

CONCLUSIONES

Primera. El neoconstitucionalismo como corriente jurídica aparece después de la Segunda Guerra Mundial en países principalmente del continente europeo, derivado de las violaciones perpetuadas en contra de la dignidad humana bajo ciertos regímenes jurídicos vigentes. Dicha corriente de pensamiento explica el proceso de transformación en el derecho, que se dio con la inclusión de principios en las cartas constitucionales, las cuales se conciben en el contexto neoconstitucionalista como verdaderas normas jurídicas que impregnan y respaldan todo el fenómeno jurídico.

Segunda. En el escenario anteriormente enmarcado se fueron configurando los Estados constitucionales o democráticos de derecho, en los cuales se perciben a las Constituciones como documentos jurídicos que no se limitan a establecer las reglas del juego de los poderes públicos, sino que además incorporan un amplio contenido material, el cual condiciona la actuación de los actores políticos y de los particulares. Así, el neoconstitucionalismo se asume como la teoría que explica la nueva forma de organización política.

Tercera. El neoconstitucionalismo ha generado una nueva forma de interpretación jurídica; esto es, la interpretación constitucional. La diferencia que comporta esta última con aquélla estriba en que los jueces tienen que ubicar el fundamento sobre el que se desenvuelve el derecho y no sólo presentar el significado de la norma. Lo anterior, en virtud de que ahora operan con ideales morales y no con simples reglas jurídicas que describen acciones conectadas con consecuencias jurídicas.

Cuarta. Los principales partidarios del neoconstitucionalismo son Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Luis Prieto Sanchís y Ronald Dworkin. Los postulados de dichos autores convergen en el punto referente al reconocimiento del carácter material de las Constituciones actuales, las cuales no sólo envuelven reglas jurídicas, sino además principios o ideales morales, lo que se traduce necesariamente en un cambio en la forma de aplicar el derecho.

Quinta. La pluralidad de principios jurídicos se explica, porque los mismos surgen y se fundamentan en los ideales y aspiraciones de la sociedad, derivado de lo cual participan de las características de heterogeneidad que

se vive en la misma, por lo que la importancia del derecho está determinada ahora por el reconocimiento y respeto del contenido material de las Constituciones.

Sexta. La teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli comparte con el neoconstitucionalismo el interés en modificar el modelo prevaleciente del formalismo jurídico, por un esquema de corte sustantivo o material del derecho. De esta manera, para ambas corrientes teóricas, el derecho es un orden jurídico con contenidos valiosos.

Séptima. La principal diferencia entre los principios y las reglas jurídicas se refiere a su esquema de cumplimiento. Con los principios se desconoce *a priori* su forma de aplicación, ya que los mismos no contienen supuestos de hecho relacionados con consecuencias de derecho. Así, su cumplimiento es variable; depende de cada contexto; por el contrario, con las reglas se conocen de antemano sus condiciones de aplicación, pues las mismas contienen una hipótesis fáctica conectada con una consecuencia prevista, por lo que comportan un cumplimiento pleno.

Octava. Los derechos fundamentales como ideales incorporados a las Constituciones políticas se identifican con los principios jurídicos, porque participan de la mayoría de los caracteres de éstos, como son el constituirse como normas sumamente indeterminadas, rectoras, incommensurables, de cumplimiento flexible y que aluden a cuestiones morales.

Novena. Las diferencias sustanciales entre las expresiones “derechos fundamentales”, “derechos humanos”, “principios constitucionales”, “principios de la Constitución” y “principios generales del derecho” se dan porque los derechos fundamentales son prerrogativas de los individuos o de grupos sociales. Los derechos humanos son reivindicaciones con un enfoque universal; los principios constitucionales son parámetros que estructuran la organización y continuidad de los Estados constitucionales de derecho; los principios de la Constitución son reglas básicas para proteger la vigencia de la misma, y los principios generales del derecho buscan sellar las lagunas de la ley.

Décima. Los términos “racionalidad” y “razonabilidad” no son sinónimos. La racionalidad tiene que ver con la posibilidad de estructurar ideas de forma consistente, más precisamente con las inferencias deductivas y su verificación de validez; por su parte, la razonabilidad se relaciona con los procesos discursivos que buscan el convencimiento de una específica postura mediante la presentación de razones. Por tal motivo, una decisión judicial puede ser tanto racional como razonable; racional, porque busca la consistencia entre los diversos elementos que la conforman, y razonable, porque

se basa en un discurso que ofrece el mayor y mejor número de razones para la toma de posición respecto de un punto discutible.

Decimaprimerá. Las teorías en torno a la argumentación jurídica surgen dentro del contexto del neoconstitucionalismo. Las mismas son una respuesta a la deshumanización y abuso en la aplicación del derecho acontecido bajo ciertos regímenes jurídicos. Así, dichas teorías buscaron acercar el fenómeno jurídico al hombre mediante el razonamiento abierto o maximalista; es decir, el que no sólo se concentra en el aspecto formal del derecho, sino más bien en cuestiones valiosas para la sociedad, como son la concretización de los ideales morales.

Decimasegunda. La expresión “razonamiento jurídico” no nace con la noción de argumentación jurídica, pues como se sabe figura desde tiempo atrás; no obstante, dicho razonamiento se basaba en la lógica formal; esto es, en el silogismo jurídico, lo que era entendible, ya que tal razonamiento buscaba armonizar con los postulados prevalecientes del formalismo jurídico, el cual concebía la aplicación de las normas como una cuestión ajena a todo aspecto ontológico o valorativo. En este sentido, como se ha referido, la argumentación jurídica buscó modificar este esquema de comprensión y concretización del derecho.

Decimatercera. La argumentación jurídica es un proceso práctico en el cual a través del uso del discurso se presentan ante un auditorio determinadas posiciones respecto de una cuestión jurídica opinable, las cuales se respaldan mediante diversas razones jurídicas, pero también con consideraciones de tipo moral, político y social, con lo que se logra envolver todo el contexto del derecho; ello, a fin de convencer ampliamente al auditorio sobre las pretensiones formuladas, convencimiento que resulta de la razón, y no únicamente de la persuasión. Dicha argumentación se desdobra principalmente en casos jurídicos que involucran una colisión entre principios, de ahí que la misma adquiera la connotación de principalista.

Decimacuarta. La argumentación jurídica es de gran utilidad para la actividad jurisdiccional, ya que la misma contribuye a impulsar el que los jueces tengan mayor conocimiento de su labor, y además porque propone determinados criterios para la toma de decisiones, los cuales fungen como guías o parámetros de la función judicial.

Decimaquinta. Existen diversas teorías de la argumentación jurídica de corte principalista. Las más destacadas son las desarrolladas por Chaïm Perelman, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza. Por otro lado, si bien Francisco Ezquiaga y en el país Jaime Cárdenas no han presentado propiamente una teoría de la argumentación

jurídica principalista, sus investigaciones y reflexiones en torno a la misma resultan valiosas para la comprensión de las teorías existentes.

Decimasexta. Para Chaïm Perelman, el derecho admitido no es sólo el desarrollado por el legislador, por lo que el mismo debe flexibilizarse para conciliarlo con lo que se considera equitativo y razonable, pues sólo de esta manera se respetan las aspiraciones de la sociedad.

Decimaséptima. Para Neil MacCormick, la lógica deductiva encuentra sus límites en los casos difíciles. Para dicho autor, por problemas de interpretación, relevancia, prueba y categoría se pueden presentar tales casos. La argumentación jurídica surge entonces en los casos difíciles. Así, para MacCormick justificar una decisión judicial en tales casos implica cumplir con el requisito de universalidad, y que la decisión tenga sentido con el sistema jurídico y con el mundo. El requisito de universalidad señala que en la justificación se debe tomar como sustento al menos una norma general. La decisión tiene sentido con el sistema jurídico cuando es coherente y consistente con el mismo. Por último, la decisión guarda sentido con el mundo cuando se toman en cuenta las consecuencias que producirá la misma a futuro.

Decimaoctava. Las investigaciones de Alexy distinguen entre justificación interna y externa. La primera trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y la segunda tiene como objeto la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna; en la justificación externa se desarrolla la argumentación jurídica.

Decimanovena. La teoría de la argumentación jurídica de Aleksander Peczenick busca dar respuestas a cuestiones prácticas de manera correcta y coherente. Ésta parte de que la ponderación definitiva sólo es posible en los casos concretos. Dicho razonamiento jurídico debe ser correctivo, activo y creativo. La coherencia se consigue al considerar un mayor número de enunciados normativos y valorativos que justifiquen la resolución adoptada.

Vigésima. La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza es integradora, ya que se ocupa tanto de los valores formales; por ejemplo, la seguridad jurídica, como de los valores materiales (la verdad y justicia) y de los valores políticos; esto es, la aceptabilidad y consenso.

Vigesimaprimer. Para atender el problema de las colisiones entre principios jurídicos, Francisco Ezquiaga realiza un estudio de algunas sentencias del Tribunal Constitucional español, derivado de lo cual obtiene el criterio de que la manera que tienen los jueces para resolver dichas tensiones es recurriendo a la armonización de principios. Con todo, este autor entiende de que la citada armonización no es absoluta, por lo que es posible asumir además una determinada jerarquía de principios.

Vigesimasegunda. Para Jaime Cárdenas, todo esquema que jerarquice los principios no tiene razón de ser en una sociedad pluralista; por ello, para dicho autor, el principio de proporcionalidad prevalece sobre los demás criterios alternos que existen para lograr razonabilidad en la justificación jurídica, en virtud de que con el mismo se sopesan los principios en tensión de acuerdo con las circunstancias del caso en concreto.

Vigesimatercera. El estudio de la teoría de la argumentación de orientación no principalista elaborada por Stephen Toulmin se torna fructífero para evaluar y contrastar el alcance e importancia de las teorías de la argumentación jurídica de carácter principalista.

Vigesimacuarta. Con los diversos casos judiciales analizados se percibe que la argumentación jurídica de corte principalista es importante para el desarrollo actual del derecho, ya que la misma funge como un instrumento para legitimar las decisiones jurídicas de cara no sólo a las partes, sino también a la propia sociedad, y porque con dicha argumentación se consigue la materialización de los ideales morales contenidos en las cartas constitucionales; esto es, se hacen efectivos los mismos en el terreno jurídico.

Vigesimaquinta. Es lugar común el análisis de colisiones entre derechos fundamentales; por ejemplo, la libertad de expresión *versus* el derecho a la intimidad; sin embargo, no es el único análisis posible. Así ha quedado enmarcado con los casos jurídicos analizados de *Armando Ovando Gallegos*, *Iridia Salazar Blanco* y *Crucifijo*, los cuales ejemplifican la posibilidad de tensión entre dos principios de diversa naturaleza; esto es, entre el derecho fundamental de libertad de expresión y el principio constitucional de autoorganización de los partidos políticos por lo que hace al primer caso; entre el derecho de libertad de expresión y el principio de equidad electoral por lo que se refiere al segundo caso, y entre el derecho fundamental de libertad religiosa y el principio de organización y control del sistema educativo por parte del Estado por lo que hace al último caso. Lo anterior ha sido útil para entender en todas sus dimensiones el amplio campo de concretización de la argumentación jurídica principalista.

Vigesimasexta. Los casos jurídicos identificados como *Armando Ovando Gallegos*, *Iridia Salazar Blanco*, *Crucifijo* y *Benetton-publicidad ofensiva* son relevantes para la argumentación jurídica de corte principalista, porque en los mismos se justifican las decisiones con base en un criterio maximalista, lo que implica no sólo atender aspectos jurídicos, sino también aspectos materiales, como son el aludir a consideraciones de tipo político, social, cultural y moral; todo ello a fin de considerar el pluralismo de las sociedades contemporáneas.

Vigesimaséptima. El caso judicial identificado como *Crucifijo* nos enseña que las colisiones entre principios se pueden resolver por el método de concordancia práctica. Con dicho esquema se busca la vigencia y armonización de los principios en colisión dentro de las posibilidades del caso concreto. Por otro lado, este caso jurídico nos ilustra que las colisiones entre principios pueden también darse entre un mismo principio, pero en su aspecto positivo y negativo. Por ello, los juzgadores al momento de estudiar y resolver los casos deben considerar la existencia de una colisión de esta naturaleza.

Vigesimaoctava. El caso *Benetton-publicidad ofensiva* es enriquecedor para esta investigación, ya que con el mismo se destacan otras formas no convencionales a través de las cuales se puede manifestar la libertad de expresión. Así, se entiende que cualquier medio que se utilice para formar alguna opinión crítica o denunciar problemas sociales, como un anuncio comercial, debe ser objeto de protección constitucional. Asimismo, porque dicho caso jurídico enmarca una argumentación jurídica de tipo equilibrista, en la que se estudian todos los esquemas de solución latentes, desterrando visiones unívocas, las cuales no hacen más que minimizar el campo de opciones que los juzgadores pueden tener para solucionar una controversia jurídica.

Vigesimanovena. Con el caso *expulsión de extranjeros* se destaca el efecto expansivo de la argumentación jurídica principalista, ya que la misma alcanza a todos los órganos del Estado que se relacionen directamente con una cuestión que involucre una colisión entre principios jurídicos, y no únicamente a los juzgadores constitucionales.

Trigésima. El caso Witz Rodríguez es un ejemplo claro de lo que no se debe hacer por parte de los jueces constitucionales en las sociedades democráticas; esto es, omitir el despliegue de una justificación jurídica que sustente ampliamente la afectación temporal de un principio jurídico. Este tipo de decisiones injustificadas generan considerables efectos negativos en la percepción que sobre los derechos fundamentales tiene la sociedad, lo que obedece a la propia naturaleza de los mismos como normas que exigen su máxima aplicación dentro de las posibilidades reales y jurídicas.

Trigésima primera. La doctrina del control de convencionalidad que ha venido construyendo recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos es importante para el modelo de argumentación jurídica principalista, en virtud de que dicha doctrina contribuye a generar un acercamiento entre los jueces nacionales e internacionales y, además, porque permite homologar los criterios sobre los que van a operar los juzgadores nacionales al momento de decidir sobre una posible afectación temporal a los derechos fundamentales, ya que bajo esta doctrina los jueces nacionales en todos los niveles deben efectuar necesariamente un examen de conformi-

dad entre las normas internas mexicanas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que sobre ésta efectúe la señalada Corte.

Trigésima segunda. La argumentación jurídica de naturaleza principalista utiliza el método de ponderación para resolver las colisiones que se presentan entre los principios jurídicos. Dicho método culmina, en la mayoría de los casos, con el establecimiento de una precedencia temporal de alguno de los principios en tensión.

Trigésima tercera. Los tres principales elementos que conforman la estructura de la ponderación son la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

Trigésima cuarta. Las principales críticas y objeciones en contra de la argumentación jurídica de corte principalista se dirigen al método de ponderación que comporta la misma. Dichas críticas han sido formuladas principalmente por Javier Jiménez, Francisco Laporta, Schlink y Habermas, para los cuales en términos generales la ponderación representa la entrada al decisionismo, subjetivismo y arbitrariedad judicial. En este sentido, las objeciones se agrupan en tres partes. La primera se refiere a la irracionalidad de la ponderación; la segunda, a los límites de la ponderación, y la última, a la afectación del principio democrático.

Trigésima quinta. Conforme a las críticas vigentes sobre la citada argumentación, la irracionalidad de la ponderación se origina por la indeterminación conceptual, incomparabilidad e incommensurabilidad de los principios jurídicos, y además por la circunstancia de que no se pueden predecir los resultados que proyectará la ponderación de principios.

Trigésima sexta. La objeción sobre la indeterminación conceptual señala que la ponderación es un esquema vacío, ya que la misma no cuenta con criterios conceptuales claros ni con una estructura jurídica determinada para ponderar principios. Así, refiere que se trata de un espacio retórico en el cual se hacen valer las simples apreciaciones de los jueces. La crítica sobre la incomparabilidad sostiene que la ponderación es irracional, porque implica la comparación de dos principios que debido a sus específicas diferencias no pueden ser comparables. Por su parte, la objeción sobre la incommensurabilidad alude que la ponderación es irracional, porque no existe una organización jerárquica o medida común de los principios que se ponderan. La última objeción precisa que la ponderación no es racional, ya que es imposible predecir sus resultados.

Trigésima séptima. Las críticas a los límites de la ponderación se refieren a la ausencia de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en tensión; esto es, leve, medio o grave, a la

ausencia de parámetros para fijar el peso abstracto de los mismos, así como a la escasa certeza de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión.

Trigésima octava. La crítica sobre la afectación del principio democrático señala que la argumentación jurídica de corte principalista abre la puerta a la creación del derecho por parte de los jueces, lo que los lleva a intervenir en el terreno de la moral y la política, socavando así la vinculación a lo previamente establecido por el legislador elegido democráticamente. De esta forma, la objeción precisa que no existe legitimidad en los juzgadores para limitar o establecer los alcances de los derechos fundamentales mediante la ponderación de principios.

Trigésima novena. Como respuesta a las objeciones referentes a que el método de ponderación es irracional, porque representa la entrada al subjetivismo, decisionismo y arbitrariedad judicial, se tiene que dicho método de solución de colisiones, como cualquier otro manejado por los seres humanos, comporta determinado subjetivismo, por lo que no puede existir una objetividad total en tal esquema, como la que reclaman los críticos. Por otro lado, se entiende que la ponderación no implica arbitrariedad, ya que con la misma se busca el convencimiento mediante la presentación de razones, y no la imposición de la decisión judicial. Así, la discrecionalidad que tienen los jueces al momento de ponderar principios no envuelve arbitrariedad en la determinación, sino más bien prudencia judicial, ya que la discrecionalidad se ejerce conforme a parámetros sustanciales y jurídicos.

Cuadragésima. La subjetividad o moralidad que se desenvuelve necesariamente en el método de ponderación no está exenta de un control de razonabilidad. Así, se tiene la moral crítica que opera como un esquema de crítica libre sobre la propia moral positiva compartida por determinada sociedad, de ahí que la argumentación jurídica principalista sea racional, a pesar de que en la misma se haga referencia a cuestiones morales. De esta manera, los críticos de dicha argumentación son relativistas morales, ya que dudan de la posibilidad de que exista una razonabilidad en la moral.

Cuadragésima primera. La ejemplificación de condiciones de prioridad de principios jurídicos, principalmente en materia electoral, resuelve de forma viable las objeciones sobre la irracionalidad de la ponderación en los puntos relativos a la incommensurabilidad de los objetos que se ponderan y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación; por un lado, porque presenta un conjunto de parámetros de precedencia de carácter temporal y procedimental para algunos principios jurídicos, con lo que se comprueba que los principios, al menos en materia electoral, sí pueden organizarse de forma prioritaria; por otro lado, porque dicha ejemplificación

de condiciones de prioridad muestra precedentes útiles a seguirse por los juzgadores para la solución de futuros casos paradigmáticos, privilegiando el esquema de universalidad en las decisiones judiciales, lo que se traduce en una objetividad en la argumentación, al conocerse de antemano los criterios sobre los que va operar el juez, generando con ello previsibilidad en los resultados de la ponderación de principios en materia electoral.

Cuadragésima segunda. La ejemplifica de condiciones de prioridad de principios jurídicos, además, pone de relieve que en la argumentación jurídica principalista las reglas y los principios no son mutuamente excluyentes. Así, a partir de los resultados de la ponderación de algunos principios en tensión es dable construir un conjunto de reglas que guíen a los jueces en la solución de colisiones entre principios. Dichas reglas no eliminan la posibilidad de que los jueces ponderen principios en los casos concretos.

Cuadragésima tercera. El control de razonabilidad se constituye como un filtro de corrección que sólo admite el paso de decisiones judiciales correctas, objetivas, racionales, prudentes y aceptables socialmente. De esta manera, dicho control elimina la arbitrariedad en la toma de decisiones y propicia la crítica social de las mismas, contribuyendo así a su correlativa legitimación. Asimismo, el citado control mejora la justificación jurídica, ya que permite resolver las colisiones entre principios jurídicos en toda su extensión; es decir, asumiendo la complejidad de la realidad jurídica mediante el análisis de todos los criterios posibles en la toma de decisiones, como son los morales, los sociales y los políticos.

Cuadragésima cuarta. En un contexto amplio, el control de razonabilidad contribuye a garantizar la objetividad en la ponderación, ya que el mismo establece parámetros específicos a seguirse por parte de los juzgadores al momento de sopesar principios jurídicos en tensión.

Cuadragésima quinta. Bajo las anteriores anotaciones, se observa que el control de razonabilidad es una solución viable para atender las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, en virtud de que dicho control presenta un esquema o estructura para ponderar principios; asimismo, es una contestación a las objeciones sobre los límites de la ponderación en lo relativo a la falta de objetividad en la determinación de los grados de afectación y de importancia de los principios en colisión, ya que dicho control incluye una fase referente a la verificación de tales grados de afectación e importancia mediante el cambio de roles; además, es una respuesta a las objeciones sobre la afectación del principio democrático, derivado de que el test de razonabilidad genera una legitimación democrática de los jueces desde una perspectiva práctica; esto es, desde su trabajo cotidiano, que es igual de importante que una legitimación obtenida vía elección.

Cuadragésima sexta. Bajo todo este escenario, se demuestra que la argumentación jurídica principalista es racional, porque la misma puede seguir criterios de prioridad y esquemas o controles de corrección. Dichos criterios de prioridad generan previsibilidad en los resultados de la ponderación y cierta coherencia en la red de decisiones que involucran principios jurídicos. Asimismo, los esquemas o controles de corrección aseguran objetividad en la ponderación y que las concepciones morales que puedan tener cabida en el discurso del derecho están sujetas a la crítica abierta.

Cuadragésima séptima. Las respuestas prácticas a las principales críticas y objeciones al método de ponderación obtenidas como resultado de la presente investigación contribuyen a la comprensión, difusión, defensa y desarrollo de la argumentación jurídica de corte principalista; sin embargo, no constituyen verdades definitivas, por lo que las mismas se someten desde luego al debate crítico académico.