El imperio del Derecho*. Traducido por Juan Iosa y Tomás Céspedes. Barcelona: Gedisa, 2022.
- . «El modelo de las normas (I).» En *Los derechos en serio*, traducido por Marta Guastavino, 61-101. Barcelona: Ariel, 1989a.
- . «En qué se parece el derecho a la literatura.» En *Una cuestión de principios*, traducido por Victoria Boschioli, 191-215. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- . *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- . *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986.
- . *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
- . *Los derechos en serio*. Segunda. Traducido por Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989b.
- . «No Right Answer?» En *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, editado por Peter Michael Stephan Hacker y Joseph Raz, 58-84. Oxford: Clarendon Press, 1977.

- . «Objectivity and truth: you better believe it.» *Philosophy & Public Affairs* 25, n° 2 (1996): 87-139.
- . «Pragmatism, Right Answers and True Banality.» En *Pragmatism in Law and Society*, editado por Michael Brint y William Weaver, 359-388. Boulder: Westview Press, 1991.
- . *Taking Rights Seriously*. Second. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- . «The Model of Rules.» *The University of Chicago Law Review* 35, n° 1 (1967): 14-46.
- . *Una cuestión de principios*. Traducido por V. Boschioli. Buenos Aires: Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2013.
- Dyer, Edward. *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*. Lima: Ara Editores, 2015.
- Ehrenberg, Kenneth M. «The Institutionality Of Legal Validity.» *Philosophy and Phenomenological Research* 100, n° 2 (2020): 277-301.
- El-Khoury, Naiade, y Rüdiger Wolfrum. «Rule of Law.» En *Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, editado por Rainer Grote, Frauke Lachenmann y Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Etcheverry, Juan B. «Entrevista a John M. Finnis.» *Doxa* 35 (2012): 859-867.
- Eto Cruz, Gerardo. *El incumplimiento de las sentencias exhortativas vinculantes del Tribunal Constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad por omisión de configuración jurisprudencial*. Vol. II, de *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú*, 513-526. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2014.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Ferrer, Jordi. *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Figuroa Gutarra, Edwin. «El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos.» *Pensamiento Constitucional* 18 (2013): 199-222.
- Finnis, John. *Absolutos Morales: Tradición, Revisión y Verdad*. Traducido por Juan José García Norro. Barcelona: EUNSA, 1992.

- . *Aquinas: Moral, Political and Legal Thought*. Oxford-New York: (Oxford University Press, 1998.
- . *Fundamentals of Ethics*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983.
- . *Human Rights and Common Good: Collected Essays Volume III*. New York: Oxford University Press, 2011d.
- . *Intention and Identity: Collected Essays Volume II*. New York: Oxford University Press, 2011c.
- . «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's 'Ideal Dimension'.» *The American Journal of Jurisprudence* 59 (2014): 85-109.
- . *Ley natural y derechos naturales*. Traducido por Cristobal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- . *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*. Washington D.C.: Catholic University of America Press, 1991.
- . *Natural Law and Natural Rights*. Second. New York: Oxford University Press, 2011a.
- . *Philosophy of Law: Collected Essays Volume IV*. New York: Oxford University Press, 2011e.
- . *Reason in Action: Collected Essays Volume I*. New York: Oxford University Press, 2011b.
- . *Religion and Public Reason: Collected Essays Volume V*. New York: Oxford University Press, 2011f.
- . *Tomás de Aquino: Teoría Moral, Política y Jurídica*. Traducido por Fabio Morales. Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Soceidad, 2019.
- Fioravanti, Mauricio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducido por M. Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Fix-Zamudio, Héctor. *La justicia constitucional en América Latina*. Vol. IV, de *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas (Ed.), 451-532. México, DF.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Gloucester: Peter Smith, 1970.

- Fuller, Lon L. *La moral del Derecho*. Traducido por F. Navarro. México: Trillas, 1967.
- . *The Morality of Law*. New Haven-London: Yale University Press, 1964.
- García Amado, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- . *Razonamiento Jurídico y Argumentación, Nociones Introductorias*. Puno: Zela, 2019.
- García Belaunde, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Cuarta. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.
- . «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional.» *Revista Iberoamericana de derecho Procesal Constitucional* 7 (2007): 139-147.
- . «Los orígenes del precedente constitucional en el Perú.» *Ius Inkarrí* 9 (2020): 15-31.
- García Belaunde, Domingo, y Eloy Espinosa-Saldaña. *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores, 2006.
- García Belaunde, Domingo, y Walter Gutiérrez Camacho. *Las Constituciones del Perú*. Lima: Ministerio de Justicia, 1993.
- Gardner, John. *El Derecho como un salto de fe. Ensayos sobre el Derecho en general*. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- . *Law as a leap of faith*. Croydon: Oxford University Press, 2012.
- Garzón Valdés, Ernesto. «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 21, n° 2 (1998): 145-166.
- Gascón Abellan, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Tercera. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- George, Robert P. «Introduction. The Achievement of John Finnis.» En *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, editado por John Keown y Robert P. George, 1-9. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Ghirardi, Olsen. *El Razonamiento Judicial*. Lima: Academia de la Magistratura, 1997.

- González Lagier, Daniel. *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*. Lima: Paelstra Editores, 2020.
- Grández Castro, Pedro. «Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú.» En *Estudios al precedente constitucional*, de Pedro Grández Castro y Edgar Carpio Marcos, 79-106. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Grisez, Germain. *Contraception and the Natural Law*. Milwaukee: The Bruce Publishing Company, 1964.
- Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducido por Jordi Ferrer. Madrid: Gedisa, 1999.
- . *Interpretar y argumentar*. Segunda. Traducido por Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- Guest, Stephen. *Ronald Dworkin*. Third. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- Gutiérrez Canales, Raúl. «El Bicentenario de la independencia del Perú y el gran reto de la cultura constitucional.» En *Reflexiones constitucionales sobre el bicentenario. Significado, importancia y retos en la forja del Estado Constitucional peruano*, de Ernesto (Coord.) Blume Fortini, 549-558. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2021.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducido por María Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Hägerström, Axel. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953.
- . *Philosophy and Religion*. Traducido por R. T. Sandin. London: Ed. George Allen & Unwin Ltd., 1964.
- Hakansson Nieto, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra, 2020a.
- . *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Lima: Palestra, 2014.
- . «Los procesos constitucionales.» En *Los procesos en el sistema jurídico peruano*, de Luis Castillo Córdova. Lima: Palestra, 2020b.
- Hamilton, Alexander, James Madison, y John Jay. *The Federalist*. Editado por Terence Ball. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

- Haro, Ricardo. «La Razonabilidad y las Funciones de Control.» *Ius et Praxis* 7, n° 2 (2001): 179-186.
- Hart, Herbert L. A. *Derecho, Libertad y Moralidad*. Traducido por Miguel Ángel Ramiro Avilés. Madrid: Dykinson, 2006.
- . *El concepto del Derecho*. Tercera. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.
- . *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- . *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- . «Introduction.» En *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, de John Austin, vii-xxi. London: Weidenfeld & Nicolson, 1954.
- . «Kelsen Visited.» *UCLA Law Review* 10 (1963a): 709-728.
- . *Law, Liberty and Morality*. London: Oxford University Press, 1963b.
- . «Legal and Moral Obligation.» En *Essays in Moral Philosophy*, de A. I. Melden, 82-107. Seattle: University of Washington Press, 1958.
- . «Lon L. Fuller: The Morality of Law.» En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 343-364. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- . «Positivism and the Separation of Law and Morals.» *Harvard Law Review* 71 (1958): 593-629.
- . «Post Scriptum.» *Estudios Públicos* 65 (1997): 225-263.
- . *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- . «Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño.» En *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, editado por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, traducido por José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, 327-350. Grijalbo: Crítica, 1994.
- Hart, Herbert L. A., y Tony Honoré. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1959.
- Hensel, Adolf. «Diskussionsbeitrag.» *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 4 (1928): 190-191.

- Hernández Gil, Antonio. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- Hernández Marín, Rafael. *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Hernández-Sampieri, Roberto, y Christian Paulina Mendoza Torres. *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. México: McGraw-Hill Interamericana Editores, 2018.
- Herrera Pérez, Enlil Iván. «El problema del activismo judicial en la decisión estructural. Una propuesta a partir de la justicia dialógica.» *Vox Juris* 40, n° 1 (2022): 57-65.
- . «La motivación constitucionalmente deficitaria: ¿exigencia de motivación o una vía arbitraria para la revisión de causas?» En *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*, de Juan Pablo Lionetti de Zorzi y Helga María Lell, 51-57. Santa Rosa: EdUNLPam, 2020.
- . «Justicia constitucional, discrecionalidad judicial, y principialismo.» *Revista de la Facultad de Derecho* 55 (2023b): 1-16.
- . «Reglas de competencia y cadena de validez. A propósito de los Decretos Supremos de estado de emergencia en Perú.» *Revista Derecho* 12 (2023a): 109-128.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Segunda. Traducido por Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Hohfeld, W. N. *Fundamental Legal Conceptions, as applied in judicial reasoning, and other legal essays*. Primera. New Haven: Yale University Press, 1919.
- Holmes, Oliver Wendell Jr. *La senda del derecho*. Traducido por José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Hospers, John. *Introducción al análisis filosófico*. Traducido por J. C. Armero. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- Howarth, David, y Shona Wilson Stark. «H.L.A. Hart's secondary rules: what do 'officials' really think?» *International Journal of Law in Context* 14, n° 1 (2018): 61-86.

- Iosa, Juan, y Pablo A. Rapetti. «Estudio preliminar: El imperio del desacuerdo.» En *El imperio del Derecho*, de Ronald Dworkin, xv-xlix. Barcelona: Gedisa, 2022.
- Iturralde Sesma, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Madrid: Civitas, 1995.
- Jellinek, Georg. *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich. Alfred Hölder*. Alfred Hölder, K.K. Hof-und Universitäts-Buchhändler, 1885.
- Jestaedt, Matthias. «Ein Klassiker der Rechtstheorie. Die »Reine Rechtslehre« aus dem Jahre 1960.» En *Reine Rechtslehre Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*, de Hans Kelsen, XIII-XCV. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- . «Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung.» En *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Studienausgabe der 1. Auflage 1934)*, de Hans Kelsen, XI-LXII. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Kahn, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Traducido por Daniel Bonilla. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Kahneman, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducido por Joaquín Chamorro Mielke. Lima: Debolsillo, 2021.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducido por Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Traducido por Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2008b.
- . «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?» En *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, traducido por R. J. Brie, 289-434. Tecnos, 2018.
- . «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?» En *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, traducido por R. J. Brie, 289-434. Madrid: Tecnos, 2018.
- . *Autobiografía*. Editado por Matthias Jestaedt. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008a.

- . *Buchbesprechung Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie, Wien und Leipzig 1912 (1915)*. Vols. Band 3. Veröffentlichte Schriften 1911–1917, de *Hans Kelsen Werke*, 533-541. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- . *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)*. Vols. Band 4. Veröffentlichte Schriften 1918–1920, de *Hans Kelsen Werke*, 235-572. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- . «Diskussionsbeitrag.» *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 4 (1928): 168-180.
- . *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Traducido por Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.
- . *Esencia y valor de la democracia*. Traducido por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lecambra. Editorial Labor, 1934b.
- . *Esencia y valor de la democracia*. Traducido por R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lecambra. Editorial Labor, 1934.
- . *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. Vol. 15, traducido por R. Tamayo y Salmorán, 249-300. 2011a.
- . *La teoría del Estado de Dante Alighieri*. Traducido por Juan Luis Requejo. Barcelona: KRK, 2019.
- . *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. Traducido por Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Losada, 1941.
- . «Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses.» *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1928: 71-94.
- . *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Traducido por Wenceslao Roces. México: Porrúa, 1987.
- . *Reine Rechtslehre Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*. Editado por Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

- . *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Studienausgabe der 1. Auflage 1934)*. Editado por Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- . *Teoría general de las normas*. Traducido por Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducido por Eduardo García Máynez. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- . *Teoría general del Estado*. Traducido por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934a.
- . *Teoría pura del Derecho*. Traducido por Moisés Nilve. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.
- . *Teoría pura del Derecho*. Traducido por Roberto Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- . *Teoría pura del Derecho*. Segunda. Traducido por Roberto J. Vernengo. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Klatt, Matthias. «La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 43 (2020): 219-252.
- Kramer, Matthew. «Power-Conferring Laws and the Rule of Recognition.» *Jerusalem Review of Legal Studies* 19, n° 1 (2019): 87-99.
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele. «La contribución de Adolf Merkl a la Teoría pura del Derecho.» *Revista de la Facultad de Derecho de México* 55, n° 244 (2005): 258-243.
- Lacey, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Landa Arroyo, César. *Derechos fundamentales y justicia constitucional*. México: Porrúa, 2011b.
- . *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Lima: Palestra Editores, 2011a.
- . *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

- Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag, 1975.
- . *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Segunda. Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.
- Leiter, Brian. *Realismo jurídico estadounidense*. Vol. I, de *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero, 241-276. Universidad Nacional de México, 2015.
- Lombardi, Giorgio. «La querella Schmitt/Kelsen. Consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX.» En *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, editado por J. L. Aja Sánchez, IX-LXXII. Tecnos, 2018.
- Lonergan, Bernard. *Insight: A Study of Human Understanding*. New York: Philosophical Library, 1957.
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis Editores, 2004.
- Losano, Mario G. «La dottrina pura dal logicismo all'irrazionalismo.» En *Teoria generale delle norme*, de Hans Kelsen, XVII-LXI. Torino: Giulio Einaudi editore, 1985a.
- . «La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo.» *Doxa* 2 (1985b): 55-85.
- . «Saggio introduttivo.» En *La dottrina pura del diritto*, de Hans Kelsen, XIII-LVII. Torino: Giulio Einaudi editore, 1966.
- MacCormick, Neil. «Book Review: A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream.» *Social & Legal Studies* 14, n° 3 (2005): 433-435.
- . *H.L.A. Hart*. Second. California: Stanford University Press, 2008.
- . «Natural Law and the Separation of Law and Morals.» En *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, editado por Robert P. George, 105-133. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- . *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Traducido por José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores, 2018.

- Malminen, Toni. *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*. Traducido por Francisco J. Campos Zamora. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural.» En *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, de John Finnis, XXI-LXIII. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Matczak, Marcin. «Speech act theory and the rule of recognition.» *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought* 10, n° 4 (2019): 552-581.
- Mayer, Heinz. «Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico.» *Revista de la Facultad de Derecho de México* 55, n° 244 (2005): 259-263.
- Merkel, Adolf Julius. «Il duplice volto del diritto.» En *Il duplice volto del diritto. II sistema kelseniani e altri saggi*, traducido por Carmelo Geraci, 99-128. Milano: Giuffré, 1987.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Traducido por M. V. M. Vol. I. Madrid: Rosa, 1821.
- Monti, Ezequiel. «Two Views of the Rule of Recognition.» *Jerusalem Review of Legal Studies* 19, n° 1 (2019): 100-109.
- Moore, Michael S. «Semántica, metafísica y objetividad en el derecho.» En *Derecho y Verdad IV. Problemas*, de G. Sucar y J. Cerdio, 597-654. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Mora Sifuentes, Francisco. «H. L. A. Hart: vida y contexto filosófico.» *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho* 13 (2019): 273-319.
- Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Moreso, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra, 2014.
- Moreso, José Juan, y Josep M. Vilajosana. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Moreso, José Juan, y Pablo E. Navarro. «Kelsen y la Teoría Pura del Derecho.» En *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen, 7-47. Buenos Aires: Colihue, 2011.

- Mullock, Philipp. «Power-Confering Rules & The Rule of Recognition.» *University of Pittsburgh Law Review* 36 (1975): 23-33.
- Muñoz Oliveira, Luis Humberto. *La razonabilidad como virtud*. Tesis doctoral, Departament de Filosofia, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona: Repositorio TDX, 2008.
- Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*. Barcelona: Anthropos, 2015.
- Nieva Fenoll, Jordi. «Trasfondo psicológico de la independencia judicial.» En *La independencia judicial: Un constante asedio*, editado por Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza, 23-37. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Segunda. Barcelona: Ariel, 2013.
- . *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2013.
- Olechowski, Thomas. «Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich.» En *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, editado por K. Sommermann y B. Schaffarzik, 1099-1130. Springer, 2019.
- . *Hans Kelsen Biographie eines Rechtswissenschaftlers*. Mohr Siebeck, 2020.
- Olivecrona, Karl. *El derecho como hecho*. Barcelona: Labor, 1980.
- Orrego, Cristóbal. «Estudio preliminar.» En *Ley natural y derechos naturales*, de John Finnis, 9-32. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- . «Herbert L. A. Hart.» En *Juristas Universales*, de Rafael Domingo, 495-502. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Pattaro, Enrico. *Hägerström, Axel*. Vol. Volume 3: From Ross to Dworkin and Beyond, de *Handbook of the History of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, editado por Gianfrancesco Zanetti, Mortimer Sellers y Stephan Kirste, 113-121. Cham: Springer, 2023.
- Paulson, Stanley L. «Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory.» *Oxford Journal of Legal Studies* 19, nº 2 (1999): 351-364.
- . «Continental Normativism and Its British Counterpart: How Different Are They?» *Ratio Juris* 6, nº 3 (1993): 227-244.

- . «Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization.» *Oxford Journal of Legal Studies* 18, nº 1 (1998): 153-166.
- . *The Basic Norm*. Vol. 2, de *Vienna Lectures on Legal Philosophy*, editado por Christoph Bezemek, Michael Potacs y Alexander Somek, 41-90. Oxford: Hart Publishing, 2020.
- Pavlakos, George. «Introducción.» En *Derecho, derechos y discurso. La filosofía jurídica de Robert Alexy*, editado por George Pavlakos, traducido por Jorge Alexander Portocarrero Quispe, 17-32. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- . «Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante.» En *El Derecho dúctil*, de Gustavo Zagrebelsky, 157-173. Madrid: Trotta, 1995.
- . *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. México: Fontamara, 2000.
- Pegoraro, Lucio. “Político” y “jurisdiccional” cien años después del *Verfassungsgerichtshof* (¿Qué queda de Kelsen?). Vol. II, de *Cultura Constitucional y Derecho Viviente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, de Gorki Gonzales Mantilla, 1265-1312. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2021.
- . *Concentrado/difuso: una dicotomía agotada*. Vol. II, de *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, de Antonio Ruggeri, 1725-1741. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- . «Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último).» *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 23, nº 1 (2019): 43-86.
- Pegoraro, Lucio, y Angelo Rinella. *Derecho constitucional comparado*. Vol. III. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- . *Derecho constitucional comparado*. Vol. II. Buenos Aires: Astrea, 2018.

- Perelman, Chaim. *De la justicia*. Traducido por Ricardo Guerra. México: Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.
- Perelman, Chaim, y Lucie Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Traducido por Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Editorial Gredos, 1989.
- Perona, Riccardo. «Reasonableness.» En *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, editado por Rainer Grote, Frauke Lachenmann y Rüdiger Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Pino, Giorgio. «Farewell to the Rule of Recognition.» *Problema* 5 (2011): 265-299.
- Portocarrero Quispe, Jorge Alexander. «Introducción.» En *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*, editado por Jorge Alexander Portocarrero Quispe, 13-22. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Traducido por Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Traducido por M. Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- Ramírez Cleves, Gonzalo A., ed. *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- . *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducido por Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- . *La autoridad del Derecho*. Traducido por R. Tamayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- . *The Authority of Law*. Second. New York: Oxford University Press, 2009.
- Rodilla, Miguel Ángel. «Presentación.» En *Teoría general de las normas*, de Hans Kelsen, 19-25. Madrid: Marcial Pons, 2018.

- Rodríguez Santander, Roger. «El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos.» En *Estudios al precedente constitucional*, de Edgar Carpio Marcos y Pedro Grández Castro, 15-78. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Ross, Alf. «El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural.» En *El concepto de validez y otros ensayos*, traducido por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, 7-29. México: Fontamara, 1991a.
- . *Sobre el derecho y la justicia*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.
- Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.
- . «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin.» *Doxa* 9 (1991): 281-293.
- Sáenz Dávalos, Luis R. «Precedente vinculante.» En *Comentarios al nuevo Código Procesal Constitucional*, de Yelena Meza Torres, 103-106. Lima: Jurista Editores, 2022.
- Sagüés, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. Cuarta. Vol. I. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- . *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- Sar Suárez, Omar. «El precedente y la jurisprudencia constitucional en el Perú: ¿"Golpe de estrado" o supremacía de la Constitución?» *Gaceta Constitucional* 54 (2012): 279-285.
- Sar Suárez, Omar, y José Francisco Raffo Miranda. «La revisión constitucional de las decisiones políticas por la vía del proceso competencial.» *Vox Juris* 39, n° 2 (2021): 76-92.
- Sardo, Alessio. «Teorías de la ponderación. Análisis crítico.» En *La argumentación jurídica en el estado constitucional*, editado por Pedro Grández Castro y Felix Morales Luna, 239-272. Lima: Palestra Editores, 2013.
- Scalia, Antonin. *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Traducido por Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra, 2015.

- Scarpelli, Uberto. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Editado por Silvia Zorxetto y Álvaro Núñez Vaquero. Traducido por César E. Moreno More. Puno: Zela, 2021.
- Schmitt, Carl. «La defensa de la Constitución.» En *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, traducido por M. Sánchez Santos, 1-287. Madrid: Tecnos, 2018.
- . *Teología política*. Traducido por F. J. Conde y J. Navarro Pérez. Editorial Trotta, 2009.
- . *Teoría de la Constitución*. Traducido por F. Ayala. Alianza Editorial, 1996.
- Schütze, Robert. «Constitutionalism(s).» En *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, editado por Roger Masterman y Robert Schütze, 40-66. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Sebok, Anthony J. *Legal Postivism in Amrican Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Sendín, José Antonio. *La filosofía moral de Hans Kelsen*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Serna, Pedro, y Fernando Toller. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- Slapper, Gary, y David Kelly. *The English Legal System*. Eighteenth. Abingdon: Routledge, 2017.
- Sotomayor Trelles, Enrique. *Argumentación jurídica. Una introducción*. Puno: Zela, 2021.
- Tarello, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- Toh, Kevin. «Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy.» *Law and Philosophy*, 2015: 333-368.
- Toulmin, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Traducido por María Morrás y Victoria Pineda. Madrid: Marcial Pons, 2019.

- Troper, Michel. «La máquina y la norma: Dos modelos de Constitución.» *Doxa* 22 (1999): 331-348.
- Van Eemeren, Frans H. *Reasonableness and Effectiveness in Argumentative Discourse. Fifty Contributions to the Development of Pragma-Dialectics*. Cham: Springer, 2015.
- Vega-Gomez, Juan. *Hart, Herbert Lionel Adolphus*. Vol. Volume 3: From Ross to Dworkin and Beyond, de *Handbook of the History of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, editado por Gianfrancesco Zanetti, Mortimer Sellers y Stephan Kirste, 123-133. Cham: Springer, 2023.
- Waluchow, Wilfrid Joseph. «Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice.» *Law and Philosophy* 4 (1985b): 41-70.
- Waluchow, Wilfrid Joseph. «Herculean Positivism.» *Oxford Journal of Legal Studies* 5 (1985a): 187-210.
- . «Lessons from Hart.» *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 5 (2011): 363-383.
- . *Positivismo Jurídico Incluyente*. Traducido por Marcela S. Gil y Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Walzer, Michael. «Philosophy and Democracy.» *Political Theory* 9, n° 3 (1981): 379-399.
- Wenzel, Max. «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung (Gesetz und Recht).» *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 4 (1928): 136-166.
- Wróblewski, Jerzy. «Legal Decision and its Justification.» *Le Raisonement Juridique: Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale* 14, n° 53/54 (1971): 409-419.
- Zagrebelsky, Gustavo. «¿Derecho Procesal Constitucional?» *Revista peruana de derecho procesal* 4 (2001): 399-416.

APÉNDICE

Matriz de consistencia del proyecto de investigación.

PROBLEMA	OBJETIVOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	METODOLOGÍA	INFORMANTES	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>1. INTERROGANTE PRINCIPAL ¿Cuándo una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho?</p> <p>2. INTERROGANTES ESPECÍFICAS a) ¿Qué conceptos de razonabilidad se formulan en las teorías jurídico-filosóficas? b) ¿Qué caracteriza al Estado Constitucional de Derecho? c) ¿Cuáles son las exigencias de motivación de una decisión judicial?</p>	<p>1. OBJETIVO GENERAL Evaluar cuando una decisión judicial es razonable en un Estado Constitucional de Derecho.</p> <p>2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS a) Identificar los conceptos de razonabilidad que se formulan en las teorías jurídico-filosóficas. b) Argumentar una caracterización del Estado Constitucional de Derecho. c) Establecer las exigencias de motivación de una decisión judicial.</p>	<p>RAZONABILIDAD</p> <p>ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO</p>	<p>- Razonabilidad objetiva (como respuesta objetivamente correcta), - Razonabilidad subjetiva (como respuesta subjetivamente correcta). - Razonabilidad intersubjetiva (como respuesta compartida intersubjetivamente).</p> <p>- Surgimiento - Caracteres - Paradigmas</p>	<p>Por el tipo, se trata de una investigación jurídica dogmática (no empírica). Por el objetivo, de una investigación básica. Por el alcance del estudio, de una investigación descriptiva-valorativa. Por las herramientas metodológicas, de una investigación cualitativa-documental.</p> <p>El diseño de la investigación es mixto, basado en una adaptación del diseño de teoría fundamentada adaptado a la investigación jurídica, y en los métodos de la argumentación jurídica.</p>	<p>Siendo que el presente estudio no requirió un abordaje empírico, no se recurrió a informantes claves. El tipo de fuente central en esta investigación es la fuente documental o bibliográfica, la cual es constituida de manera primaria por los estudios doctrinales, así como por los pronunciamientos judiciales, tanto de Cortes peruanas como extranjeras pertenecientes a sistema jurídicos que se vinculan (o buscan vincularse) al Estado Constitucional de Derecho, relativos a la noción de razonabilidad.</p>	<p>Por el tipo de investigación, para la recolección de datos se empleó la técnica de la revisión documental, utilizando como instrumento una ficha bibliográfica. Ello, con el propósito de servir a la construcción de las categorías de <i>razonabilidad y Estado Constitucional de Derecho</i>.</p>
<p>Justificación de la investigación. La relevancia de abordar la problemática propuesta no sólo incide en un plano teórico, esto es, en la comprensión de la noción de razonabilidad en el Estado Constitucional de Derecho; sino también, de manera indirecta –al no tratarse de una investigación aplicada- en la práctica judicial misma, en la que parece exigirse que las decisiones de los jueces cumplan con un estándar de razonabilidad</p>						

Ficha bibliográfica

DATOS GENERALES:			
Tipo de fuente:		Idioma:	
Autor:		Año:	
Título:		Edición:	
Editor, coordinador, director, y título de la obra general: (En caso de tratarse de un capítulo de libro, o de un artículo científico)			
Ciudad:		Editorial/Revista:	
DATOS ESPECÍFICOS:			
Resumen:			
Palabras clave:			
Segmentos relevantes del texto: (Fragmento y página)			