

# Constitucionalismo y discrecionalidad judicial

## Constitutionalism and Judicial Discretion

Juan A. Cruz Parceró

### Autor:

Juan A. Cruz Parceró  
Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM,  
México  
[cruzparc@unam.mx](mailto:cruzparc@unam.mx)

**Recibido:** 10/06/2022

**Aceptado:** 10/09/2022

### Citar como:

Cruz Parceró, Juan A. (2023). Constitucionalismo y discrecionalidad judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 151-160. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.08>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Juan A. Cruz Parceró

### Resumen

En este trabajo se argumenta en contra de una tesis de Fernando Atria que le atribuye al (neo)constitucionalismo ser un Derecho premoderno e incurrir en un ciclo de aplicación del Derecho que denomina «arbitrariedad hasta la perfección». Se presentan dos objeciones a esta tesis. La primera relacionada con la distinción gobierno de hombres y gobierno de leyes que, a decir de Aguiló, es una distinción que suele exagerarse; mientras que, para Atienza, la idea de gobierno de leyes presupone una racionalidad formalista, cuando podría ser compatible con una forma de racionalidad más abierta. La segunda objeción se basa en que también se presupone que los únicos fines que cuentan en el Derecho son los mismos fines del Derecho (certeza, previsibilidad) y no los fines de la política. Se abunda precisamente en mostrar cómo el Derecho moderno se ha transformado de modo que éste persigue y debe perseguir otros fines (protección de derechos humanos, redistribuciones, bienestar, desarrollo sostenible, entre otros). Finalmente, se trata de dejar apuntadas las ideas principales para sostener que el juzgador en el modelo constitucional o postpositivista no tiene la posibilidad de optar arbitrariamente por resolver ponderando o resolver aplicando reglas, como sugiere la tesis de la arbitrariedad hasta la perfección.

**Palabras clave:** Estado de Derecho, discrecionalidad, principio de proporcionalidad, ponderación, constitucionalismo, postpositivismo.

### Abstract

This paper argues against a thesis of Fernando Atria that considers (neo)constitutionalism to be a pre-modern law that participates in a cycle of application of law that he calls «arbitrariness to perfection». There are two objections to this thesis. The first is related to the distinction

between the government of men and the government of laws which, according to Aguiló, is a distinction that tends to be exaggerated; while, for Atienza, the idea of the government of laws presupposes a formalist rationality, when it could be compatible with a more open form of rationality. The second objection is based on the fact that it also presupposes that the only ends that count in law are the ends of law itself (certainty, predictability) and not the ends of politics. I show how modern law has been transformed in such a way that it pursues and must pursue other ends (protection of human rights, redistribution, welfare, sustainable development, among others). Finally, I sustain that the judge in the constitutional or post-positivist model does not have the possibility of arbitrarily choosing to resolve by pondering or to resolve by applying rules, as suggested by the thesis of arbitrariness to perfection.

**Keywords:** Rule of Law, discretion, weighing, principle of proportionality, constitutionalism, post-positivism.

## 1. EL PROBLEMA DEL CONSTITUCIONALISMO

En un excelente libro, *La forma del derecho*, su autor, Fernando Atria, lanzaba una crítica a diversas teorías del Derecho, al positivismo jurídico y al neo-constitucionalismo.<sup>1</sup> A este último lo identifica como una forma pre-moderna de Derecho donde la adjudicación (aplicación judicial) del Derecho desformalizada conlleva arbitrariedad, pero ahora conduce a un modelo de «arbitrariedad hasta la perfección», es decir, conduce a un ciclo de aplicación judicial donde la arbitrariedad se presenta como un remedio. En términos simples el ciclo sería el siguiente: el Derecho pre-moderno, caracterizado por la flexibilidad y la arbitrariedad, tuvo que ser limitado por reglas formales que generaban certeza y eliminaban la arbitrariedad, pero dado que esta aplicación formal llevaba a su vez a no ver que las reglas generales pueden tener excepciones justificables, el Derecho moderno termina generando inequidad e injusticia, entonces en el nuevo modelo neoconstitucional, que reacciona frente al positivismo, el juzgador puede apelar a la justicia y decidir conforme a criterios sustantivos (moral) o puede apelar a la certeza y decidir conforme a la forma. A esto llama Atria «arbitrariedad hasta la perfección» (Atria 2016: 68).

1. Aunque Atria no es suficientemente claro respecto de quiénes son los autores que formarían parte del «neo-constitucionalismo», expresamente cita a Zagrebelsky, Ferrajoli y Dworkin, pero ninguno de éstos se reconoce como tal. Ferrajoli, por ejemplo, se ha distanciado expresamente de Dworkin y autores como Alexy y Atienza. Como nos recuerda José Juan Moreso, el único que se adscribe como «neo-constitucionalista» es Alfonso J. García Figueroa (Moreso 2020:122). Manuel Atienza, por su parte, ha señalado que la categoría de «neo-constitucionalismo», a la que curiosamente casi nadie se auto adscribe (él menciona, además de García Figueroa, al colombiano Leonardo García Jaramillo y el español Santiago Sastre Ariza), funciona como un cajón de sastre para incluir autores como Alexy, Dworkin, Nino, Ferrajoli, el mismo Atienza, entre otros (Atienza 2017: 123 ss). Asumiré en este trabajo, con la finalidad de seguir el argumento de Atria, que se está dirigiendo a lo que Atienza y Ruiz Manero han llamado post-positivismo (Atienza-Ruiz Manero: 2009), o lo que podemos reconocer como el constitucionalismo contemporáneo. Una caracterización didáctica del postpositivismo se puede encontrar en Aguiló Regla (2008).

Su alegato en contra del (neo)constitucionalismo se sostiene en que se pone en riesgo la idea de autogobierno democrático, la idea de gobierno conforme a Derecho. Para Atria la idea sostenida por autores como Ferrajoli, Dworkin (podríamos añadir a Alexy y Atienza, entre muchos otros) es que ahora la constitución no vale porque haya sido dictada por un poder legislativo que representa al pueblo, sino que para estos autores las leyes valen por su coherencia con la constitución, y la constitución vale por lo que significa, por su mejor lectura moral como ha sostenido Dworkin.

En otras palabras –escribe Atria–, lo que vale en la constitución es el valor de la justicia que se le imputa: ella no es contingente, su contenido no depende de lo que haya dicho alguien. Si las palabras utilizadas indican que no hay ponderación que proceda respecto de un derecho y la justicia reclama ponderación, entonces la constitución correctamente entendida, exige ponderación. El texto constitucional no contiene normas que manden, prohíban o permitan, sino un intento, no necesariamente exitoso, de describir, por ejemplo, la idea de dignidad del ser humano y sus consecuencias, de modo que cuando las expresiones describan mal, no tendrán valor alguno: serán descripciones «falsas» (Atria 2016: 70).

La ironía –nos dice Atria– es que, frente a estas cuestiones, el positivismo (excluyente e incluyente) se encuentra extraviado, ignora enteramente el problema. El positivismo duro o excluyente porque cree que lo teóricamente relevante es la distinción entre hecho social y valor moral, que lo que les ocupa es la cuestión conceptual de qué es Derecho. El positivista incluyente considera que cuando se incorporan derechos fundamentales y valores morales a la constitución entramos en la esfera de la discreción judicial, y los positivistas no pueden controlar esa discreción, se queda sin argumentos contra el (neo) constitucionalista, porque el positivista acepta de antemano que el juez en tales casos tiene discreción, es decir, que puede hacer cualquier tipo de lectura, que la elección entre ellas es indiferente. La alternativa del positivista a la incertidumbre del (neo) constitucionalista no es la certeza del Derecho, sino la incertidumbre de la discreción o arbitrariedad judicial cuando el juez se enfrenta a las normas constitucionales. Frente a esto el (neo)constitucionalismo tiene la ventaja de tomarse en serio el problema de la aplicación y de la justificación. En suma, el problema del positivismo actual es que no está interesado en el Derecho realmente existente, sino en las características necesarias de un Derecho imaginario (Atria 2016:72-74).

Para Atria, el problema del Derecho pre-moderno, del (neo)constitucionalismo, radica en que nos orilla a aceptar que hemos recibido un mundo ordenado, armónico, y que cualquier desacuerdo puede solucionarse a través de una buena argumentación, por referencia a formas aceptadas y dominantes de razonamiento y autoridad moral, lo que lleva a aceptar que una élite profesional de jueces y abogados tienen una vía de acceso epistemológicamente privilegiado para dirimir los desacuerdos.

La descripción del problema que hace Atria me parece relevante, pone en cuestión tanto a (neo) constitucionalistas, como a los positivistas. No me ocuparé de algunos aspectos de su argumento; particularmente, como he indicado antes, no es nada claro lo que sea para él el «neoconstitucionalismo» y las tesis que se le puedan atribuir. Me

limitaré aquí a tomar la acusación de la «arbitrariedad a la perfección» y presentar un par de argumentos contra esta tesis para mostrar que el problema del constitucionalismo no es como lo percibe, sin dejar de advertir que el tema de la discrecionalidad aparece como un problema a atender y resolver.

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE GOBIERNO DE HOMBRES Y GOBIERNO DE LEYES

El argumento de Atria parece partir de que el sistema político premoderno, incluido el Derecho, se regía por la idea de un «gobierno de hombres», por tanto, era arbitrario e injusto. El remedio moderno fue un «gobierno de leyes». La idea del Estado de Derecho se asocia entonces a este modelo, con ello se evita la arbitrariedad y se genera igualdad y certeza, entre otras cosas.

Sobre este punto parto de una observación que Aguiló hacía sobre esta distinción, al advertirnos que la distinción entre ambos modelos suele exagerarse en algunas discusiones, pues un gobierno de leyes es siempre también un gobierno de hombres (excluyendo las formas de gobierno meramente tradicionales basadas en el carisma, como sostenía Weber). El gobierno de leyes puede interpretarse de dos formas: gobierno *per lege*, y gobierno *sub lege*. Atria, como muchos de los críticos del constitucionalismo, enfatiza la idea del gobierno *per lege*, especialmente el gobierno a través de *reglas*, y exige que la actuación del poder judicial sea *sub lege*. El constitucionalismo, nos dice Aguiló, pretende extender la idea de actuar *sub lege* a otros órganos de gobierno, sin que ello implique renunciar a la idea de que se gobierna *per lege*. Una concepción sensata de los principios, a los cuales se oponen los críticos del constitucionalismo por ver en ellos el germen de la discrecionalidad, es que la aplicación de principios conduce siempre a la formulación de una regla, y en este sentido el constitucionalismo no es incompatible con las exigencias del Estado de Derecho (Aguiló Regla 2007: 40-41). Quizá decir que la aplicación de un principio concluye siempre en la aplicación de una regla no sirva para atajar la crítica, pues se trata de una regla creada (o inferida) por el juez, no por el legislador, pero Aguiló tiene razón en que la distinción entre gobierno de leyes y gobierno de hombres suele exagerarse. Atienza advertía –a propósito de una discusión entre administrativistas en torno al control judicial de las decisiones del Ejecutivo–, que en el fondo de aquella discusión se encontraban dos concepciones del Derecho en pugna, una donde el modelo de racionalidad estaba limitado a la racionalidad formal y al decisionismo (el modelo de «racionalidad formal» de Weber), que radicalizado conducía a construcciones teóricas como la de Kelsen o la de Luhmann. El otro modelo sería precisamente el del postpositivismo de autores como Dworkin, Alexy y Nino, que adopta un modelo de racionalidad abierto a fines y valores sustantivos, sin abandonar los valores formales del Derecho (Atienza 2001:57-8). De forma que la distinción que pre-ocupa a Aguiló suele exagerarse precisamente cuando se asocia a un modelo formalista.

Esto entonces, para Aguiló, conduce a otro error. Este segundo error consiste en identificar los fines del Estado de Derecho con los fines de la política; dicho de otro modo, se comete el error de creer que los fines de la política no pueden ser regulados y dejarlos por ello completamente abiertos (Aguiló Regla 2007: 42). En seguida abundaremos sobre este punto.

### 3. LOS FINES SOCIALES EN EL DERECHO

La historia del Derecho ha tenido momentos especialmente importantes, Víctor Ferreres recordaba que el principio de proporcionalidad que solemos decir que se desarrolló en Alemania a partir de la Constitución de Bonn de 1949, en realidad tiene sus orígenes en el Derecho administrativo decimonónico, las cortes administrativas prusianas recurrieron constantemente al análisis de proporcionalidad para limitar los poderes de policía del Estado (Ferreres-Comella 2020: 163). Como recuerda también el historiador Samuel Moyn al hacer una historia de los derechos sociales, en el siglo XIX en Alemania principalmente, pero también en Francia e Italia, apareció una nueva forma de concebir el Derecho, un Derecho pensado un siglo atrás por los jacobinos en Francia, pero que ahora tendría oportunidad de surgir y cristalizar, ya no en una democracia, sino dentro de un modelo de gobierno autoritario. Nos referimos a la idea de un Derecho que pudiera servir a la justicia social, un Derecho ligado a un modelo de Estado que fue antecedente al Estado de bienestar (Moyn 2020: 35 ss). Este Derecho fue pensado como un instrumento de los gobiernos para alcanzar objetivos públicos, sociales, colectivos. Un nuevo tipo de normas, las famosas normas de fin, los principios y directrices, vendrían a darle una nueva estructura y nuevas funciones al Derecho (Medina Alcoz, 2016).

Se trató de una época que vino a revolucionar el Derecho y sus teorías, apareció por ejemplo la poderosa teoría de Ihering. Para Luis Medina Alcoz,

Antes de Ihering, el Derecho era un mecanismo liberal para armonizar voluntades individuales, que asegura que cada cual elija sus fines; después de él, un mecanismo social para conciliar los objetivos del individuo con los del grupo (Medina Alcoz, 2016: 72).

El enfoque finalista de Ihering supuso reconocer que el Estado y el Derecho tienen el poder de decidir los fines o intereses merecedores de protección y, con ello, el poder de dar, configurar y quitar derechos subjetivos (entonces derechos privados principalmente) según lo que entiendan que beneficia al interés general (Medina Alcoz, 2016: 74).

El problema fue que todos los cambios se insertaron en un modelo autoritario, donde incluso las ideas de los derechos entrarían en cierta crisis, pues los derechos naturales e individuales que provenían del iusnaturalismo de la Ilustración eran vistos como un obstáculo frente a estos nuevos cambios y las necesidades públicas. Por ello, la proporcionalidad que surgiría entonces no se centró del todo en los derechos, como ahora, sino en nuevas figuras jurídicas como los intereses o los intereses legítimos.

Y es por ello que la técnica de la proporcionalidad renacería de alguna forma después de la Segunda Guerra Mundial, dentro de un modelo de Estado de Bienestar que perseguía ambiciosos fines sociales y económicos. La diferencia más importante es que ahora se utiliza dentro de estados democráticos en Europa donde también se fortalecía ya una renovada idea de los derechos fundamentales, donde ya se habían incorporado los derechos sociales (salud, educación, trabajo, seguridad social, vivienda, etc.).

Como ha afirmado Isabel Lifante, este nuevo Derecho dejaba amplios márgenes de discrecionalidad a los funcionarios y jueces para elegir los medios que se pudieran considerar más adecuados para alcanzar una serie de fines, objetivos y derechos que estaban reconocidos en las Constituciones. La discrecionalidad fue un tema muy importante en la teoría del derecho, tanto para autores como Kelsen que la consideraban algo inherente al proceso de aplicación de normas, como para Hart que la consideraba como un costo de usar términos clasificatorios generales (lenguaje). La idea de discrecionalidad se asociaría más adelante, especialmente en la obra de Dworkin, con la idea de libertad y con la de responsabilidad (Lifante Vidal 2021: 74 ss).

Lifante nos recuerda un ejemplo de Kelsen de una norma sanitaria que establecía que, al estallar una epidemia, el órgano administrativo tenía que determinar las medidas a adoptar para evitar la expansión de la enfermedad. Si bien la indeterminación normativa que tanto preocupaba a los teóricos del Derecho genera discrecionalidad, en este caso el origen de la discrecionalidad es de otro tipo. En caso de ocurrir una epidemia, y sin lugar a dudas de que se trate de tal caso, se actualiza la norma sanitaria en que pensaba Kelsen, pero en estos casos donde la norma sin duda se debe aplicar lo que queda por determinar son las acciones para combatir la epidemia, para evitar su expansión, lo que se necesita para determinar y desarrollar el contenido de la norma no lo podríamos calificar como interpretación –nos dice Lifante–, la decisión está orientada hacia el futuro, hacia las consecuencias, lo que conlleva el poder de introducir nuevas evaluaciones de intereses (Lifante Vidal 2021: 85).

Este tipo de discrecionalidad fue resultado necesario de este proceso de transformación del Derecho, no se podía ser ya un exegeta ni un formalista, al menos no en amplios campos del Derecho. Pero tampoco en los ámbitos tradicionales como el Derecho civil o el penal, que también se vieron influenciados por esos cambios decimonónicos (el Derecho penal serviría a objetivos de una política criminal, y el Derecho civil y mercantil servirían igualmente para objetivos de carácter económico, social, etc.) (Medina Alcoz 2016: 78).

El positivismo jurídico que sirvió para acompañar estos cambios, especialmente como una doctrina que se opuso a los postulados del iusnaturalismo, jugaría un rol muy importante para comprender que el Derecho podía ser maleable por el legislador que buscaba proteger o priorizar algunos fines, pero no otros. Pero los amplios márgenes de discrecionalidad que generaba esta modelo de Derecho, donde no había lugar a reglas precisas que se pudieran aplicar silogísticamente o los espacios de defecto de regulación, se resolvían en el positivismo justificando una concepción fuerte de la discrecionalidad

por parte de funcionarios y jueces, lo cual resultaba coherente con un escepticismo moral más o menos dominante entre estos pensadores, pero también con el espíritu autoritario que prevalecía.

Por mucho tiempo se pensó que donde había poderes discrecionales había necesariamente arbitrariedad. Todavía hoy día, muchos piensan que la forma de evitar la arbitrariedad en las decisiones es regresar a un Derecho de reglas, limitar al máximo los poderes discrecionales de funcionarios y de jueces. Pero ello es simplemente un error, que puedan existir ámbitos donde efectivamente no se justifiquen tales poderes, no significa que no se requieran en otros. El Derecho que requerimos, el gobierno y las políticas que necesitamos exige hasta cierto grado poderes discrecionales, porque esperamos con ellos alcanzar fines y proteger valores y derechos para todos. Esperamos pues que el Derecho sea un instrumento para perseguir fines políticos. Y que sea un instrumento para proteger y garantizar derechos humanos. Desde mediados del siglo xx, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), hizo irrupción la idea de los derechos humanos como fenómeno global, y con ello lo que algunos han llamado la «cultura de la justificación». Los derechos constitucionales de los siglos xix y principios del xx, se fueron transformando, primero en derechos fundamentales teorizados por constitucionalistas y por filósofos del Derecho como Alexy o Dworkin, luego se introduciría la idea de derechos humanos en las constituciones, como ha ocurrido especialmente en América Latina, cambios que han exigido una nueva teoría constitucional de los derechos como he afirmado en otra parte.<sup>2</sup>

Y aquí llego a lo que creo es el segundo error en el argumento de Atria, que había anunciado en la sección previa retomando una idea de Aguiló. La idealización del Estado de Derecho, ligada, como sostuviera Atienza, a la idea formalista de racionalidad, comete el error de tomar como relevantes exclusivamente los fines del Estado de Derecho (la previsibilidad y la certeza), e ignorar la posibilidad de regular los fines de la política (Aguiló Regla 2007: 42).

Es entonces en el contexto de un modelo de Estado y de Derecho que busca alcanzar una serie de valores, fines y proteger derechos, que el principio de proporcionalidad cobra nueva relevancia y adquiere nuevos marcos o contornos. La proporcionalidad tiene como objetivo determinar y en ocasiones delimitar el alcance de los derechos (fundamentales o humanos), ya sea en conflictos que surjan entre ellos o frente a políticas u objetivos sociales de todo tipo. La proporcionalidad no es tarea solamente de los jueces, es tarea del legislador también. En esto consiste la extensión del gobierno *sub lege* a que alude Aguiló, la labor del legislador ya no se ve como totalmente soberana, como una labor totalmente discrecional, pues en el Estado constitucional existen parámetros constitucionales a los que ellos mismos está sujetos.

---

2. Véase Cruz Parceró (2017).

#### 4. ¿ES POSIBLE EL CONTROL RACIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD?

Hay que decir que hoy día el Derecho debe afrontar de forma más contundente una serie de retos de nuestro tiempo, que le exigen una función promocional más radical de la que hemos tenido en las últimas décadas. La humanidad se enfrenta a nuevos retos como el cambio climático, la migración, la delincuencia y el terrorismo internacional, la desigualdad económica galopante, cambios tecnológicos y de las comunicaciones, entre otros muchos retos. La reciente pandemia de Covid-19 es un buen ejemplo de este tipo de retos. El Derecho está llamado a fortalecer ese ideal de transformación social, de sustentabilidad, de garantía de derechos para todos, de igualdad. El reclamo de Atria hacia el positivismo jurídico es precisamente no entender lo que es el Derecho hoy día, y añadiría, entender el rol que necesitamos que juegue para afrontar el futuro inmediato. Sin embargo, él piensa que el constitucionalismo conduce a una idea pre-moderna del Derecho, que consagra la «arbitrariedad a la perfección».

Y las dudas entonces recaen sobre las técnicas de aplicación de reglas y principios basadas en el principio de proporcionalidad. Ciertamente el principio de proporcionalidad (o el método de proporcionalidad), no es la panacea o como sostiene Atienza no es una receta mágica, porque no se puede resolver todo con él, ni puede usarse de modo mecánico, para producir respuestas automáticas (Atienza 2017: 153). La proporcionalidad, con sus tres subcriterios (idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto), depende de otras teorías sobre otras tantas cuestiones relacionadas: los valores, lo correcto, la justicia, los derechos... Estas teorías se han ido construyendo y afinando en las últimas décadas por filósofos, filósofos morales, filósofos del Derecho. Y depende también de la información empírica disponible. Como en muchos ámbitos de la racionalidad humana, en la ciencia, por ejemplo, no tenemos *la* teoría que explique todo, es factible que nunca la tengamos, pero vamos sobre la marcha, como en el famoso navío de Otto Neurath, navegando y al mismo tiempo reconstruyendo nuestro barco.

Manuel Atienza ha sostenido que las transformaciones del Estado contemporáneo, el paso de una vinculación positiva de la ley a una «vinculación estratégica», etc., suministra una explicación del impulso creciente de la discrecionalidad administrativa, pero eso no es ningún argumento a favor de la limitación del control judicial de esa actividad discrecional. Para llegar a esa última conclusión se necesitaría probar antes que ese control es imposible o bien que es indeseable (Atienza 2001:52). Sabemos que el control es posible puesto que las prácticas judiciales existen al respecto así lo muestran, la cuestión entonces es si esas prácticas pueden ser racionales, pues de no serlo, habría un buen punto para decir que son indeseables. Quizá todavía, aún cuando se pruebe que pueden ser racionales, se pueda tratar de argumentar en su contra, pero el argumento de Atria, me parece, se basa en presentar la idea de la arbitrariedad a la perfección, es decir, en tener la opción de ponderar con base en principios o bien la de aplicar las reglas. Esta forma de presentar la idea de la discrecionalidad de que se dispone en el (neo)constitucionalismo, me recuerda la idea kelseniana de la cláusula alternativa tácita



que tenían los jueces para aplicar el Derecho o no aplicarlo (pues al final la aplicación del derecho es siempre un acto de voluntad), idea muy bien analizada y criticada por Juan Ruiz Manero (1990).

Por ello, pienso que es un error pensar el modelo de decisión del constitucionalismo de esa forma. El hecho de que una decisión pueda basarse en la aplicación del principio de proporcionalidad no significa que también pueda basarse en la aplicación de una regla. La idea de justificación que suele compartirse en el constitucionalismo es una que apela a la motivación y fundamentación racional, no solamente a invocar un precepto o algunos hechos, sino a presentar argumentos donde cabe la objetividad, donde el discurso racional y los márgenes institucionales son objetivos. De forma que no es concebible que una decisión pueda «justificarse» de un modo u otro. Esto no implica tener que asumir una tesis de la única respuesta posible, como fuera formulada por Dworkin en algunos trabajos. Sí implica asumir que hay algunas respuestas correctas y otras incorrectas, que éstas deben buscarse (ideal regulativo).

Atienza presenta los temas cruciales sobre la ponderación con tres preguntas: ¿En qué consiste la ponderación?, ¿cuándo hay que ponderar?, y ¿es la ponderación un procedimiento racional? La tesis de Atria sugeriría que a la segunda respuesta de cuándo ponderar, se podría contestar diciendo que en cualquier momento, que siempre en el constitucionalismo se podría optar por ponderar en vez de aplicar una regla. Para Atienza –y asumo que para la mayoría de los constitucionalistas o postpositivistas–, claramente esa no sería la respuesta. Se pondera cuando se tienen que aplicar los principios y se apela a éstos cuando existen lagunas normativas o cuando hay lagunas axiológicas. La cuestión más compleja sería cuándo se puede justificar aludir a una laguna axiológica, pues de ser este un recurso retórico sin ningún tipo de control, Atria estaría en lo correcto con su tesis. Atienza piensa que hay algunas situaciones donde se puede justificar esto, utiliza la idea de desajuste que toma de Schauer: a) desajuste entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla, b) entre las razones subyacentes de la regla y las razones (valores y principios) del orden jurídico en su conjunto, y c) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (y eventualmente las del ordenamiento jurídico), y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Atienza encuentra que en el primer caso es fácil ofrecer una justificación cuando la hay; en el tercer caso no habría una justificación jurídica dado que esta situación implica dejar de jugar el juego del Derecho; el caso problemático sería el segundo, pero dentro de ello puede aceptar que es posible ofrecer una justificación (Atienza 2017: 157).

No puedo abundar más por razones de espacio, habría que reforzar todavía este argumento, lo cual supondría entrar en otras cuestiones que forman parte de las tesis que sostienen los constitucionalistas o postpositivistas, entre ellas, la discusión sobre el objetivismo moral y sobre la justificación misma del control judicial en el Estado constitucional y democrático. Estas cuestiones exceden por ahora el propósito de este texto. Dejo entonces inacabado uno de los argumentos en contra de la tesis de Atria,

pero con suficientes elementos para poder apreciar que su objeción puede ser afrontada con éxito por parte del constitucionalismo, que su referencia a que este es un Derecho pre-moderno y conlleva la tesis de la arbitrariedad a la perfección, es una exageración y, por ende, es falsa.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2007), «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.
- AGUILÓ REGLA, Josep (2008), *Sobre Derecho y argumentación*, Ed. Leonardo Muntaner, Mallorca.
- ATIENZA, Manuel (2001), *Cuestiones Judiciales*, Fontamara, México.
- ATIENZA, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2009), *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2017), *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro, México.
- FERRERES-COMELLA, Víctor (2020), «Más allá del principio de proporcionalidad», *Revista Derecho del Estado*, No.46, Mayo-Agosto, Bogotá.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2021), *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia*, Palestra, Lima.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2016), *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- MORESO, José Juan (2020), *Lo Normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MOYN, Samuel (2019), *No bastan. Los derechos humanos en un mundo desigual*, Tirant lo blanch, Valencia.
- RUIZ MANERO, Juan (1990), *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

