Revista Debate Jurídico Ecuador. Revista Digital de Ciencias Jurídicas. UNIANDES
ISSN 2600-5549/ Vol. 8 / Nro. 2 / mayo- agosto / Año. 2025 / pp. 220-238

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

# UN ACERCAMIENTO A LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL DERECHO

*AN APPROACH TO THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF LAW ARGUMENTATION*

**Barrancos Hernández, Fabiola**
notaria112fbh@gmail.com; Notaría de Fe Pública Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz, Bolivia
**https://orcid.org/0009-0007-7093-983X**

**Chinea Guevara de Rosales, Josefina**
josefinac64@gmail.com; Universidad Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz, Bolivia
**https://orcid.org/0009-0007-9599-3779**

Recibido: 24/01/2025
Revisado: 25/01/2025
Aprobado: 15/04/2025
Publicado: 01/05/2025

**https://doi.org/10.61154/dje.v8i2.3968**

**RESUMEN**

El documento ofrece un recorrido por las bases teóricas de la argumentación jurídica, desde el derecho natural hasta las teorías contemporáneas del neoconstitucionalismo y la ponderación, resaltando la importancia de los principios, valores y la racionalidad en la interpretación y aplicación del derecho. Para ello se aplicó como método del nivel empírico al análisis de documentos para la sistematización de la doctrina, la jurisprudencia y la normativa relativas al tema de análisis. En este orden se utilizaron métodos teóricos como: Análisis-síntesis, inductivo- deductivo y abstracto- concreto. Que permitieron conformar un marco teórico que permite abordar las distintas formas en que los aplicadores del derecho interpretan la norma constitucional, porque en Derecho no solamente los Tribunales Constitucionales tienen entre sus funciones el control de constitucionalidad o de convencionalidad, sino que se constituyen, en el Constitucionalismo moderno, diversas formas de control difuso de la

constitucionalidad o convencionalidad que exigen, al jurista que aplica el derecho al caso, argumentar sus razonamientos decisorios en uno u otro sentido cuando se involucran en las decisiones derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad reconocido.

**DESCRIPTORES DE CONTENIDO:** Argumentación; fundamentos de la argumentación; argumentación jurídica; la argumentación en sede notarial.

**ABSTRACT**

This document offers an overview of the theoretical foundations of legal argumentation, from natural law to contemporary theories of neo-constitutionalism and balancing, highlighting the importance of principles, values, and rationality in the interpretation and application of law. To this end, the empirical method was applied to document analysis to systematize the doctrine, jurisprudence, and regulations related to the subject of analysis. Theoretical methods used were analysis-synthesis, inductive-deductive, and abstract-concrete. Which allowed the creation of a theoretical framework that allows us to address the different ways in which those who apply the law interpret the constitutional norm, because in Law not only the Constitutional Courts have among their functions the control of constitutionality or conventionality, but also, in modern Constitutionalism, various forms of diffuse control of constitutionality or conventionality are constituted that require the jurist who applies the law to the case to argue their decision-making reasoning in one way or another when rights that are part of the block of recognized constitutionality are involved in the decisions.

**CONTENT DESCRIPTORS:** Argumentation; foundations of argumentation; legal argumentation; argumentation in a notarial setting.

## INTRODUCCIÓN

Actualmente en la doctrina del derecho notarial, ha aparecido una nueva consideración del derecho notarial, que implica no solo la aplicación técnica de un sistema decimonónico de interpretación legal, sino la concreción de una argumentación del derecho que justifique lo que a cada uno corresponde en el seno del documento. Esta concepción del derecho notarial presenta elementos esenciales que justifican su importancia, y que desplazan a los antiguos, que no desaparecen, pero que se mantienen de manera secundaria.

De tal manera que manera, que los deberes éticos notariales aplicados determinan el aspecto esencial del ejercicio actual de la función fedante, ya que la concreción de estos determina un auténtico documento justo, que presupone una preocupación por el valor justicia y una comprensión de la prudencia notarial en la aplicación del derecho.

La doctrina jusfilosófica ha indicado una mutación del paradigma jurídico sufrido por el mundo contemporáneo a la luz de los cambios en la manera y en la forma de vivir. Si la vida muta,

también muta el derecho, y más específicamente, la manera de ejercer las profesiones jurídicas. El jurista moderno ha pasado de un modelo de interpretación de la ley hacia una argumentación del derecho. A partir de la segunda guerra mundial, el derecho ha pasado de un normativismo a un principalísimo, por lo tanto, el modelo habitual de interpretación prácticamente ha fenecido y con él, las teorías que lo sustentaban han quedado al menos frente a una necesidad de un replanteamiento de sus bases y sus características principales. Se ha sustituido el modelo de interpretación —asociado al Estado de derecho legal— por un modelo de principios que le ordenan al jurista plantear su argumentación desde la constitución nacional —la argumentación se asocia a Estado de derecho constitucional.

Ahora bien, los fundamentos del derecho notarial tienen que ser consecuentemente diferentes a los actuales. De acuerdo a la autora Cristina Noemí Armella: “El notario es el primer interprete de la ley, porque su aplicación en el ámbito del acuerdo, del pacto, de la convención entre partes es anterior a cualquier conflicto y ese posterior acaecimiento de la controversia interesara luego al abogado y ulteriormente a los jueces que solo intervendrán para dirimirlo” (Armella, 2001, p. 14).

Esta investigación tiene entonces el objetivo central de explorar los fundamentos teóricos de la argumentación jurídica hoy a fin de establecer un marco teórico que sirva de sostén a investigaciones futuras sobre la argumentación notarial del derecho.

Su importancia radica en su trascendencia, porque resulta este marco teórico aplicable a otras investigaciones que se dirijan a precisar diferentes cuestiones de aplicación del derecho en diversos ámbitos de la actividad jurídica.

Por ello el objetivo de la investigación es:

Sistematizar la información teórica existente sobre la argumentación en el Derecho.

## MÉTODOS

La investigación tiene como base el enfoque cualitativo, de igual forma se basa en la dogmática jurídica, ya que se utilizan diversos compendios doctrinarios acerca de los temas más importantes de la problemática planteada que han sido desarrollados por distintos autores dentro de libros y artículos científicos de prestigio académico.

Se aplica como método del nivel empírico al análisis de documentos a partir de la revisión de la doctrina más avanzada al respecto. Para ello se incluyen libros, artículos científicos y tesis doctorales que abordan la problemática en cuestión. Todos de los últimos cinco años, que se encuentran en idioma Español y que fundamentalmente sean de tipo teórico.

Se utilizan para la búsqueda de la información y su entendimiento, métodos teóricos como: análisis- síntesis, inductivo-deductivo, abstracto-concreto e histórico lógico.



cc BY NC SA

## RESULTADOS

### 1. Principalismo y Neoconstitucionalismo

#### 1.1. Breves consideraciones sobre el iusnaturalismo

Los primeros antecedentes explícitos de una doctrina del derecho natural pueden encontrarse en la Antígona de Sófocles, aunque también podemos señalar algunos antecedentes en Oriente. En China, se hacía referencia a la naturaleza física, según la cual ella imprimía un ritmo sobre el agricultor; se consideraba que, si los resultados de la cosecha eran buenos, era porque los agricultores se habían puesto al ritmo de la dinámica de la naturaleza. este naturalismo tuvo su matiz religioso al considerar que la comunidad humana debía ser reflejo del orden del universo.

En Babilonia aparece el derecho natural como vía para corregir las imperfecciones de la ley positiva. en el antiguo Egipto, la figura del faraón que era considerado un dios viviente encarnaba la idea del derecho natural. El decálogo del pueblo judío representa una de las primeras positivizaciones del derecho divino. Los diez mandamientos otorgados por Dios al pueblo hebreo tuvieron fuerte impacto en lo jurídico, político y social.

La búsqueda de los principios universales e inmutables se trasladó primero a occidente, en la poesía de Homero, Hesíodo Y Sófocles. El derecho natural en la mitología griega estaba representado por la figura de la diosa Themis, encargada de convocar a los dioses a asamblea, defendiendo el orden del olimpo; era una especie de asesora legal de los dioses. También se encontraba Diké, la hija de Zeus y de Themis, encargada de los juicios, cuyo objetivo consistía en defender el derecho de los hombres ante sus enemigos.

Los filósofos cosmólogos dedicaron su estudio a la búsqueda del orden que rige el universo. El derecho natural estaría representado por la physis, que era la naturaleza, el elemento primordial que se encontraba detrás de las cosas, de carácter estable, unitario y sustancia primera de todas ellas.

Se ha señalado a Hippias de Elis como uno de los revolucionarios del derecho natural, en cuanto manifestaba: “a todos vosotros, qué os encontráis reunidos, os considero como parientes, que pertenecen los unos a los otros y como ciudadanos; y os considero así por naturaleza y no por ley, pues lo semejante está unido a los semejantes por naturaleza, en tanto la ley, este tirano de los hombres contradice frecuentemente a la naturaleza” (Montejano, 1967.p.12).

Con Hippias de Elis, señalaba Montejano (Montejano, 1967), “asistimos a la primera formulación revolucionaria del derecho natural. la naturaleza no encuentra en la ley positiva

humana su forma de expresión y complemento, sino también que son acérrimas enemigas que viven enfrentadas" (p.22)

Luego vendrán los aportes de Sócrates, quien equipara lo justo con la ley, sosteniendo que la divinidad es el fundamento de la ley humana positiva. "Platón busca el orden justo en la convivencia, partiendo de la naturaleza del hombre, del cual surge las polis. Esta institución es necesaria debido a la orfandad humana, ya que el hombre necesita del concurso de los demás a fin de llenar y satisfacer sus necesidades físicas y espirituales. La vida humana, pues sólo encuentra pleno desarrollo en las polis" (Montejano, 1967).

El aporte de Platón a la doctrina del derecho natural se advierte no sólo en cómo funda el estado en la naturaleza del hombre, sino al considerar que la razón natural humana debía prevalecer sobre la voluntad y el poder del estado debía estar justificado por el bien común. También se refirió al derecho a la resistencia contra las leyes que contradijeran las virtudes naturaleza humana.

Por su parte, Aristóteles, esas obras Ética a Nicómaco y la política, se refirió al bien que correspondía al hombre, su perfección, felicidad y los principios normativos a los cual es debe ajustar su conducta. Admitía la ilegalidad de la justicia cuando las leyes sólo contemplaban un fin parcial. El derecho válido podría ser el derecho natural, cuya fuerza subsiste sea o no reconocido, y el derecho legal, cuyo contenido puede variar por la libre opción del gobernante.

El derecho natural de los griegos tuvo su anclaje en roma y fue Marco Tulio Cicerón quien desarrolló una doctrina del derecho natural, otorgando su autoría a Dios y, como sus caracteres, el ser universal, inmutable e inderogable.

Con el cristianismo, desde San Pablo, San Jerónimo y San Ambrosio, el derecho natural católico llegó a su apogeo de la mano de la patrística y Agustín de Hipona, Tomás de Aquino y la escolástica, a la cual se sumó el aporte de la neoescolástica, con los trabajos de Francisco Suárez, Juan de Mariana y Francisco de Vitoria.

El derecho natural cristiano se apartó de aquellas fuentes griegas sobre el origen del derecho natural en la naturaleza o el cosmos y se adhirió a la fuente griega sin romana que consideraban a dios como fuente de la naturaleza. se dividió la ley en tres categorías según el orden divino (la ley de dios), la natural (la participación de los hombres en la ley divina) y humano (el reflejo de la ley natural).

Según Novoa Monreal (Novoa Monreal, 1967), la escolástica había creado un derecho natural idealista apoyado en la filosofía platónico-aristotélica, como una estructura normativa basada en principios absolutos, generales y objetivos.

Los períodos posteriores a la escolástica son denominados por algunos autores (Novoa Monreal, 1967) "la distinción del derecho natural", cuando surgen en el seno de la doctrina iusnaturalista los aportes de Juan Duns Scoto y Guillermo de Ockham, en plena discusión



cc BY NC SA

sobre los aspectos fundamentales de la concepción iusnaturalista, dando lugar a una reducción de la doctrina del derecho natural al voluntarismo sobre el intelecto o a mandatos de conciencia personal.

Con el cristianismo y la escuela del derecho natural español, el iusnaturalismo, encontró en armonía hasta la llegada del Renacimiento. En adelante, una serie de acontecimientos de carácter religioso, como la reforma protestante, de carácter filosófico, como el nominalismo y de carácter político, como la Revolución Francesa, dieron comienzo al sufrimiento de diversas doctrinas del derecho natural, que pusieron en debate su contenido y su fuente. En este sentido, se pasó de dios a la naturaleza, dando lugar al derecho natural de Rousseau, Hobbes y Locke, o la razón, con el surgimiento del derecho natural racionalista de Puffendorf, Wolff y Kant. Este último expone, en algunos pasajes de "Principios Metafísicos en la doctrina del derecho", su doctrina racionalista del derecho natural. Su tesis coincide con la formulación de un principio universal tal como las demás doctrinas y los naturalistas a las que arriba por medio de la universalización de la "máxima".

Para Kant, es necesario "presuponer una ley natural que establezca autoridad del legislador, es decir, la facultad de constreñir a los demás a través de su arbitrio" (Kant, 1978). Considera que la única manera de que subsista la voluntad general es conseguir la voluntad del legislador como una voluntad universal, que está por encima del derecho y se encuentra en el campo de la moral. Es en este ámbito donde una voluntad puede ser considerada como universal legisladora. Kant habla de la ley de universal que emana del legislador supremo: "una ley que es tan santa, que constituye un delito ya el hecho de ponerla en duda, no digamos el suspender sus efectos, aunque fuera tan solo por un momento, se presenta como si no derivara de los hombres, sino más bien de cualquier legislador altísimo e in censurable, tal es el significado de la frase "toda autoridad proviene de dios", la cual no expresa un fundamento histórico de la constitución civil, sino una idea como principio práctico de la razón" (Echave, Urquijo, & Guidboug, 2008).

Por último, podemos señalar la escuela histórica alemana, que considera como fuentes del derecho natural la costumbre y el espíritu del pueblo. durante el siglo XX, los aportes de Radbruch, Alexy y Finnis entre otros, otorgaron bases renovadoras de los postulados iusnaturalistas por intermedio de la elaboración de doctrinas acerca de los principios en el orden jurídico.

**1.2. Principalismo**

La doctrina de los principios en el ordenamiento jurídico tiene una larga tradición en la historia del derecho. Así, en el derecho romano, durante el periodo anterior a la Ley de las XII Tablas, la falta de regla favoreció a los magistrados en la creación de principios. en el derecho inglés, a partir del año 1066, comenzó a conformarse él *common law* por parte de los tribunales y por

encima de los derechos locales. en el derecho moderno comenzaron a incorporarse principios en diferentes cuerpos normativos, como la *Declaration of Rights* En Inglaterra, las enmiendas que se aprobaron con posterioridad a la sanción de la Constitución Estadounidense de 1787 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia. En el Código de Napoleón, de 1804, comienza un periodo de crisis para la corriente principialista, si bien el artículo uno de dicho código establecía que existe un derecho universal e inmutable frente al de todas las leyes particulares, este artículo fue suprimido, obligándose al juez a fallar exclusivamente sobre la aplicación de la ley. La escuela francesa de la exégesis dio un paso más al sostener que el único derecho era la ley estatal y que el único canon válido de interpretación era la voluntad del legislador. Los principios quedaban fuera del campo jurídico.

La crisis de la doctrina de los principios vino junto con la crisis de la doctrina de los derechos naturales: “Cuando el vasto movimiento de la policía del derecho con la razón y la justicia con el derecho, se elaboró un esquema tan claro y atractivo que su influencia persistió mucho después que acabará por advertirse su carácter ficticio. Según ese esquema, la dirección principal del gobierno es ejercida por el legislador” (Echave, Urquijo, & Guidboug, 2008), pero la ficción comenzó a agrietarse con el reconocimiento de la interpretación judicial. Como los jueces eran los más sabios, eran los únicos que podían hacer una interpretación correcta.

Se produjo un resurgimiento del Principalismo. A partir de entonces, los jueces comenzarían a rendir culto a la justicia, de la se consideran intérpretes, y se reserva las leyes un papel secundario y subordinado. En otras épocas, esta situación habría sido vista como la propuesta del iusnaturalismo, pero en nuestros días la vieja polémica entre la doctrina del derecho natural y el positivismo ha sido superada por los hechos. No es que se haya resuelto aquella controversia epistemológica en su fundamento racional, aunque ideológicamente enraizada en las conciencias. Todos los argumentos siguen en pie, más las consecuencias prácticas de aquellas posiciones tienden rápidamente a esfumar.

Con el principio mismo, las leyes, pero muy especialmente las constituciones, consagran una multitud de derechos, muchos de los cuales se expresan en términos tan vagos y dependientes de interpretación valorativa como los tradicionales principios del bien y de la justicia. El jurista positivo se ve obligado a buscar la interpretación en su propia conciencia, cualquiera sea el talante meta ético con el que su pensamiento se aproxime a la moral (Echave, Urquijo, & Guidboug, 2008). El problema del Principalismo, en primer término, radica en una cuestión metodológica: ¿cómo conocemos los principios o valores insertos en segmentos de la realidad? En segundo lugar, en la forma desmedida en que se han incorporado y otorgado derechos de una forma tan vaga y ambigua, sin reserva técnica alguna en cuanto a garantizar su aplicación y sin el correlato de obligaciones correspondientes.



cc BY NC SA

### 1.3. El fenómeno del neoconstitucionalismo

El concepto de neoconstitucionalismo abarca un fenómeno relativamente reciente dentro del estado constitucional contemporáneo, que parecen contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de las culturas jurídicas italiana y española, así como en diversos países América Latina. Como corriente jurídica, se halla en pleno proceso de conformación y consolidación. Su origen histórico más inmediato puede hallarse en la valiosa elaboración y jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Alemán, en los primeros años de labor jurisprudencial, luego de la sanción de la llamada ley de Bonn (Núñez Poblete, El Neoconstitucionalismo, 2010).

Desde la ley fundamental de Bonn en adelante comenzó un intento por positivos al principio y valor en el derecho positivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a partir de mediados de la década del 50, interpretó la ley fundamental de Bonn en el famoso caso "Lüth", para resolver el conflicto de los derechos fundamentales de la siguiente manera: "Cierto que la ley fundamental de Bonn no quiere ser un orden valorativamente neutro, en su capítulo de derechos fundamentales también ha plasmado un orden objetivo de valores… El tribunal constitucional tiene meramente que jugar el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho civil y que hace valer su contenido valorativo del enunciado constitucional" (Sentencia del BverfGE 7,198, Lüth, 15/1/58, 1958).

La interpretación del Tribunal Alemán fue una clara recepción de la doctrina del jurista Gunther Dürig, quien en su comentario del artículo uno de la Ley Fundamental de Bonn manifestaba; "El legislador constitucional, una vez que la referencia a dios como el origen de todo lo creado no pudo ser mantenida, ha hecho profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana" (Sentencia del BverfGE 7,198, Lüth, 15/1/58, 1958)

Más amplio en el tiempo es él neoconstitucionalismo, considerado como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinal e institucional, acerca de la función que los jueces están llamados a cumplir en una democracia constitucional.

En este contexto, el neoconstitucionalismo se inicia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y con las primeras enmiendas de la constitución de los Estados Unidos de América. Pero una acelerada transformación se verifica en los ordenamientos jurídicos y europeos con la sanción de las constituciones, luego de la segunda guerra mundial, y y con la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países de Europa.

Aldunate Lizana, caracteriza el neoconstitucionalismo como un fenómeno que surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como una reacción a la falta de capacidad del

derecho para actuar frente a las atrocidades cometidas por los Estados totalitarios" (Aldunate Lizana, Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo, 2010).

Ello da lugar al surgimiento de un discurso jurídico basado en valores, pero, específicamente, un discurso jurídico fundado en las constituciones. A partir de allí, los jueces deben resolver e interpretar la ley sobre la base del texto constitucional fundado en valores. El Tribunal Constitucional alemán elaboró una jurisprudencia en la que la función de los preceptos sobre derechos fundamentales no se da en una dimensión normativa sino ontológica; así, los enunciados sobre derechos fundamentales dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivos de valores. Las normas de derechos fundamentales definen ahora lo valioso, dejando en libertad de acción al juez.

Pazzolo (2011) señala que esto ha llevado a un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, subordinando la ley al texto constitucional; el legislador pierde independencia, dado que la ley queda sujeta a los criterios de validez que imponen los principios. Por último, la vaguedad de los principios le otorga al juez un gran margen de interpretación creativa sobre la ley; además de interpretar, ahora valora.

La interpretación constitucional y la importancia creciente de la teoría de la argumentación, expresa Cortez Zambrano (Cortez Zambrano, 2012), han constituido un punto crucial en las discusiones. La argumentación juega un papel decisivo al interpretar y, dentro de los modos de argumentar, se encuentra la "ponderación", dirigida especialmente a la interpretación de principios o derechos fundamentales encontrados, y se acude a test o juicios de proporcionalidad y test o juicios de razonabilidad.

Se toma conciencia del carácter complejo de la interpretación constitucional, que, como lo expresa Botero Bernal (Botero Bernal, 2008), depara al interprete un irreducible margen de discrecionalidad, en el que tienen cabida su ideología, sus inclinaciones políticas, por no mencionar las emanaciones inconscientes de su perfil psicológico y las demás improntas subjetivas. 96 en este nuevo escenario jurídico, el juez ya no solo aplica el derecho existente, sino que se configura como creador de nuevo derecho en sus decisiones, y esto es claro cuando se sabe que el intérprete nunca renuncia a introducir en sus sentencias sus concepciones propias de justicia y política. Esto ocurre frente a la indeterminación de la norma y debemos conformarnos con el que juez decide lo que el derecho es según la interpretación general de la Constitución.

El neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto del constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, que es la relacionada con la protección de los derechos humanos.

García Amado (García Amado, 2007) señala que uno de los errores del neoconstitucionalismo es identificar el positivismo jurídico con el positivismo metafísico del siglo XIX. El

neoconstitucionalismo tiene algunas notas comunes con el positivismo del siglo XIX, como la confianza en el fondo perfecto y completo de los sistemas jurídicos o la afirmación de un método que permite hacer de la actividad judicial una tarea más de conocimiento que propiamente decisoria (el método subjuntivo en el positivismo decimonónico, el método de la ponderación en el neoconstitucionalismo); es decir, lo que trata de señalar García Amado es que el neoconstitucionalismo y el positivismo decimonónico son extremos que se tocan.

Este autor indica que una de las notas distintivas del neoconstitucionalismo es la impugnación de la neutralidad de la ciencia jurídica y la apología de la ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con un orden axiológico de valores supremos. De ahí que, para el neoconstitucionalismo, una sentencia es correcta cuando en el caso concreto se hayan trasladado los valores supremos que prescribe la Constitución, aun cuando en la sentencia no haya un rastro explícito del método de la ponderación y esté henchida de inferencias erróneas, sofismas y paralogismos.

Con esta corriente se opera un cambio importante en el concepto de derecho en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica. Se propugna abandonar el legalismo, el jurisdicismo extremo, el legicentrismo y el formalismo jurídico. Se pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa en cuanto se respete y desarrolle los derechos humanos, y además sea eficaz y operativa cuando tales derechos estén garantizados en la práctica.

La vigencia señala simplemente que una norma ha sido dictada por las autoridades públicas y pretende producir efectos jurídicos, mientras que la validez jurídica pasa a depender, en gran medida, de la conformidad de la norma jurídica y los derechos humanos de los ciudadanos.

Los autores señalan las siguientes críticas al neoconstitucionalismo (Cortez Zambrano, 2012).

a) Cuando la constitución se materializa, se institucionaliza unos valores que en la sociedad no gozan de consenso, por ejemplo, el alcance de la definición humana. Existe la imposibilidad de encontrar un contenido objetivo de cara a la epistemología de las disposiciones constitucionales, lo que hace que se vuelvan inaplicables (García, 2007).

b) Al no existir certeza en el contenido de los valores, el juez no está preparado o legitimado para aplicar la constitución. él es quien impone sus concepciones ideológicas al decidir cuándo el significado que se determina del contenido de una disposición constitucional es altamente indeterminado, lo que ofrece un espacio amplio para el ejercicio de la discrecionalidad del intérprete; el juez impone sus concepciones ideológicas al decidir.

c) Si se habla de un desvanecimiento de la barrera entre ley y constitución, no estaríamos ante una violación del poder democrático; el legislador reduce

ostensiblemente el margen de acción para decidir; el legislador democrático sujeta sus decisiones a la fuerza de la constitución, que limita la legitimidad del legislador para legislar.

d) No es claro que exista diferencia entre reglas y principios, explícame Moreso, (Moreso, 2022) es igual aplicar una regla de un código o una disposición constitucional indeterminada (principio).

e) La ponderación es irracional. implica la comparación de dos cosas diferentes en esencia, incumplen sí; la decisión basada en la ponderación enmascara la subjetividad del juez (García, 2007).

Cortez Zambrano (Cortez Zambrano, 2012) concluye que el neoconstitucionalismo trae consigo la necesidad de crear nuevos enunciados epistemológicos, que funden una nueva teoría del derecho que entregue a la comunidad jurídica claridad frente a conceptos como principios, ponderación, transversalidad del derecho constitucional, discrecionalidad de los jueces y homogeneidad ideológica.

Entre algunas de las dificultades que señala Núñez Poblete (Núñez Poblete, 2010), sobre el recurso a los valores omnipresentes, se hallan las disputas constitucionales entre las atribuciones de los jueces constitucionales y las del legislador. La teoría constitucional, manifiesta, no siempre suele tener presente que el derecho, los derechos y hasta los mismos valores son expresión de un lenguaje y este, de una experiencia. Como casi todos los lenguajes, estos son parciales representaciones de la realidad, de los modos de concebir la y de la experiencia de vivirla. Concluye Núñez Poblete, en este sentido, que la construcción de un derecho constitucional, como si fuere un sistema de valores, tiende a universalizar lo jurídico como si este campo perteneciese al plano de la ética y como si no fuese posible la función desde otra perspectiva.

**1.5. La Argumentación jurídica de Alexy**

De acuerdo a Robert Alexy la teoría de la argumentación jurídica está planteada para ver si funciona la racionalidad en el discurso. No obstante, Alexy aplica la argumentación jurídica en el contexto del proceso de decisión judicial, es decir, en un contexto que se ocupa específicamente de la interpretación y aplicación de las leyes o reglas (Alexy, 2007, p.205).

Es realmente importante otorgar relevancia a los argumentos, ya que, argumentar bien es igual a dar buenos motivos, argumentos morales adecuados; de lo contrario, el derecho no elevaría ninguna intención hacia una corrección, sería algo más un intento de demostrar el poder que tiene el mismo. Alexy considera el derecho como una teoría de la argumentación práctica. Alexy llega a un punto en el que, el núcleo de sus ideas se centra en que considera el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, situando este discurso como discurso moral (Alexy, 2008, p. 530 -531).



cc BY NC SA

El autor alemán desarrolla una teoría basada en el análisis que se introduzca en la estructura argumentativa y que añada elementos empíricos, en un sentido más descriptivo. Alexy se enfoca en la teoría del discurso práctico de Jürgen Habermas. Las decisiones prácticas acerca de lo que realmente es lo correcto o lo incorrecto, lo justo y lo injusto, que se puedan realizar mediante una comunicación en la que los comunicadores se convencen entre ellos mediante los argumentos (Alexy, 2008, p. 530 -531).

Alexy menciona la coincidencia entre el discurso práctico jurídico y el discurso práctico general, ya que:

> 1) las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones acerca de qué hacer y qué omitir, y
>
> 2) "estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección" y se diferencia del discurso práctico general, porque el discurso jurídico se desarrolla bajo condiciones limitadas que son específicamente jurídicas (Alexy, 2008, p.207) .
>
> El discurso jurídico se define según Alexy, por reglas y formas del discurso práctico y por reglas y formas características del discurso jurídico (Alexy, 2008, p.208).

La finalidad de la teoría de la argumentación jurídica, según Alexy, es establecer un marco para la justificación racional de enunciados normativos dentro del ámbito del Derecho vigente. Dentro de este se clasifica la justificación de dos maneras: la interna y la externa (Alexy,2008, p.208).

Mediante la justificación externa e interna Alexy hace referencia a la importancia de la argumentación jurídica para fundamentar una decisión judicial, no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también a la hora de establecer la validez de esa norma (Alexy, 2008, p.223).

Según Alexy, "la justificación interna se trata de ver si realmente la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación el objeto de la justificación externa es la justificación de las premisas". La justificación interna debe cumplir ciertas reglas y ajustarse a determinadas formas de justificación (Alexy, 2008, p.223).

**1.6 Teoría de ponderación**

De acuerdo con las ideas propuestas por Ronald Dworkin y posteriormente desarrolladas por Robert Alexy (2007), las normas pueden presentarse como una estructura de reglas y principios, en el primer caso, las reglas responden a una idea tradicional de una norma jurídica como enunciado, que consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica; en el segundo caso los principios constituyen mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico, cuya observancia pretende ser potenciada en la mayor medida posible (p. 245).

Así mismo de acuerdo a Robert Alexy (2007), existen dos teorías básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa, y otra amplia y comprehensiva, la primera es denominada “teoría de las reglas”, la segunda “teoría de los principios”. En ningún lado se realizan puramente estas dos teorías, pero sin embargo representan diferentes tendencias básicas, y la cuestión de cuál es mejor resulta central de la interpretación de toda Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

De acuerdo a la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero todo esto no es base alguna para cualquier diferencia fundamental de índole estructural: ellas son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto. Conforme a la teoría comprehensiva u holística, las normas *ius* fundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto.

Siguiendo con Alexy (2007) las decisiones judiciales deben ser justas y razonables, sobre la base de discursos racionales. El autor incorpora la teoría del discurso conceptualizada como una teoría procedimental de la práctica racional. Presupone que una proposición sería verdadera solamente si se deriva de un discurso racional, en ese caso sería una teoría procesal de corrección práctica.

Es así y continuando con Alexy (2007), el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ley de la ponderación y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio y la importancia concreta del principio contrario (p.56).

La ponderación supone la verificación de los siguientes puntos:

a) subprincipio de idoneidad o de adecuación, que significa que la elección del principio con mayor peso debe hacerse de forma adecuada.

b) subprincipio de necesidad, que implica que la elección del principio se ha hecho de un modo que resulta la mejor alternativa posible, entre varias y

c) principio de proporcionalidad en sentido estricto que supone que, las ventajas de la realización de un principio superan las desventajas del sacrificio del otro.



cc BY NC SA

La ley de la ponderación "*alexyana*" señala que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso.

Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

**1.8. La fórmula del peso**

Alexy presenta su fórmula como un método de argumento racional. La ponderación está conectada con el discurso y no es posible sin él. De la misma manera la ponderación es tan racional como el discurso mismo, es decir, si el discurso práctico no es racional, no habrá racionalidad práctica (Alexy,2005, p.2). Mediante la fórmula del peso Alexy transfiere los elementos anteriormente comentados a números, desarrollando así una fórmula matemática como consecuencia de la triple separación de las necesidades de la ponderación anteriormente comentada.

El resultado que se obtenga a partir de esta fórmula será el peso concreto de cada principio que será el que entre en conflicto dentro de cada caso. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a una escala de tres grados, que se clasificará en leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso de los principios en conflicto.

Esta fórmula ha sido diversamente criticada por varios autores ya que se define como demasiado aritmética, ya que el valor que cada individuo pueda otorgar es totalmente diferente en relación a las condiciones de cada uno (Atienza, 2017, p.5)

Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador), (Vergara, 2016). De esa manera se justifica, según la tesis de Alexy, el sacrificio de un principio (derecho) por otro en un caso concreto, pues es imposible establecer una jerarquización de principios de manera abstracta.

De acuerdo a Vergara (2016) […] la ponderación *alexyana* es una fórmula que se concreta en tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy, además, le atribuye a la afectación de los principios un determinado valor numérico, una medida de peso. La divide de acuerdo a cómo se percibe la carga: leve, media o intensa (p.9). Finalmente, el último paso definido por Alexy sería determinar si la importancia del principio satisfecho justifica, a su vez, el sacrificio o la no satisfacción del otro principio (Fernández de Azevedo Souza, 2010).

Es en el marco de una teoría constitucional que parte de tales distinciones donde ha ido cobrando cuerpo, a partir ante todo de Dworkin y de Alexy, la tesis de que es la ponderación el proceder o modo de razonar adecuado para decidir en aquellos casos constitucionales en los que concurren principios o en los que hay una oposición entre una regla y un principio.

## DISCUSIÓN

Un primer interrogante que podemos plantearnos es determinar si el neoconstitucionalismo es un movimiento ideológico propio del estado constitucional o si estamos en presencia de una nueva teoría del derecho. como fenómeno jurídico (que han cobrado más fuerza desde mediados del siglo XX en adelante), vuelve a traer discusión el viejo debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico acerca de la relación entre el derecho y la moral.

García Amado destaca diez notas características del neoconstitucionalismo:

a) La presencia de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para que éstos sean efectivos en las constituciones contemporáneas.

b) Una serie de normas que constituyen un orden de valores de carácter objetivo.

c) En la constitución reflejaría un orden social necesario.

d) El orden moral objetivo tiene respuestas para cualquier caso.

e) Los jueces son los encargados de hacer efectiva esa propuesta, es decir, de plasmar en el caso concreto los valores objetivos.

f) Los jueces no ejercen discrecionalidad debido a que las soluciones están predeterminadas en el orden axiológico de valores de la constitución.

g) El método de la ponderación es aquel en el cual los jueces captan las soluciones objetivas.

h) La constitución se convierte en una instancia de revisión de la legislación para ver su adecuación al orden de valores.

i) Sus fundamentos son metafísicos, de cortes objetivista y cognitivista, desplaza la argumentación y sus reglas básicas.

j) Posee tres componentes filosóficos importantes, ontológico (objetivismo ético que deriva de los enunciados constitucionales con ambigüedad y su vaguedad), epistemológico (afirma soluciones precisas de ese orden) y axiológico (Elitismo formado por los jueces, quienes tienen el privilegio político de enmendar al legislador, basándose en algún valor moral constitucional) (Pozzolo, 2011).

Para Guastini ( 2003), el neoconstitucionalismo se caracteriza por:

Una constitución rígida, escrita, protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o aprobadas sin ningún proceso especial previsto por la jurisdicción constitucional.

La garantía constitucional de la constitución, es decir, un control sobre la conformidad de las leyes con la constitución. de la misma manera.

La fuerza vinculante de la constitución, esto es, las normas constitucionales tienen efectos jurídicos.

La sobre interpretación de la constitución, para extraer normas implícitas no expresa.

La aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones sociales

La técnica de interpretación de la ley, para armonizarla con la constitución.

La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas para resolver conflictos puramente políticos o para justificar acciones y decisiones políticas.

No obstante, Cruz considera que estas consideraciones no son del todo satisfactorias, dado que no permiten distinguir los elementos específicos del neoconstitucionalismo. para este autor, el neoconstitucionalismo es una transformación operada como consecuencia de la adopción de una teoría acerca de lo que es la constitución; un orden valorativo en el que los elementos estructurales del estado obedecen a principios sustantivos que se encuentran en la base del sistema de los derechos fundamentales (Guastini, 2003).

De acuerdo con el análisis que realiza la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán, la constitución es un orden vinculante de valores, imposición a la concepción pluralista del estado de derecho y de la democracia.

Aldunate Lizana (Aldunate Lizana, 2010), considera que el neoconstitucionalismo puede abarcar distintos aspectos. por un lado, se lo puede reconocer como una revolución del constitucionalismo relacionado con la praxis y el diseño constitucional. En segundo lugar, lo define como una corriente del pensamiento jurídico, cuyos autores se caracterizan por el descuido o abandono de la función de la constitución como constitución política del estado. identifica el neoconstitucionalismo como una ideología y no como una teoría, debido a la falta de coherencia interna de sus postulados. el neoconstitucionalismo, como doctrina, propone un programa por el que está en juego el concepto de constitución; un programa que es político

y social, a cargo de la judicatura y que traslada las discusiones democráticas de la política del ámbito electoral al texto normativo constitucional.

Otro interrogante es acerca de establecer qué tipo de relación puede haber entre el constitucionalismo decimonónico y el neoconstitucionalismo. Comanducci (2002) señala la diferencia entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido estricto: "el constitucionalismo en sentido amplio es la ideología que requiere la creación de una constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. el constitucionalismo en sentido restringido es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo" (p.32).

Desde el punto de vista ideológico, Moller (2008) considera al neoconstitucionalismo "como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de actividad judicial como actividad mecánica y autómata de aplicación de la ley". Como teoría del derecho pretende que la norma, además de ser válidamente dictada, sea justa, eficaz y operativa, sobre la base de los derechos fundamentales, para que ellos estén garantizados en la práctica.

Para Santiago (Santiago, 2008), la Constitución, su contenido, sus principios, sus valores, su función jurídica y política y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica, de la teoría jurídica del neoconstitucionalismo.

Junto con el enfoque ideológico y teórico, aparece el punto de vista denominado neoconstitucionalismo metodológico, relacionado con Dworkin y Alexy. En oposición al positivismo metodológico conceptual, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene que, desde el punto de vista de los derechos constitucionales, los derechos y principios fundamentales son el vínculo entre el derecho y la moral; por lo tanto, adhiere a la tesis de conexión necesaria entre ambos órdenes.

La clasificación que hace Comanducci (2002) respecto al neoconstitucionalismo ha sido efectuada de manera análoga a la que realiza Bobbio, al dividir el positivismo jurídico en ideológico, teórico y metodológico. Señala que es una categorización arbitraria, por lo que no pretende ser una clasificación precisa de lo que es esta corriente, pero que ha tratado de abarcar distintos aspectos y contenidos que permiten hacer esta distinción.

Del análisis de la clasificación que realiza, en correspondencia con los demás análisis realizado, podemos señalar que el neo constitucionalismo se limitaría en principio a una ideología que tiene fuentes en común, como el principalismo, el derecho natural, el descriptivo mismo ético y la tesis de identificación entre la moral y derecho, ella se fue constituyendo en la literatura jurídica, especialmente en el derecho constitucional, pero no llega hacer una teoría general del derecho, dado que no hay uniformidad de criterio entre los autores que podríamos agrupar como neo constitucionalista, por el lenguaje extremadamente vago de sus emociones.



cc BY NC SA

Dicho lenguaje dificulta la creación de un corpus teórico; se habla de valores, principios, objetividad, justicia, pero no hay claridad y precisión sobre la definición o significado de estos términos. tampoco podemos considerarlo una metodología, precisamente porque carece de un método para implementar las operaciones tales como captar principios, valores objetivos o ponderar derechos fundamentales en conflicto, sin caer en la subjetividad del juzgador.

## CONCLUSIONES

Como resultado de este estudio se ha conformado un marco teórico que permite abordar las distintas formas en que los aplicadores del derecho interpretan la norma constitucional, porque en Derecho no solamente los Tribunales Constitucionales tienen entre sus funciones el control de constitucionalidad o de convencionalidad, sino que se constituyen, en el Constitucionalismo moderno, diversas formas de control difuso de la constitucionalidad o convencionalidad que exigen, al jurista que aplica el derecho al caso, argumentar sus razonamientos decisorios en uno u otro sentido cuando se involucran en las decisiones derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad reconocido.

Se recomienda, en consecuencia, utilizar este resultado como fundamento para diseñar una investigación sobre la argumentación notarial del derecho, reivindicando la pertenencia del Notario al sistema de control difuso de la convencionalidad y constitucionalidad en cualquiera de nuestros países.

## REFERENCIAS

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (M. Atienza & I. Espejo, Trads.; reimpresión de la 1.ª ed., P reimpresión, 2008). Centro de Estudios Constitucionales.

Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 79-102.

Botero Bernal, A. (2008). *Filosofía del derecho argentina.* Temis.

Comanducci, P. (2002). Formas de neoconstitucionalismo. *Isonomía, N°2*, 7.

Cortez Zambrano, S. (2012). La constitucionalización del derecho y la interpretación jurídico constitucional. *Vía Inveniendi et Iiundicandi*, 230-269.

Cosola, S. J. (2016). Hacia una consolidación de la teoría del Derecho Notarial Justo. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / Nº 46*, 346-357.

Cosola, S. J. (2017). *Los Efectos de la Publicidad en el documento Notarial.* Buenos Aires: Universidad Astral.

Echave, D., Urquijo, M., & Guidboug, R. (2008). *Lógica, Proposición y Norma.* Buenos Aires: Astrea.

García Amado, J. (2007). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. *Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial*, 210-245.

García, A. (2007). *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores, en proyecto de investigación. "Teoría del derecho y proceso".* SEJ2007 -64496.

Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico.* Madrid: Trotta.

Kant, I. (1978). *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho.* México: UNAM.

Moller, M. (2008). *La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los sistemas juridicos contemporáneos.* Burgos: Universidad de Burgos.

Montejano, B. (1967). *Curso de Derecho Natual.* Mar de Plata: El Cid.

Moreso, J. (22 de septiembre de 2022). *Comanducci sobre el neoconstitucionalismo*. Obtenido de Universidad Pompeu Fabra: www.upf.edu/filosodadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf.

Novoa Monreal, E. (1967). *Qué queda del derecho natural?* Buenos Aires: Depalma.

Nuñez Poblete, M. (2010). El Neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, 523-541.

Nuñez Poblete, M. (2010). El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constiucioanl chileno. *Revista de Derecho de la Pontificic Universidad Católica de Valparaiso*, 523-541.

Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y especialidad de la interpretación de la Constitución.* Buenos Aires: Doxa.

Santiago, A. (3 de abril de 2008). El neoconstitucionalismo. *Instituto de Política Constitucional*.

Sentencia del BverfGE 7,198, Lüth, 15/1/58, 15/1/58 (Tribunal Constitucional Alemán 1958).

©2025 por las autoras. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).