

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Derrotabilidad y razonamiento jurídico en disputa: reconstrucción y proyecciones del (no) debate Alexy-García Amado

Defeasibility and legal reasoning in dispute: reconstruction and projections of the Alexy-García Amado (non) debate

Marcelo Espinosa Aguilar 

Universidad Adolfo Ibáñez

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es proporcionar una reconstrucción y comparación de los postulados de Robert Alexy y Juan Antonio García Amado sobre la derrotabilidad normativa. En miras a tal cometido, se expondrán sistemática y someramente los cimientos teóricos de cada uno de los autores para posteriormente explicitar su específica tesis sobre el particular. Finalmente, se realizará un análisis crítico de las posturas y sus principales proyecciones, demostrando las desventajas de la teoría de García Amado y las ventajas que ofrece un modelo basado en la teoría de Alexy, pero con algunas modificaciones.

PALABRAS CLAVE

Derrotabilidad · Juan Antonio García Amado · razonamiento jurídico · Robert Alexy · teoría del derecho.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to provide an argumental reconstruction and comparison of Robert Alexy and Juan Antonio García Amado's proposals about legal defeasibility. Observing this task, the theoretical foundations of this authors will be exposed in a systematic and summary way to further reveal their specific thesis on this matter. Finally, a critical analysis of the debate and its projections will be done, demonstrating the disadvantages of García Amado's theory and the advantages of a model based on Alexy's theory, but with some modifications.

KEY WORDS

Defeasibility · Juan Antonio García Amado · legal reasoning · legal theory · Robert Alexy.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 10 del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834) dispone que los empleos a contrata “*durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos*”. El 1 de septiembre de 2021 la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹ y, por consiguiente, acogió la acción de protección deducida por un médico internista del Hospital de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, fundado en que el haber permanecido en el cargo a contrata durante trece años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculado con la Administración. De esta manera, a pesar de que le fue comunicada oportunamente la decisión de no renovar su vínculo laboral –y debiendo proceder, por tanto, la expiración de sus funciones–, ambas magistraturas optaron por apartarse de la solución normativa explícitamente contenida en la regla aplicable al caso.

La derrotabilidad normativa forma parte de un extenso catálogo de problemas que no admiten una posición neutral en la teoría jurídica: se le rechaza fervientemente por no constituir una categoría útil para la comprensión de un fenómeno jurisdiccional, o bien se le acepta. El escenario, sin embargo, adquiere mayor complejidad al advertir las diferentes rutas teóricas para arribar a su aceptación. La pregunta por la derrotabilidad, entonces, se escinde en una doble dirección: primeramente, hemos de preguntarnos por su validez para representar nuestras prácticas jurídicas y, luego, solo aceptado lo primero, debemos detenernos en los específicos postulados que cimientan sus bases.

En este contexto, Robert Alexy y Juan Antonio García Amado son autores cuyos trabajos avalan la utilización de este concepto, pero difieren considerablemente en su caracterización. Son, uno y otro, conspicuos exponentes de una concepción no positivista y positivista del fenómeno jurídico, respectivamente, cuyas teorías desembocan en reconstrucciones radicalmente antagónicas e irreconciliables de nuestras prácticas jurídicas. Pues bien, el objetivo de esta investigación será examinar conceptual y

¹ Véase sentencia de la Corte Suprema rol N° 60.606-2021, de fecha 1 de septiembre de 2021 y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 1.860-2021, de fecha 6 de agosto de 2021. Se trata de un criterio que se ha mantenido consistentemente, aunque con ciertos requisitos, en la jurisprudencia de la Corte Suprema y también de la Contraloría General de la República. Consúltense, entre otras, las sentencias roles N° 150.455-2020 y N° 92.148-2020. En el caso de la Contraloría, véase, por todos, el dictamen N° 22.766, de 24 de marzo de 2016.

críticamente las teorías de la derrotabilidad normativa propugnadas por Alexy y García Amado, con especial énfasis en sus diferencias y, sobre todo, en sus proyecciones.

Dos dificultades pueden obstaculizar un estudio de esta naturaleza: no contar con el material suficiente para caracterizar la tesis de cada autor sobre el tema y, por otro lado, la ausencia del mutuo parecer de los contendores. Respecto al primer problema, la dificultad se disipa tras un somero examen del derrotero intelectual de los autores. En este sentido, García Amado ha abordado directamente –y muchas otras veces de manera indirecta– el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. La situación de Alexy, en cambio, dista diametralmente de la de su contendor, pues no es posible siquiera hallar en sus trabajos una mención a la expresión que engloba el problema de este trabajo. Lo anterior, con todo, no constituye un auténtico obstáculo, toda vez que, como veremos más adelante, Alexy proporciona elementos suficientes para dar cuenta de su teoría de la derrotabilidad². En cuanto a la segunda dificultad, es relevante destacar –o, si se quiere, sincerar– un esencial rasgo de la contraposición teórica a presentar, que es su unilateralidad. Se trata, en consecuencia, de un debate que jamás se ha ventilado explícita y bilateralmente³. En efecto, las críticas de García Amado a Alexy, de suyo conocidas en la teoría jurídica, jamás han recibido una respuesta por parte de aquél, lo cual, sobra decirlo, en ningún caso cuestiona la viabilidad del objetivo antes planteado; antes bien, constituye un importante impulso para una investigación de estas características.

Ahora bien, la efectividad de la reconstrucción de este debate descansa, primeramente, en el manejo de una nomenclatura común que permita vislumbrar adecuadamente de qué manera y en qué medida se apartan las teorías a examinar. Pues bien, felizmente para nuestro cometido, no es

² Confirma este punto la gran cantidad de obras que han abordado la derrotabilidad a partir de la teoría normativa de Alexy. Véase, entre otros, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*, en *Diritto e questioni pubbliche* 3 (2003), pp. 197-227; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*, en CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coordinadores), *El canon neoconstitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010), pp. 247-271; BUSTAMANTE, Thomas, *Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones contra legem*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), pp. 205-284.

³ A diferencia, por ejemplo, del conocido debate entre Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez. Vid BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).

necesario extendernos en la confección de un metalenguaje, pues, como hemos adelantado, gran parte de las contribuciones de García Amado se erigen como una (ferviente) reacción crítica a la teoría de Alexy. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de lo que será comentado más adelante, García Amado es conocido, entre otras cosas, precisamente por desestimar algunas importantes categorías conceptuales empleadas por Alexy. Esto explica, pues, que nuestro análisis comience con éste y prosiga, luego, con los comentarios de aquél.

Sin perjuicio de lo recién puntualizado, es menester efectuar una importante precisión terminológica. Para despejar la inextricable equivocidad conceptual del concepto a analizar⁴, entenderemos por derrotabilidad un fenómeno jurisdiccional predicable a las normas jurídicas que consiste en la desactivación de sus consecuencias normativas, a pesar de haberse verificado íntegramente su supuesto de hecho, provocado por la ocurrencia de circunstancias no previstas en aquellas que tornan la solución existente inadecuada y que imposibilitan desplegar sus efectos, desaplicándola para el caso concreto, pero sin alterar por ello su vigencia ni validez general en el sistema jurídico⁵.

A primera vista, el análisis y cotejo crítico de teorías antagónicas envuelve un afán primordialmente propedéutico: la exposición y reflexiones posteriores nos permitirán constatar el escalonado condicionamiento que existe entre la específica (i) teoría del derecho de cada autor, (ii) su teoría de las normas, (iii) su concepción acerca del razonamiento jurídico y, como corolario de todo lo anterior, (iv) la teoría de la derrotabilidad que cada autor propugna. No obstante, las consecuencias que subyacen a cada polo teórico van más allá de una empresa exclusivamente especulativa. Los aportes de Alexy y García Amado proveen, además, formas muy diferentes de reconstruir prácticas jurídicas, sobre todo judiciales. En definitiva, este estudio permitirá dilucidar qué alternativa contribuye de mejor manera a robustecer, y no empobrecer, la rigurosidad del razonamiento judicial.

⁴ Rodríguez y Sucar revelan la multiplicidad de posibles sentidos atribuibles a esta noción, identificando once diferentes formas de hablar de la derrotabilidad en el derecho, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Cfr. RODRÍGUEZ, Jorge; SUCAR, Germán. *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho*, en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, cit. (n. 3), pp. 115-118.

⁵ Se sigue aquí la noción ya empleada antes en ESPINOSA, Marcelo; GÓNGORA, Pablo, *Derrotabilidad y ley tributaria: Delimitación, alcances y viabilidad como herramienta de análisis de la praxis jurisdiccional*, en FAÚNDEZ, ANTONIO; SAFFIE, FRANCISCO (COORDS.), *Interpretación de la ley tributaria* (Santiago, LegalPublishing, 2020), pp. 80-81.

II. ALEXY, LA PONDERACIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE EXCEPCIÓN

Ya en las palabras introductorias de su “Teoría de la argumentación jurídica” (1978), Alexy subraya un contingente, pero importante rasgo de las decisiones jurídicas: en muchas ocasiones, los enunciados normativos que ponen fin a un conflicto jurídico no se siguen lógicamente de las formulaciones normativas vigentes⁶. Esto, a juicio del autor, obedece, al menos, a cuatro razones: la inextricable vaguedad del lenguaje jurídico, la presencia de antinomias normativas, la existencia de lagunas normativas y –lo que más estrechamente se vincula con nuestro estudio– la posibilidad de que, en ciertos casos, se tomen decisiones contra el tenor literal de una norma⁷. Pues bien, estos y tantos otros motivos –como, por ejemplo, la pluralidad de valoraciones o la ausencia de un orden jerárquico entre los cánones interpretativos–, reclaman la necesidad de desarrollar una teoría de la argumentación jurídica dirigida a determinar cómo es posible la adopción de una decisión racionalmente fundamentada⁸.

En miras a este cometido, el aparato teórico empleado por Alexy es el de la teoría del discurso, de conocida raigambre habermasiana⁹, que representa una teoría procedimental de la corrección práctica de naturaleza argumentativa¹⁰ y en que el discurso jurídico se erige como un caso especial de argumentación práctica general. Esta famosa idea, también conocida como la *tesis del caso especial*, representa una noción central en la teoría de Alexy y se justifica por tres razones: primero, la argumentación jurídica versa sobre aquello que es obligatorio, prohibido o permitido, vale decir, acerca de cuestiones prácticas; luego, el discurso jurídico tiene, al igual que el discurso práctico general, una pretensión de corrección; y, por últi-

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Lima, Palestra, 2017), p. 27.

⁷ *Ibíd.*, p. 28.

⁸ ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa*. 5 (1988), pp. 148-149.

⁹ En este sentido, la teoría de Alexy es tributaria de la teoría de la acción comunicativa de Habermas. De hecho, en muchos aspectos su teoría es el desarrollo ulterior y particular de las ideas nucleares del pensamiento habermasiano. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. (n. 6), p. 272 y HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid, Taurus, 1999), p. 60. Para una crítica a la tesis del caso especial alexyano, véase HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid, Trotta, 1998), pp. 305-306.

¹⁰ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012), p. 69.

mo, es un caso especial pues el contenido e implicancias de la pretensión de corrección de uno y otro es diferente¹¹.

1. Tesis del caso especial y la pretensión de corrección del derecho

A la luz de lo recién puntualizado, es pertinente indagar en torno al disímil sustrato y naturaleza que tienen el discurso práctico general y su instanciación jurídica en lo referido a la pretensión de corrección. En el caso del primero, la corrección va dirigida a la realización del procedimiento según las reglas del discurso –esto es, conforme a los cánones formales que orientan comunicativamente la formación práctica del mismo– y no directamente a las justificaciones o buenas razones que pudieran resultar de este¹². La pretensión de corrección del discurso jurídico, en cambio, tiene un contenido sustantivo y no meramente adjetivo, que, empero, no alude a lo absolutamente correcto, sino a lo correcto sobre la base de las normas que, autoritativa o institucionalmente fijadas, conforman un sistema jurídico, así como también en atención a los precedentes y los aportes de la dogmática¹³. Por razones obvias, omitiremos mayores comentarios sobre el discurso práctico general, para concentrarnos exclusivamente en las particularidades del discurso jurídico.

Caracterizar, aunque someramente, esta tesis, no constituye, en caso alguno, una cuestión baladí; antes bien, para Alexy, la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho, a tal punto que aquellos sistemas normativos que no lo formulan –sea de modo explícito o implícito– no pueden ser catalogados, en estricto rigor, como jurídicos¹⁴. De este modo, el derecho reclama una recta aplicación que no siempre estará en armonía con el contenido de la ley, ya que pueden ser aplicables a un caso leyes irrazonables o injustas, donde la solución conforme a los criterios contenidos en estas contravendría abiertamente la pretensión de corrección del derecho¹⁵.

De esta manera, a pesar de estar vinculado a las normas que confor-

¹¹ ALEXY, Robert, *La tesis del caso especial*, en *Isegoría*. 21 (1999), pp. 24-25.

¹² Empero, para conectar el carácter formal de las reglas del discurso con su pretensión de corrección, Alexy incorpora un tercer elemento, que consiste en la tesis antropológica conforme a la cual los seres humanos tenemos la capacidad de distinguir las buenas de las malas razones a favor de los enunciados sustantivos. En otras palabras, estamos dotados de una suficiente capacidad de juicio, lo que permite proveer de contenido material racional al resultado de la deliberación práctica. Cfr. ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, cit. (n. 10), pp. 73-74.

¹³ ALEXY, Robert, *La tesis del caso especial*, cit. (n. 11), p. 25.

¹⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (2ª edición, Barcelona, Gedisa, 2004), p. 40.

¹⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. (n. 6), pp. 452-454.

man un ordenamiento, el discurso jurídico no deja de ser por ello una especie de discurso práctico racional en que entran en juego argumentos morales, ético-políticos y pragmáticos¹⁶. Consiguientemente, se advierte que para lograr una decisión justa y razonable es posible acudir a recursos extrajurídicos, en especial, argumentos morales que permiten conectar conceptualmente derecho y moral¹⁷, difuminando así la conocida tesis de la separación conceptual propugnada por el positivismo jurídico.

Pues bien, el planteamiento de Alexy resulta especialmente relevante cuando se presentan situaciones en que el apego irrestricto a la solución contenida en la ley puede tornar injusta o inadecuada la decisión de un caso. En otras palabras, la racionalidad discursiva de la argumentación jurídica tropieza con un importante obstáculo representado por la normativa vigente y válida de un sistema. Empero, siguiendo a Radbruch¹⁸, Alexy afirma que la seguridad jurídica es una exigencia central, pero no la única que formula la razón práctica al sistema jurídico¹⁹.

Si bien la decisión judicial —que es una de las tantas sedes del discurso jurídico—, en tanto subcategoría del discurso práctico, compromete un significativo ingrediente moral, no por ello se prescinde del componente jurídico en su crítica o valoración. De esta forma, el reproche moral es inescindible del jurídico: una sentencia no será considerada moralmente cuestionable pero jurídicamente intachable; también será jurídicamente defectuosa. Por lo tanto, el derecho no recibe la crítica moral desde fuera, sino que se sitúa dentro del propio derecho²⁰.

Precisamente este último punto explica la posibilidad de desaplicar una norma jurídica a pesar de verificarse su condición de aplicación o, lo que es igual, la posibilidad de derrotar una norma vigente y aplicable a un caso concreto. Quien argumenta jurídicamente, en cualquiera de sus sedes, no está constreñido por elementos exclusivamente jurídicos. En cualquier caso, el rol de la racionalidad discursiva no es fijar el contenido de la decisión, pero sí la razón de su incorrección y la medida para su crítica²¹. Con todo, el contenido preciso de la decisión estará dado por la interacción de dos importantes actores normativos de un ordenamiento jurídico, pero de los que nada hemos dicho aún.

¹⁶ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, cit. (n. 10), p. 70.

¹⁷ ALEXY, Robert, *La tesis del caso especial*, cit. (n. 11), pp. 44-45.

¹⁸ ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 5 (2001), pp. 89-90.

¹⁹ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit. (n. 14), p. 167.

²⁰ ALEXY, Robert, *La tesis del caso especial*, cit. (n. 11), p. 32.

²¹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. (n. 6), p. 454.

2. Principios y reglas

Una pieza fundamental en la teoría jurídica de Robert Alexy es la distinción que efectúa a propósito de las normas que conforman un sistema jurídico. En efecto, dentro del universo de expresiones deónticas que componen un ordenamiento, no todas tendrían idéntica naturaleza, estructura, grado de cumplimiento ni método de aplicación; así, las normas pueden ser reglas o principios, de modo tal que estas serían especies de aquellas²². En este sentido, a pesar de no haber sido el primero en formular esta diferenciación, su propuesta y modo de articulación de estas categorías de normas ha significado un gran impacto en la teoría jurídica, especialmente en la teoría de las normas y en el modo de concebir los derechos fundamentales.

Abundan las obras que han intentado deslindar conceptualmente las dos clases de normas recién señaladas²³. Un primer criterio de distinción entre reglas y principios sería su grado de generalidad relativamente alto y bajo, respectivamente²⁴; otro habitualmente mencionado es la imposibilidad de enumeración exhaustiva de los principios, a diferencia de las reglas²⁵. Otro criterio, de mayor importancia, subraya que las reglas son aplicables en forma de todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), admitiendo solo dos posibilidades, aplicarse o no²⁶; los principios, en cambio, no tendrían una propiedad decisoria concluyente, sino más bien otorgarían razones en favor de una u otra decisión. Quienes propugnan este segundo argumento, atribuyen a los principios una cualidad que no poseen las reglas, que es la dimensión de peso (*dimension of weight*)²⁷, la cual se hace patente cuando estos colisionan, ya que prevalecerá el de mayor peso, sin por ello invalidar aquel que para el caso concreto ha resultado del otro lado de la balanza²⁸.

Empero, para Alexy el punto clave de la distinción entre estas dos sub-

²² ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit. (n. 14), p. 162.

²³ Véanse, entre otros, las iluminadoras propuestas desarrolladas en ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios y reglas*, en *Doxa*. 10 (1991), pp. 101-120 y en RÓDENAS, Ángeles, *Normas regulativas: principios y reglas*, en GONZÁLEZ, Daniel, (coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2015), pp. 15-25.

²⁴ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios y reglas*, cit. (n. 23), p. 103. Véase, también, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1989), p. 77.

²⁵ Criterio mencionado en DWORKIN, cit. (n. 24), p. 76.

²⁶ *Ibíd.*, p. 78.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 77-78.

²⁸ ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, cit. (n. 8), pp. 140-141.

categorías del sistema jurídico es entender los principios como normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes; de este modo, los principios operan como mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*) que admiten un cumplimiento en diferentes grados y cuya operatividad está condicionada por las posibilidades fácticas (o reales) y jurídicas (determinado por los principios y reglas que obran en sentido opuesto)²⁹. Las reglas, por su parte, son concebidas como normas que demandan una observancia en plenitud, es decir, pueden ser cumplidas o no, sin graduaciones, pues son mandatos definitivos (*definitive Gebote*) de lo fáctica y jurídicamente posible; por lo tanto, debe realizarse cabalmente lo que ella ordena, ni más ni menos³⁰. Sin perjuicio de su importancia teórica-explicativa, la presente distinción posee implicancias prácticas relevantes, en especial en aquellos casos en que dos normas, independientemente consideradas, conduzcan —en caso de ser aplicadas— a consecuencias incompatibles o contradictorias.

En este sentido, cuando dos normas poseen contenidos prescriptivos opuestos (una ordena o permite algo y la otra lo prohíbe) la solución y efectos serán diferentes según se trate de reglas o principios. Conceptualmente, en el caso de las primeras se produce un conflicto de reglas, lo que conlleva a que el aplicador deba pronunciarse acerca de la validez de las reglas en disputa; el resultado de esta contienda será que una regla desplegará sus efectos plenamente y, consecuentemente, la restante será declarada inválida para el caso. El parangón del fenómeno recién explicado en la otra especie normativa se denomina colisión de principios y admite un mecanismo diferente para solucionar sus discordancias. En efecto, dada su naturaleza de mandatos *prima facie*³¹, deberá prevalecer aquel principio que, según el juez —en atención a las posibilidades fácticas y jurídicas— tenga mayor peso frente a un caso; a su vez, el principio con el que colisiona retrocede, es decir, admite un menor grado de cumplimiento, pero no por ello pierde su validez³², lo que diferencia sustancialmente este fenómeno con los conflictos de reglas. La observancia de los principios será diferente en cada caso y primará aquel que tenga mayor peso, atendidas las circunstancias particulares. En definitiva, para Alexy los con-

²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 86.

³⁰ *Ibíd.*, p. 87.

³¹ *Ibíd.*, p. 99.

³² ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, cit. (n. 8), p. 143.

fictos de reglas se llevan a cabo en una dimensión de validez; la colisión de principios, en cambio, es expresión de una dimensión de peso³³, siguiendo en esto último a Dworkin.

Asimismo, reglas y principios –debido a sus rasgos distintivos– reclaman diferentes métodos de aplicación por parte del adjudicador: las primeras se aplican a través de la subsunción, que es aquella operación lógico-deductiva de carácter silogístico en que se establece la dependencia y relación de un hecho o situación particular con el contenido prescriptivo abstracto de la regla³⁴. Ergo, si un hecho es subsumible en lo que dispone la norma, ésta se aplica; en caso contrario, no. Para los principios, en cambio, el método a utilizar es la ponderación (*abwägung*), que es la operación consistente en la asignación de peso o fuerza a un principio para un caso individual.

Ahora bien, un modelo únicamente conformado por reglas y principios no entrega un panorama completo del sistema jurídico ya que ninguno de estos dos niveles de normas regula *per se* su aplicación. Por lo mismo, reglas y principios no serían sino el costado pasivo del sistema, a lo que debe adicionarse una faz activa que colme el ordenamiento y, por ende, defina la aplicabilidad de aquéllos. Este tercer nivel se construye a partir de una específica teoría moral procedimental que es la del discurso práctico racional³⁵, cuyo análisis –aunque breve– fue efectuado previamente.

En suma, Alexy logra vincular la teoría del discurso con su teoría de la norma, transformando el sistema jurídico en la articulación de tres niveles (reglas, principios y razón práctica) que apunten a una ponderación racionalmente fundamentada entre el principio formal de la competencia decisional del legislador legitimado democráticamente y los principios sustanciales contenidos en la Carta Fundamental de un sistema jurídico. Al modelo recién explicado el autor le llama constitucionalismo moderado, que es la concepción del sistema jurídico que permite realizar en mayor medida la razón práctica³⁶ y provee un procedimiento

³³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), p. 89.

³⁴ GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico* (Buenos Aires, LexisNexis, 2005), I, p. 538.

³⁵ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit. (n. 14), pp. 173-174.

³⁶ *Ibid.*, p. 177. No es esta la oportunidad para extendernos latamente sobre una importante discusión en la literatura jurídica alemana. Con todo, no está de más mencionar que Alexy efectúa un excursu sobre dos concepciones básicas de un sistema jurídico, que agrupa bajo los rótulos de constitucionalismos y legalismos, inclinándose el autor por una visión más cercana, aunque moderada, de la primera concepción. *Vid. ibid.*, pp. 159-177.

apto para colmar con elementos jurídicos –los principios– las lagunas que pueda tener un ordenamiento determinado.

3. Derechos fundamentales, principios y ponderación

Tal vez uno de los postulados más conocidos del autor que analizamos es su teoría de los derechos fundamentales. Según Alexy, éstos expresan valores, cuya faz deóntica son los principios en tanto especie de normas. De este modo, los derechos fundamentales se consideran en el plano ontológico como entidades de valor y en el deontológico como mandatos *prima facie* o mandatos de optimización³⁷.

Concebir las normas iusfundamentales como principios implica atribuirles todas las propiedades más arriba detalladas en torno a su naturaleza, características y método de aplicación; en otras palabras, su teoría de los derechos fundamentales es tributaria de su teoría de la norma. Con todo, afirmar que estas normas admiten un diferente peso atendido cada caso, que pueden ser cumplidas en mayor o menor medida según las circunstancias fácticas y jurídicas y, por último, que se ponderan, no nos dice mucho acerca de la práctica aplicativa de los mismos.

Por esta razón es que Alexy incorpora la máxima de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) como una conexión necesaria a los principios: estos implican aquella y viceversa³⁸. La proporcionalidad posee, a su vez, tres máximas parciales que son adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). La primera, también llamada idoneidad, apunta a la selección del medio más apto para el cumplimiento de los principios o metas en juego, excluyendo aquellos que perjudiquen la realización de al menos un principio³⁹, lo que no es sino una manifestación de la idea del óptimo paretiano: una posición puede ser mejorada

³⁷ ALDUNATE, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing, 2008), p. II7.

³⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), p. III.

³⁹ Si un medio M_1 es idóneo para la realización de un principio P_1 pero perjudica la consecución del principio P_2 , la omisión de M_1 no originará costos para P_1 ni P_2 . De este modo, podrían ser P_1 y P_2 realizados conjuntamente, atendidas las posibilidades fácticas, de no utilizarse M_1 . En otras palabras, cuando están en juego los principios P_1 y P_2 , M_1 no es adecuado (o idóneo) para la concreción de ambos. *Contrario sensu*, si un principio M_2 permite la coexistencia y cumplimiento de P_1 y P_2 , entonces cumplirá con la primera máxima de idoneidad. Cfr. ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. II (2009) 1, p. 8.

sin menoscabar a otra⁴⁰; la necesidad implica seleccionar el medio más benigno entre aquellos que hacen posible la consecución de los principios, vale decir, optar —entre los adecuados— por el que intervenga menos intensamente en otros principios⁴¹. Como se puede apreciar, estas dos primeras máximas se inscriben en las posibilidades fácticas, las que resultan ser útiles pero insuficientes como criterios decidores al momento de aplicar.

En atención a ello, el derecho reclama una operación adicional que se sitúa en la máxima de proporcionalidad en sentido estricto: la ponderación. En esta sede se optimiza el cumplimiento de los principios que pudieran colisionar, atendiendo a las posibilidades jurídicas —que, como ya se dijo, dicen relación con los principios que operan en sentido contrario— y cumpliendo con la ley de ponderación que reza: “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”⁴².

La relevancia de la máxima de proporcionalidad no es superflua; al contrario, ha recibido una importante acogida jurisprudencial en los sistemas jurídicos europeo-continental y latinoamericanos, donde Chile no ha sido la excepción⁴³.

4. La derrotabilidad como consecuencia de la interacción de reglas y principios en un Estado Constitucional Democrático

Una vez explicados los puntos pertinentes de la teoría normativa de Robert Alexy nos queda articular sus postulados y dilucidar su particular fórmula para derrotar una norma jurídica válida, vigente y aplicable a un caso.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Si en un Estado que persigue la prosecución del fin F con el principio P₁, pueden existir dos medios, M₁ y M₂, que sean igualmente aptos o idóneos para realizar F. M₂ afecta menos intensamente —o no afecta en absoluto— la realización de lo que exige el derecho fundamental caracterizado como principio P₂. Por lo tanto, para P₁ es indiferente la selección entre el medio M₁ y M₂, pero no así para P₂, que podría ver mermada su observancia a través de, por ejemplo, M₂. Aquí es donde emerge la ponderación ya no como parte de la necesidad sino a propósito de una máxima especial. Vid. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 66 (2002), p. 31.

⁴² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), p. 161.

⁴³ Nuestro Tribunal Constitucional ha hecho referencia expresa a Alexy en algunos de sus fallos. En este sentido, caracterizando los derechos fundamentales como mandatos de optimización, pueden consultarse, a modo meramente ejemplar, las sentencias roles n°s 1419/2009, 1710/2010 y 2693/2014; utilizando el principio de proporcionalidad alexyano véase roles n°s 787/2007, 797/2007, 829/2007, 825/2007, 2456/2013, 2537/2013, 2536/2013, 2648/2014, 2744/2014, 2689/2014 y 2922/2015.

Como ha sido puntualizado más arriba, en un sistema jurídico conviven dos clases de normas, cuya aplicación práctica supone la existencia de zonas de fricción de variada naturaleza. En efecto, reglas y principios no son especies normativas mutuamente excluyentes las unas de las otras, sino que se abigarran dinámicamente frente a un caso. El panorama es más complejo de lo que se cree: no existen de modo exclusivo conflictos entre reglas y colisiones de principios. Un modelo de tres niveles como el que propugna Alexy admite la posibilidad, además, de pugnas entre reglas y principios. Lo anterior demuestra que reglas y principios no transitan por rieles separados ni cercanos, sino que forman parte de un mismo conjunto que es el sistema jurídico.

No obstante lo recién dicho, persisten dos fundamentales interrogantes que nuestro análisis de Alexy debe responder: (i) qué normas se derrotan y (ii) en virtud de qué particular método.

La primera pregunta se responde sin mayores problemas a partir de la estructura y naturaleza de las dos clases de normas. Los principios comportan una dimensión de peso que, atendidas las circunstancias fácticas y jurídicas, pueden ser cumplidos en mayor o menor medida, pero nunca invalidados. Con la aplicación de las reglas la situación es diametralmente distinta: admiten solo una forma de cumplimiento verificado que sea su supuesto fáctico; en caso contrario, no son aplicadas. Así, las únicas normas verdaderamente derrotables son las reglas, puesto que en el esquema de Alexy estas deben ser necesariamente aplicadas ante la ocurrencia de su supuesto jurídico, sin dar cabida a cumplimientos graduales (en virtud del *all-or-nothing fashion*). En definitiva, por no gozar de la ductilidad aplicativa de los principios —ya que no se invalidan, sino que prevalece uno sobre otro—, las reglas serán derrotadas cuando el órgano aplicador decida no ordenar sus consecuencias normativas a pesar de ser presentado íntegramente su supuesto jurídico. Despejada la primera inquietud nos queda la segunda y más importante.

A primera vista, el proceder del órgano jurisdiccional frente a una regla parece ser la mera subsunción, lo que no representa dificultad para los casos claros o de fácil aplicación. En cambio, frente a un caso difícil, la pretensión de corrección del derecho reclama que sea efectuada siempre una ponderación, considerando los principios en juego⁴⁴. Empero, como la ponderación es un método exclusivamente predicable a los principios habrá que descubrir qué principio subyace a la regla aplicable, pues las reglas no son otra cosa que las positivizaciones de principios realizadas por

⁴⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit. (n. 14), p. 78.

el legislador de manera conclusiva⁴⁵, de tal forma que siempre pueden ser extraídos a partir de su concreción positiva a efectos de ser ponderados. Junto con ello, Alexy destaca que, con ocasión de la decisión de un caso, las reglas pueden perder su carácter definitivo y convertirse en normas *prima facie* por medio de la introducción de cláusulas de excepción a las mismas sobre la base de un principio. De esta forma, se debilita el carácter conclusivo de las reglas cuando, en el caso concreto, el principio opuesto posee mayor peso que el principio que apoya la regla a todas luces aplicable⁴⁶.

Al método empleado por Alexy para derrotar una regla lo denominaremos derrotabilidad por ponderación, pues es precisamente esta la operación realizada por el órgano jurisdiccional cuando una regla —en estricto rigor, el principio que subyace a ella— se contrapone al significado deóntico de un principio, introduciendo una cláusula de excepción a aquélla. El trasfondo de este particular fenómeno radica en lo que Alexy llama la naturaleza dual del derecho: por un lado, este tiene una dimensión real o fáctica, que apunta a la validez y, por otro, una dimensión ideal o crítica, que se vincula con la pretensión de corrección, elemento consustancial al derecho que permite invalidar una regla frente a una incorrección⁴⁷. Como se puede sospechar, para omitir judicialmente la aplicación de una regla, la carga argumentativa de la decisión incrementa considerablemente.

En suma, el juez, al ponderar, tiene el deber de realizar una optimización referida al caso concreto, considerando, entre sus razones, argumentos de naturaleza moral. Y es que, en el esquema de Alexy, no puede ser de otra manera: la argumentación jurídica no obedece exclusivamente a elementos jurídico-institucionales, sino que también descansa en argumentos sustanciales y práctico-generales⁴⁸. Esto, desde luego, se demuestra patentemente en los casos de decisiones *contra legem* —como la derrotabilidad—, pero también en la evaluación de una simple subsunción como no problemática, precisamente por la ausencia de motivos sustanciales que van en una dirección contraria⁴⁹. De esta manera, la ponderación y, consiguientemente, la derrotabilidad suponen decisiones que no se fundan

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), pp. 133-134.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 98-101.

⁴⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y naturaleza del derecho* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008), pp. 89-92.

⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995), p. 59.

⁴⁹ *Ibíd.*

en aspectos puramente jurídicos: la pretensión de corrección del derecho incluye, por cierto, una pretensión de corrección moral⁵⁰.

El hecho de que ciertos principios sean cristalizados en reglas no significa que se petrifiquen y encadenen al juez a su aplicación irrestricta. Precisamente la ponderación se erige como una solución que representa la reacción antiformalista del no positivismo alexyano a que la consagración positiva de los principios en reglas no sea óbice para que el juez pueda derrotarlas aun cuando sean aplicables a un caso. Existen casos paradigmáticos a través de los cuales Alexy ilustra la operatividad de la ponderación en los tribunales alemanes, en especial del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante “BverfGE”), aunque ello no impide extrapolar su esquema teórico a otras jurisdicciones, incluyendo la nacional. Con todo, postergaremos este ejercicio al tratar al siguiente autor, a efectos de contrastar sus postulados con los recién explicados.

III. GARCÍA AMADO: DERROTABILIDAD Y EL CARÁCTER CONVENCIONAL DEL DERECHO

La rápida traducción al castellano de la obra de Robert Alexy –no así la de su discusión y crítica en la propia Alemania– propició la veloz y para algunos acrítica acogida de sus postulados en el mundo hispanoparlante⁵¹. Lo anterior, sin embargo, no ha sido un impedimento para el surgimiento de voces críticas, destacando, en nuestro ámbito idiomático, las agudas observaciones formuladas por Juan Antonio García Amado.

La afiliación iusfilosófica de García Amado es declaradamente positivista y se enmarca en una versión que puede calificarse como jurídico-formal⁵² o madura⁵³. Notablemente influenciado por las tradiciones más pulcras del positivismo del siglo XX, el autor adhiere, entre otras, a las paradigmáticas tesis de la separación conceptual, del carácter convencional del derecho⁵⁴ y de la discrecionalidad judicial⁵⁵. Desde esta perspectiva, la brecha que sepa-

⁵⁰ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, cit. (n. 14), p. 81.

⁵¹ ALDUNATE, Eduardo, cit. (n. 37), p. 117.

⁵² Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*. 8 (1991), pp. 349-350.

⁵³ Expresión utilizada por Luis Prieto Sanchís para encasillar la tradición del positivismo a que pertenece el autor. Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2007), p. 266.

⁵⁴ Para una caracterización de lo que es el positivismo para el autor, véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Positivismo Jurídico*, disponible en <https://goo.su/atKg> [consultado el 17 de diciembre de 2021].

⁵⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*,

ra a García Amado de su contendor es abrumadora: en el aspecto, tal vez, más general de su teoría del derecho, García Amado rechaza fervientemente cualquier compromiso teórico que conecte conceptualmente moral y derecho, rechazando, por ende, la conexión del discurso jurídico con el práctico general y la consiguiente pretensión de corrección de aquel⁵⁶. Pues bien, esta última precisión es fundamental para comenzar a bosquejar las diferencias entre uno y otro, que van desde la naturaleza del derecho hasta su forma de concebir la derrotabilidad.

Tal como hemos anticipado, las observaciones críticas de García Amado emplean un entramado terminológico que presupone una adecuada comprensión de las categorías empleadas por Alexy. Esto explica que buena parte de las reflexiones de que nos ocuparemos se dirigirán primeramente a desestimar algunas de las conocidas nociones de Alexy, para luego exponer la propia tesis del autor.

1. Los misteriosos pobladores del mundo jurídico

El primer grupo de reparos que analizaremos en detalle guarda directa relación con la teoría normativa de Alexy. García Amado formula un importante grupo de críticas a la distinción entre principios y reglas. Así, valiéndose de su arsenal positivista, los flancos de ataque pueden ser agrupados en cuatro: las notas estructurales de las dos clases de normas, su pretensión de objetividad, el carácter *prima facie* de ambas y su método de aplicación. A continuación, explicaremos las tres primeras críticas. De la cuarta nos ocuparemos en el siguiente apartado.

A primera vista, la distinción conceptual entre reglas y principios —ya explicada anteriormente— resulta ser del todo clara, siendo sus respectivas notas estructurales las que provocan que, al entrar en acción ambas especies normativas, aquéllas puedan ser derrotadas por éstos. Ahora bien, García Amado se detiene en un punto del que no discurremos anteriormente. El propio Alexy advierte que ciertas reglas son invencibles o inderrotables (a las que llamaremos reglas de validez estricta) y que, por consiguiente, ostentan una especial forma de validez⁵⁷. El problema de dicha afirmación radica en que, para su fundamentación,

en *Isegoría*. 35 (2006), pp. 151-172.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 7 (2014-2015), pp. 6-40.

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), p. 86. La validez incondicional de una regla R frente a un principio P está fundada, a su vez, en una regla R' que señala «R precede a P».

se prescinde de elementos jurídicos. En efecto, al no existir una nota estructural distintiva entre las reglas, la propiedad inderrotable de estas dependerá enteramente de la atribución moral que efectúe el intérprete o aplicador, a partir de sus preferencias morales⁵⁸, carente de toda objetividad, máxime cuando la teoría de Alexy no pretende ser subjetiva. Habrá que encontrar, entonces, una escala de validez que no llevará sino a considerar los valores morales objetivos de las normas⁵⁹, profundizando su iusmoralismo y atendiendo, en última instancia, a la moral verdadera del juez.

Más áspero es el ataque de García Amado al planteamiento de Alexy en torno al diferente carácter *prima facie* de reglas y principios. Según Alexy, no solo los principios exhiben dicha propiedad, también las reglas, pues pueden ser introducidas a estas “cláusulas de excepción” o, lo que es igual, pueden ser derrotadas. Sin embargo, cuando trata a ambos como “razones”, los principios serán siempre *prima facie* y las reglas, en cambio, razones definitivas. Paradójicamente, esta última afirmación no es categórica ya que, salvo las llamadas reglas de validez estricta, las restantes reglas están sujetas a ser potencialmente derrotadas en un caso; entonces, serán juicios concretos de deber ser solo en cuanto no sean excepcionables por las circunstancias del caso⁶⁰.

García Amado plantea un doble cuestionamiento a las consecuencias de esta teoría normativa: primero, las reglas serían siempre razones *prima facie*, salvo aquellas dotadas de una especial validez, invirtiendo, por lo tanto, la regla general; segundo, cuando frente a un caso no existe ninguna regla aplicable, pero sí un principio, este tendrá un carácter definitivo, contrario a lo que Alexy ha planteado expresamente⁶¹. De esta forma, el misterio de estos pobladores jurídicos es que la calidad de regla o principio

⁵⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, en CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl; COLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, LegalPublishing, 2011), p. 31. La explicación es, en realidad, un poco más compleja. La derrota de una regla R por un principio P puede bosquejarse como el resultado del enfrentamiento del peso del principio que subyace a la regla (P_R), con el peso de un principio formal que «exige el cumplimiento de las reglas» y el peso de un principio P' «que, bajo ciertas circunstancias, permite que P derrote a R». De este modo, P debe pesar más que el principio subyacente a R (P_R) y que el principio formal que ordena su cumplimiento. No obstante, no se trata de un peso objetivo el de éstos sino de un pesaje a la luz de las circunstancias del caso.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), pp. 101-103

⁶¹ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, cit. (n. 58), pp. 55-58.

de una norma “no depende de propiedades estructurales de la misma, sino de lo que en ella quiera ver o aceptar el intérprete de turno”⁶².

Las críticas al respecto abundan, pero aún nos resta por explorar la arista de análisis a la que mayor hincapié dedica García Amado; aquella que, según él, termina por socavar la trivial distinción entre reglas y principios: la operatividad práctica del método ponderativo.

2. La ponderación judicial y su esencial intercambiabilidad con el método interpretativo-subsuntivo

García Amado utiliza varios de los ejemplos jurisprudenciales citados por Alexy a efectos de criticar su método ponderativo. Los casos son múltiples⁶³ pero ilustraremos solo uno: la sentencia sobre incapacidad procesal⁶⁴ del 19 de junio de 1979. En breves palabras, este caso trata de un alemán que durante el régimen nacionalsocialista ocupó cargos en la Gestapo y SS —llegando a ser SS *Obersturmbannführer* en 1943—. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, fue detenido por el servicio secreto soviético y posteriormente juzgado por el tribunal de guerra de dicho país, siendo condenado a veinticinco años de trabajos forzados. En 1953, mientras cumplía la condena en Siberia, sufrió su primer infarto; el segundo lo sufrió después de liberado y habiendo retornado a la República Federal Alemana, en 1957. Cuatro años más tarde —y sin perjuicio de una acusación formulada contra él que, a pesar de no haber prosperado, lo tuvo en prisión preventiva— comenzó una investigación criminal a cargo de las fiscalías de Essen y Colonia por el asesinato de presos en un campo de concentración cuyas instalaciones él supervisaba. En esa oportunidad se plantearon por primera vez cuestionamientos acerca de su eventual participación como imputado en un proceso penal, atendidas las condiciones de salud que lo aquejaban, particularmente debido a las altas probabilidades de que sufra un nuevo infarto producto del estrés que supone su sometimiento al proceso. Los intentos por enjuiciarlo no se detuvieron hasta que, finalmente, uno de ellos, de conocimiento del tribunal de Hamburgo, resultó ser exitoso, ordenando la apertura del juicio oral. Al conocer esta decisión, la defensa del deteriorado enjuiciado interpuso un amparo constitucional de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional fundado principalmente

⁶² *Ibíd.*, p. 57.

⁶³ Para un pormenorizado análisis crítico de los casos citados por Alexy en sus obras, véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación* (2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 249-331.

⁶⁴ BVerfGE 51, 324.

en el artículo 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental de Bonn (“*Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física*”). La sentencia del tribunal le dio la razón al recurrente.

Pues bien, el meollo del asunto estriba en determinar la juridicidad de la decisión de procesar y, consecuentemente, someter a juicio oral a este sujeto, considerando su frágil estado de salud. Sumado a lo anterior, importa saber cuál fue la operación interpretativa efectuada por el juez para arribar a esa decisión⁶⁵.

Una lectura alexyana de este caso señala que existe una evidente colisión entre el principio de aplicación efectiva del derecho penal y el principio de protección de la vida y de la integridad física⁶⁶, para lo cual deberá efectuarse una ponderación, siguiendo los tres pasos ya conocidos. Lo fallado por el tribunal arroja que se ha operado una relación de preferencia del segundo principio sobre el primero, fundado en la vulneración del derecho fundamental contenido en la Ley Fundamental de Bonn.

Diametralmente distinto es el análisis de García Amado, para quien el órgano jurisdiccional no pondera ni sopesa nada. “[L]o que el Tribunal hace es razonar sobre los hechos, para ver si son subsumibles bajo esa norma así interpretada, en cuyo caso no se puede procesar al acusado, porque lo protege tal derecho del artículo 2, o si, por el contrario, no son los hechos subsumibles bajo tal precepto, de manera que no opera éste como impedimento para el proceso”⁶⁷. En resumidas cuentas, García Amado sostiene que el tribunal efectúa los siguientes pasos: reconoce la existencia de un conflicto normativo entre la disposición constitucional que ampara el derecho a la vida e integridad física y, por otro lado, la norma procesal que regula los mecanismos y garantías para someter a proceso a un sujeto; lo anterior se debe a que el devenir del proceso penal podría significar un peligro para la vida del acusado; entonces, dependiendo del alcance que se le atribuya a la esfera de protección del derecho fundamental, se podrá enten-

⁶⁵ “Las cosas dependen también de cómo se cuenten [...] Alexy relata el caso haciendo que parezca evidente en los hechos lo que el tribunal ha de concluir, selecciona unos pocos párrafos de la sentencia en los que, descontextualizadamente, da la impresión de que se usan las palabras que le parecen fundamentales para su teoría de la colisión entre principios y, por último, traduce otras expresiones de la sentencia a sus terminología propia, manifestando que aquellos términos vienen a significar lo mismo que sus expresiones”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), pp. 308-309.

⁶⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. (n. 29), p. 91.

⁶⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, cit. (n. 58), p. 48.

der vulnerado o no por el sometimiento a juicio; únicamente en la medida que exista certeza (y no mera probabilidad) de la ocurrencia del infarto, existirá una afectación al ámbito protegido por el derecho fundamental; posterior a ello, el tribunal valora los hechos del caso y concluye que la posibilidad de daño es alta si el juicio sigue su curso; por lo tanto, dado que la puesta en peligro de la vida es cierta y grave, concluye el órgano que se vulnera el ámbito protegido por el derecho a la vida y, consiguientemente, acoge el amparo e impide proseguir con el juicio⁶⁸. García Amado es enfático en señalar que no existe ponderación alguna, sino una interpretación del enunciado normativo y la posterior subsunción de los hechos –debidamente calificados y valorados– a efectos de poder extraer una conclusión.

En vista de lo anterior, los métodos ponderativo e interpretativo-subsumtivo son intercambiables. Así, aun cuando los tribunales dicen realizar el primer método, siguen aplicando el segundo, pero alterando la parte terminológica y –lo que más preocupa al autor– debilitando el rigor argumentativo de sus decisiones, ya que dejan de argumentar acerca de lo que realmente las orienta: las razones y valoraciones que determinan sus interpretaciones⁶⁹. Por esta razón, las diferencias entre ambos métodos son superficiales, de modo que la mayoría de los casos judiciales pueden ser reconstruidos y estudiados de las dos maneras⁷⁰. De esta forma, cuando no hay problema moral implicado, se puede proceder del mismo modo en que actúa un positivista; en cambio, cuando las alternativas en principio aplicables son moralmente inaceptables o suponen una alta carga moral, se debe ponderar y preferir la respuesta moralmente correcta⁷¹, en concordancia con la pretensión de corrección del derecho.

Si los dos métodos son dos maneras de representar un mismo proceder, no existe, entonces, la tan propugnada superación del positivismo. Siguiendo la tesis del autor, la ponderación empobrece la argumentación judicial, la torna irracional y resulta ser profundamente antigarantista, pues el carácter de principios –por ende, *prima facie*– de los derechos fundamentales no tiene un poder normativo definitivo. Frente a los casos difíciles, García Amado sostiene que, como en toda interpretación, debe

⁶⁸ La argumentación completa y detallada de cada paso que, según la óptica del autor, sigue el tribunal, puede verse en GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, cit. (n. 65), pp. 308-320.

⁶⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El juicio de ponderación y sus partes*, cit. (n. 63), p. 250.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 292-293.

⁷¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso*, en *Doxa*. 33 (2010), p. 448.

realizarse una atribución de significado a los enunciados legales en zonas de penumbra, sumado a una valoración de los hechos⁷² para su posterior subsunción.

En conclusión, según García Amado, a las ya descritas incongruencias estructurales entre reglas y principios —que denotan la inexistencia de diferencias cualitativas entre ambos— se suma que la ponderación no garantiza mecanismos intersubjetivos de decisión, fundamentación y, menos, de control. Así las cosas, la derrotabilidad no podría fundarse en la fórmula alexyana que hemos denominado más arriba como derrotabilidad por ponderación.

3. Convicciones generales y su aptitud para derrotar normas jurídicas

García Amado es enfático en recalcar que la concepción iusfilosófica a que se adhiera incide sustancialmente en el proceder del juzgador al momento de desactivar las consecuencias normativas de una disposición aplicable. Por un lado, los iusmoralismos desaplican una norma fundándose en la injusticia o inmoralidad que representa la solución contenida en ella, denotando con ello la subordinación del derecho a la moral⁷³. En este sentido, se robustece el sistema jurídico pues no está compuesto únicamente por los enunciados contenidos en los textos normativos sino, también, por las normas de la moral verdadera que, al relacionarse con aquéllos —y por situarse por encima del derecho positivo—, tienen capacidad suficiente para derrotar una norma⁷⁴. Según García Amado, no existe circunstancia alguna cuya verificación, por sí sola, tenga la aptitud para vencer las consecuencias normativas de una disposición. Lo que ocurre en realidad es que dicha circunstancia (“C”) forma parte, a su vez, de otra norma de naturaleza moral que igualmente integra el sistema jurídico, pero con una especial posición de jerarquía sobre el resto. El autor lo ilustra así:

$A \rightarrow OB$	(A: norma jurídica)
$C \rightarrow \sim OB$	(C: norma moral)
$A \wedge C \rightarrow \sim OB$	(dada la primacía de C sobre A, aquella
$O \sim B$	derrota la consecuencia normativa de esta)

⁷² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La interpretación constitucional*, en *Revista jurídica de Castilla y León*. 2 (2004), p. 62.

⁷³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), p. 183.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 191.

Sin negar las legítimas preferencias morales que cada juez pueda tener, el iuspositivismo de García Amado teme que se utilicen las excepciones implícitas derrotantes de normas como un vivaz subterfugio para imponer *la* moral verdadera del juez. Por ello, dado que, según García Amado, el positivismo prefiere como sistema político la democracia y su consustancial pluralismo, la derrotabilidad de las normas solo puede fundarse en argumentos admitidos por todos, basados en el sentido común y por encima de las discrepancias morales que puedan existir⁷⁵. La inquietud que legítimamente puede surgir es si la derrotabilidad, tal como ha sido tímidamente planteada, podría poner en tela de juicio la fidelidad del positivismo a sus dos tesis centrales –separación conceptual y carácter convencional del derecho–, cuestión de la que García Amado se hace cargo.

De la mano de la consagración positiva de los textos normativos, el carácter convencional del derecho se materializa, además, en el lenguaje mismo en que se expresan estos y las convenciones lingüísticas que coadyuvan a su interpretación. De esta manera, valerse de estas convenciones interpretativas para desaplicar su contenido prescriptivo no constituye una renuncia a esta tesis del positivismo⁷⁶ puesto que el sistema jurídico requiere de ciertas convenciones sociales para hacer operativa la atribución de significado a aquellas.

Puestas así las cosas, cuando frente a un caso una norma positiva conlleva a consecuencias que para la generalidad de los ciudadanos son contrarias al sentido común, estas pueden y deben ser derrotadas, siempre que se base en convicciones auténticamente generales de una sociedad. Así, por ejemplo, nadie dudaría en no aplicar aquella norma –citada por Hart– que prohíbe la entrada de vehículos en el parque cuando una persona ha sufrido un infarto y requiere el ingreso de una ambulancia para su asistencia. Empero, como no todos los casos son tan evidentes, debe ponerse especial coto para este fenómeno, atendiendo a su razón de ser, puesto que mientras menos evidente sea la necesidad de desaplicar una norma, más complejo y menos legítima se tornará dicha decisión⁷⁷.

⁷⁵ *Ibíd.*, pp.183-184.

⁷⁶ “Se trata de mostrar que la aplicación de excepciones implícitas a las normas “positivas” puede consistir (y para el positivismo debe consistir) en supuestos de aplicación al caso de otras normas convencionales que pueden no estar explicitadas en enunciados presentes en los textos-fuente, pero que no por eso dejan de ser el contenido de convenciones sociales que constituyen Derecho, en cuanto que contienen reglas reconocidas para la solución de casos jurídicos”. *Ibíd.*, p. 196. El espaciado es nuestro.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 187.

Ahora bien, como –del modo en que fue explicado más arriba– un hecho o circunstancia no tiene, por sí solo, la aptitud suficiente para derrotar normas, García Amado arguye que este fenómeno solo se puede predicar entre normas. En otros términos, el hecho que a primera vista puede parecer “derrotante” no es sino parte del supuesto fáctico de otra norma cuya consecuencia es incompatible con la disposición “derrotada”. Para el autor, entonces, “una norma jurídica solo puede ser jurídicamente derrotada por otra norma jurídica”⁷⁸.

Es válido preguntarse qué características o atributos debe reunir esa norma “derrotante” de la que hemos venido hablando. A dicha interrogante García Amado indica que deben tener (i) un carácter convencional, en los términos que ya hemos explicado y (ii) su contenido debe ser compartido por todos o la inmensa mayoría de los ciudadanos, atendidas las condiciones culturales e históricas de la comunidad⁷⁹. De esta forma, las convenciones interpretativas pasan a formar parte de las convenciones configuradoras de derecho⁸⁰, reforzando con ello su carácter convencional y permitiendo que frente a casos que ameriten la desaplicación de una norma, el sentido común y compartido oriente dichas convenciones interpretativas para otorgar una solución adecuada a un caso.

Respecto de la tesis de la separación tampoco existe problema. Si bien las convicciones generales tienen un innegable sustrato moral, estas son compartidas por toda (o casi toda) la sociedad, de modo que se reconoce el pluralismo moral sin imposición de un sistema de moral como verdadera y única, del modo que –según el autor– proponen los iusmoralismos.

Pues bien, una vez clarificada la postura de García Amado, quedan en evidencia las diferencias entre fundar la derrotabilidad de una norma en la moral verdadera y, por otro lado, cuando se trata de convicciones generales compartidas por la sociedad. Al modelo empleado por García Amado lo denominaremos *derrotabilidad convencionalista*, el que, para no caer en un razonamiento entimemático, puede ser resumido de la siguiente manera:

$A \rightarrow OB$	(A: norma jurídica)
$C \rightarrow \sim OB$	(C: norma convencional, no positiva)
$A \wedge C \rightarrow \sim OB$	(la solución de C tiene prioridad sobre A)

⁷⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Positivismo Jurídico*, cit. (n. 54), p. 33.

⁷⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit. (n. 73), p. 204.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 195.

Por último, es interesante subrayar que, de acuerdo con García Amado, independientemente de la postura iusfilosófica que se adopte sobre la derrotabilidad, el razonamiento judicial no perderá, por ello, su carácter deductivo. Lo que existe, entonces, es el incremento de las normas que constituyen la premisa mayor para la inferencia deductiva. Yerran, por lo tanto, quienes desde ambas veredas atribuyen una propiedad derrotante a una circunstancia “C”, pues no es más que un componente de la hipótesis fáctica de una norma –moral o convencional, según sea el caso– que contiene una consecuencia diferente al de la norma positiva con que concurre, primando sobre esta última⁸¹.

IV. REFLEXIÓN CRÍTICA Y PROYECCIONES

Indudablemente, el examen individual de cada tesis no es suficiente para cumplir el objetivo inicialmente planteado. Si bien los apartados precedentes han contribuido a perfilar el particular entramado teórico de cada autor, corresponde, en lo sucesivo, avanzar hacia una reflexión que permita dialogar y, sobre todo, evaluar críticamente la prosperidad de sus contribuciones.

1. Derrotabilidad convencionalista: problemas tras la salida del entimema

Ciertamente, el modelo propuesto por García Amado desliza algunas luces. Desde un punto de vista estrictamente lógico, su reconstrucción de la derrotabilidad despeja una importante objeción formal a un silogismo práctico que parece obviar un paso. En efecto, lo que a simple vista figura como una excepción implícita a una norma (N_1), es, en realidad, fruto de la interacción entre esta y otra norma (N_2) en cuyo supuesto normativo se contempla una circunstancia no prevista en aquella y que posee, además, una solución normativa incompatible. De esta manera, el autor provee a la derrotabilidad de una estructura antinómica en que la solución normativa contenida en N_2 prima por sobre la establecida por N_1 . Lo anterior, desde luego, en ningún caso pone en cuestión el extendido enfoque disposicional de la derrotabilidad⁸²; antes bien, lo confirma, toda vez que, a pesar de que una circunstancia no haya sido prevista por el legislador, pueden existir fuertes razones para desactivar una solución normativa por contravenir una norma convencional cuyo contenido sea ampliamente compartido.

Pues bien, en un esquema como el ofrecido, no hay espacio, ni siquiera

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 192-193.

⁸² Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, en *Isonomía*. 13 (2000), pp. 24-27.

marginal, para una eventual ponderación. Y es que basta con el método interpretativo-subsuntivo para arribar a la derrota de una norma aplicable a un caso. En este sentido, la sentencia citada al inicio de este trabajo⁸³ parece darle la razón a García Amado. Revisemos los momentos argumentativos relevantes del fallo: primeramente se precisan los hechos no controvertidos de la causa (considerando 4°); se recalca, luego, que la circunstancia de haber permanecido el médico en el cargo a contrata durante trece años generó a su respecto la confianza legítima de mantenerse vinculado a la Administración (6°); posteriormente, se vinculan los presupuestos fácticos del caso con un Dictamen de la Contraloría General de la República que valida situaciones análogas a las del recurrente (7°); finalmente, a la luz de los hechos de la causa, se determina que la resolución exenta que dispone la no renovación de la contrata del actor vulnera los derechos fundamentales contenidos en los N° 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En consecuencia, la Corte ordena dejar sin efecto la antedicha resolución, desplazando⁸⁴ completamente la solución normativa del artículo 10 del Estatuto Administrativo, a saber, la finalización –por el solo ministerio de la ley– del vínculo entre el médico y la Administración, ante su no renovación oportuna.

Desde cierta perspectiva, el fallo parece corroborar las críticas de García Amado a Alexy: no hay recurso a la moralidad ni se requiere de la ponderación para derrotar la norma aplicable. Pero tampoco se invoca explícitamente una norma convencional –constituida por convicciones ampliamente aceptadas– que prevalezca sobre la norma en cuestión, como sugiere García Amado. Sobre este punto es menester reiterar una prevención tímidamente deslizada al inicio, pero que ahora cobra especial relevancia: existen diversas formas de reconstruir prácticas jurídicas, entre ellas la derrotabilidad, y por ende su viabilidad no depende del hecho de que una resolución emplee exactamente la nomenclatura propuesta por un autor o tradición en particular. En efecto, una lectura alexyana sugeriría que, en la sentencia analizada, el principio de confianza legítima ha derrotado la regla del artículo 10 del Estatuto Administrativo, introduciendo una cláusula de excepción a esta. Con todo, como nuestro

⁸³ Nos referimos, en este caso, al razonamiento empleado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 1.860-2021, de fecha 6 de agosto de 2021, que es posteriormente confirmado por la Corte Suprema.

⁸⁴ La expresión “desplazamiento normativo” empleada, entre otros, por Gandulfo, resulta bastante útil para dar cuenta de la derrota de una norma. Cfr. GANDULFO, Eduardo, *La validez en los contextos de fundamentación y aplicación*, en *Revista de Ciencias Sociales*. 47 (2002), pp. 485-532.

objetivo, en este momento, es examinar la propuesta de García Amado, intentaremos estructurar lógicamente la sentencia analizada a partir del análisis precedente.

El artículo 10 del Estatuto Administrativo podría ser representado condicionalmente en términos tales que, si no mediare prórroga (P), expirarán (E) en sus funciones los funcionarios a contrata. De esta forma, siguiendo el tenor literal de la disposición citada, si el funcionario a contrata es un médico (m), la conclusión, en principio, debe ser la misma. En notación lógica:

$$\frac{\begin{array}{l} \forall x \sim Px \rightarrow Ex \\ \sim Pm \end{array}}{Em}$$

Desde luego que la antigüedad en sus funciones (A) y la confianza legítima de mantenerse vinculado con la Administración (C) son circunstancias que figuran como derrotantes, a saber:

$$\begin{array}{l} \sim Px \rightarrow Ex \\ \sim Px \wedge Ax \wedge Cx \rightarrow \sim Ex \end{array}$$

Pero, en realidad, acierta García Amado al hallar un entimema en la representación anterior. Por ello, lo correcto sería enfrentar una norma jurídica (Nj), el artículo 10 del Estatuto Administrativo, con una norma convencional (Nc) ampliamente aceptada por la comunidad, que incorpore dentro de sí las circunstancias no previstas en aquella. Desde esta perspectiva, habría un alto grado de consenso en orden a rechazar la expiración en sus funciones de un funcionario que se ha mantenido gran cantidad de años en un servicio y con la legítima confianza de ser renovado. La contradicción entre la norma positiva y convencional se resuelve dando primacía a esta. En términos lógicos:

$$\begin{array}{l} \sim Px \rightarrow Ex \quad (Nj) \\ Ax \wedge Cx \rightarrow \sim Ex \quad (Nc) \\ Nj \wedge Nc \rightarrow \sim Ex \quad (Nc \text{ derrota a } Nj) \end{array}$$

A pesar de las notables luces que exhibe el aparataje formal propuesto por García Amado, lo cierto es que deja traslucir un problema de gran envergadura. ¿Cómo ha de justificarse la primacía de la norma convencional por sobre la jurídica? De acuerdo con el autor, la antinomia se resuelve por

la superior jerarquía de la norma derrotante⁸⁵. La aplicación del criterio *lex superior* estaría estrechamente vinculado con la inclinación de todo positivista por la democracia como sistema político: las pautas de conducta que el derecho impone deben recoger la opinión de la mayoría, y no de un grupo privilegiado⁸⁶. Así, guiado por el pluralismo consustancial a toda democracia, las excepciones implícitas a una norma deben fundarse en convicciones o creencias comunes a los ciudadanos, sin negar por ello el legítimo desacuerdo moral en una comunidad política⁸⁷. Pero el argumento democrático no es totalmente convincente. ¿Acaso una norma jurídica no aprueba el “test democrático”? Desde un punto de vista formal, existen buenas razones para inclinarnos por una norma explícitamente formulada y democráticamente adoptada por las vías que el propio sistema jurídico contempla. Una objeción como la anterior podría ser replicada por el autor, aduciendo que respecto de estas convicciones ampliamente aceptadas existe también un alto nivel de consenso, incluso mayor que el de una norma jurídica. Con todo, aunque esto puede ser cierto, el modelo propuesto por el autor no entrega herramientas para determinar certeramente la superioridad jerárquica de la norma convencional por sobre la jurídica.

La anterior crítica, desde luego, no es fútil, sobre todo si se atiende a las características que ostenta esta norma convencional. En los hechos, esta operaría como las –tan criticadas por el autor– reglas de validez estricta de Alexy, pues no serían derrotables por las normas jurídicas. Pero no queda del todo claro qué ocurriría, por ejemplo, si entrara en contradicción con otra norma convencional, también profundamente compartida por la comunidad: ¿cómo ha de determinarse la primacía de una por sobre otra? El criterio de la aceptación democrática no parece completamente convincente.

Si bien el autor no ahonda mayormente en el fundamento de la superioridad jerárquica de la norma convencional derrotante, una alternativa posible sería responder a partir de la noción de discrecionalidad judicial: los jueces, sobre todo en los casos difíciles, efectúan una innegable labor de valoración o juicio valorativo⁸⁸ referido a las alternativas decisorias posibles. Sin embargo, la discrecionalidad judicial no parece ser del todo afín a la manera en que García Amado caracteriza el fenómeno de la derrota-

⁸⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit. (n. 73), p. 203.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 183.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 184.

⁸⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, cit. (n. 55), p. 171.

bilidad. La discrecionalidad, por definición, supone más de una opción posible, sin por ello incurrir en arbitrariedad ni incorrección, y sin que exista una balanza o instrumento de medida que permita determinarla con precisión⁸⁹. El propio autor, empero, reconoce que sería “absurdo” o “contrario al sentido común”⁹⁰ perseverar en la solución normativa de una norma que contradice una convicción socialmente compartida, lo cual no es compatible con el legítimo margen de valoración –i.e., discreción– que ostenta el juez para un positivista como García Amado. Así, no sería absurda, por ejemplo, la inclinación de un juez por una norma democráticamente adoptada, a pesar de contravenir una norma convencional con un alto grado de aceptación. De esta manera, a pesar de que la explicación iuspositivista de García Amado caracterice como “indiscutible por indiscutida”⁹¹ la introducción de una excepción implícita a una norma jurídica, lo cierto es que no profundiza suficientemente en las razones de su irrefutabilidad. La superioridad jerárquica de la norma convencional no logra una completa explicación desde el ideal democrático ni tampoco desde la discrecionalidad judicial.

Pues bien, la cuestión de la derrotabilidad de las normas se convierte, sea cual sea la vereda en que nos situemos, en el problema de los límites de la derrotabilidad de las normas⁹². Consiguientemente, la interrogante no versa sobre la procedencia misma de este fenómeno, sino en cómo hemos de garantizar la posibilidad de controlar una decisión judicial que decide desactivar las consecuencias jurídicas de una norma, apartándose por completo de esta. Dicho de otra manera, los esfuerzos han de centrarse en la fundamentación de una decisión judicial derrotante para su correlativo control y legítimo cuestionamiento, aspectos en los cuales la teoría de García Amado exhibe las antedichas debilidades. Es momento de preguntarnos si acaso la derrotabilidad por ponderación es una buena candidata para satisfacer las exigencias que la derrotabilidad convencionalista no cumple cabalmente.

2. Sobre la (ir)racionalidad de la ponderación: ahuyentando fantasmas

Las ya estudiadas críticas de García Amado a Alexy han sido contundentes y figuran a primera vista como inimpugnables. Desestiman, casi punto por punto, los pilares fundamentales de la teoría jurídica y normativa de

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit. (n. 73), p. 204.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*, p. 186.

su adversario y reclaman, por tanto, una revisión. El resultado de este ejercicio, a grandes rasgos, podrá ser una aceptación íntegra de las críticas, un absoluto rechazo a estas o una aceptación parcial y consiguiente reformulación de la tesis criticada. Así, atendido que la ponderación ocupa un lugar central en la teoría de la derrotabilidad que hemos perfilado desde Alexy, nuestro análisis se estructurará a partir de ella y sus diversas aristas.

La ponderación, ha dicho García Amado, es perfectamente intercambiable con el método interpretativo-subsuntivo y no sería más que un subterfugio para soslayar las exigencias de una argumentación rigurosa y para ignorar, asimismo, la innegable valoración que efectúan los tribunales al interpretar y aplicar el derecho. La responsabilidad, para García Amado, sería doble: en algunas ocasiones, Alexy desdibuja el relato de sentencias de manera afín a su esquema⁹³; pero en otras, son los propios tribunales quienes dicen ponderar, empobreciendo de esta manera su argumentación⁹⁴. Examinemos una sentencia para evaluar críticamente la viabilidad de las objeciones de García Amado.

El 27 de marzo de 2017⁹⁵, el Tribunal Constitucional (“TC”) declaró inaplicable el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.216, que impide acceder a penas sustitutivas a las privativas de libertad a quienes hayan sido condenados como autores de ciertos delitos consumados que la disposición enumera expresamente. El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue deducido por la defensa de un imputado previo al inicio del juicio oral en que se determinaría su responsabilidad y grado de participación por los delitos de receptación y tenencia ilegal de arma de fuego, figurando este último delito precisamente dentro de aquellos cuya condena impide optar a una pena sustitutiva. Una vez examinados los hechos del caso y la normativa constitucional relevante, el TC decidió acoger el requerimiento de la defensa del imputado, por considerar que la norma previamente citada contrariaba, para el caso concreto, los principios de proporcionalidad, culpabilidad, merecimiento y necesidad de la pena, humanidad, igualdad ante la ley y legalidad penal. Asimismo, la sentencia se ocupó explícitamente de efectuar el test de proporcionalidad con sus tres conocidos pasos.

Ciertamente, el escueto relato recién ofrecido no puede recoger com-

⁹³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, cit. (n. 65), pp. 308-309.

⁹⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El juicio de ponderación y sus partes*, cit. (n. 63), p. 250

⁹⁵ Véase sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3062-2016, de 27 de marzo de 2017.

pletamente la argumentación del TC, pero sí permite indagar sobre si acaso se justifica ponderar en este caso. La expresa inclinación del TC por efectuar el test de proporcionalidad (considerandos 9° y 11°) no le da la razón, por sí sola, a Alexy; antes bien, podría confirmar las aprensiones de García Amado. Existen, sin embargo, buenas razones que, a nuestro juicio, justifican la necesidad de ponderar, aunque –cabe puntualizar desde ya– no de un modo completamente fiel a la teorización alexyana. Estrechamente ligado con el debate aquí reconstruido, defenderemos, en lo sucesivo, dos tesis: a) la ponderación no es, en estricto rigor, una alternativa a la subsunción y b) la ponderación no es necesariamente una operación irracional.

La primera tesis pretende desestimar el falso dilema planteado por García Amado. No es efectiva la pretendida superación (o sustitución) de la ponderación, ni tampoco la exclusividad (o triunfo) de la subsunción en el razonamiento judicial. A juicio de García Amado, basta con interpretar –i.e., atribuir sentido a los enunciados jurídicos aplicables– y luego subsu-imir. Pero en realidad esto no es un auténtico obstáculo para dar cabida a la ponderación. En sentido amplio, la ponderación es una clase de interpretación predicable a los principios⁹⁶ que no sustituye completamente a la subsunción, sino, más bien, reconoce sus límites y la desplaza a la justificación interna con las premisas normativas y fácticas ya determinadas.

Sobre este punto, un conocedor de la obra de Alexy podría advertir una importante diferencia entre su esquema y el nuestro. Alexy se esmera en desarrollar una fórmula aritmética –la llamada fórmula del peso– para estructurar la ponderación en forma deductiva⁹⁷, de manera análoga a la subsunción⁹⁸. Esta forma de entender la ponderación es difícilmente realizable y dota al razonamiento jurídico de propiedades matemáticas que, en su afán de rigor metódico, rozan lo ininteligible. Admitir esta diferencia no implica, desde luego, renunciar a la ponderación; por el contrario, es posible perseverar en ella, reconocer las sustanciales diferencias que la distancian de la mera subsunción, pero efectuando algunos ajustes a la versión alexyana. En este sentido, la ponderación puede estructurarse en, al menos, dos grandes pasos⁹⁹: primero, se construye una nueva regla a partir

⁹⁶ ATIENZA, Manuel, *Carta sobre la ponderación*, en ATIENZA, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación* (Lima-Bogotá, Palestra, 2016), pp. 100-101.

⁹⁷ Cfr. ALEXY, Robert, *Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*, en *Foro Jurídico* 9 (2009), pp. 40-48.

⁹⁸ Esta última, con todo, no estaría gobernada por las reglas de la aritmética, sino por las de la lógica.

⁹⁹ Coincidimos, en este punto, con los comentarios efectuados por Manuel Atienza

de los principios en juego y, luego, a partir de la regla creada, se efectúa la subsunción propiamente tal. Volvamos sobre el caso para ilustrar esto.

La sentencia del TC comienza efectuando algunas consideraciones generales sobre el ius puniendi (considerandos 2° a 7°). A continuación, realiza un extenso y documentado excursus sobre los principios de proporcionalidad (8° a 11°), culpabilidad (12° a 13°), merecimiento y necesidad de la pena (17° a 19°) y humanitario (21° a 26°). Posteriormente, se detiene en el análisis de la discrecionalidad del legislador para determinar penas, concluyendo que la norma impugnada vulnera, para el caso concreto, los principios de igualdad ante la ley y legalidad penal (30°). Asimismo, indica que la articulación de los principios de dignidad, igualdad y proporcionalidad exige la imposición de una sanción que propenda a la resocialización, que sea menos lesiva de la dignidad humana y que equilibre las funciones y objetivos de las penas (31°). En efecto, la solución normativa contenida en la norma impugnada —i.e., la imposibilidad de acceder a penas sustitutivas— no garantiza el cumplimiento de ninguno de los objetivos de la pena cuando se trata de una persona que no tiene antecedentes penales y cuyas posibilidades de reinserción se verán más bien dificultadas con la aplicación de la norma objeto de la impugnación (ibíd). Finalmente, la sentencia vuelve sobre los hechos del caso y determina que las restricciones impuestas para la determinación de la pena no guardan proporción con el fin perseguido, ni tampoco favorecen directamente la seguridad ciudadana (39°), decidiendo, por fin, acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (47°).

Volviendo, pues, sobre los pasos de la ponderación, podríamos desmenuzarlos y estructurar el razonamiento del TC de la siguiente manera: (i) se reconoce un haz de principios aplicables al caso; (ii) con un importante respaldo doctrinal y jurisprudencial, se dota de contenido a cada cual; (iii) una vez analizados los principios, se construye una regla para el caso concreto; (iv) se advierte una contradicción entre la regla impugnada y la construida y, finalmente, (v) se soluciona la contradicción entre las dos reglas, declarando inaplicable la norma impugnada¹⁰⁰.

El esquema ofrecido, a nuestro juicio, ofrece algunas ventajas respecto de la teorización de la derrotabilidad que hemos analizado con García

en ATIENZA, Manuel, *A vueltas con la ponderación*, en *Un debate sobre la ponderación*, cit. (n. 96), p. 26.

¹⁰⁰ Confirma este punto el TC al sostener que se produce “la conjunción de dos enunciados, uno de los cuales es la negación del otro, generándose una contradicción que vía interpretación no resulta posible obviar, razón por la cual debe acogerse la posición expuesta por la requirente” (considerando 47°).

Amado. Y es que la ponderación no prescinde de la interpretación ni la subsunción; por el contrario, las presupone¹⁰¹: en cada uno de los pasos del tribunal se hace necesaria la atribución de sentido a los enunciados normativos y, desde luego, también se efectúa, en la justificación interna, la antedicha subsunción. Pero no basta con esto. Las características del fallo que analizamos dan cuenta de una solución normativa que, para el caso concreto, deviene inadecuada y esto precisamente justifica la necesidad de ponderar¹⁰². Ahora bien, calificar como inadecuada la imposibilidad legal de un imputado para acceder a penas sustitutivas no es fruto de una imposición moral —de la moral verdadera, diría García Amado— del TC. Antes bien, obedece a un razonamiento que construye los principios invocados en reglas y, tras el cotejo de estas con la regla legal aplicable, arriba a una solución incompatible con esta. La derrotabilidad, desde esta perspectiva, está comprometida con una categoría de suyo extendida en la teoría del derecho, a saber, la de laguna axiológica, que es aquella en que, si bien existe una solución, esta es valorativamente inadecuada, porque el legislador no consideró una distinción que debía haber tomado en cuenta¹⁰³, lo que justifica colmar esa laguna con una solución diferente. Por último, otra ventaja del esquema ofrecido dice relación con la crítica efectuada en el apartado precedente a García Amado tras la salida del entimema. En el caso analizado, la derrota se funda en el criterio *lex superior*, precisamente por tratarse de una regla construida a partir de principios constitucionales que, sobra decirlo, ostentan una jerarquía superior a la del precepto legal impugnado¹⁰⁴.

Así las cosas, en lugar de confrontar y sopesar principios explícitos o subyacentes a las reglas, es mejor efectuar el camino inverso y construir re-

¹⁰¹ PORTOCARRERO, Jorge, *¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*, en *Vox Juris* 31 (2016), p. 89.

¹⁰² ATIENZA, Manuel, *A vueltas con la ponderación*, en *Un debate sobre la ponderación*, cit. (n. 96), p. 28.

¹⁰³ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1974), pp. 157-158. Sobre las lagunas axiológicas como contracara de la derrotabilidad, véase GUASTINI, Riccardo. *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación*, en *Análisis Filosófico*. 26 (2006), 2, p. 286.

¹⁰⁴ Sobre este punto, es menester efectuar una prevención. No toda derrota de una regla es, necesariamente, producto de un conflicto con principios constitucionales. Esto, con todo, no impide una explicación igualmente satisfactoria: en dichos casos, la derrota de una regla encuentra su explicación en el criterio *lex specialis*, atendido que la regla “vencedora” ha sido creada para el caso concreto y, por ende, ostenta un campo de aplicación particular que ha de primar por sobre el general contenido en la regla vencida.

glas a partir de aquéllos para luego determinar su primacía. En definitiva, toda ponderación ha de encaminarse a la construcción de una regla para subsumir el caso¹⁰⁵, una tarea que, por cierto, no está exenta de dificultades, pero que recibe una importante ayuda desde la dogmática jurídica¹⁰⁶. En efecto, la construcción jurídica que se realiza a partir de principios está fuertemente disciplinada gracias a los importantes aportes de la ciencia jurídica, que, si bien no garantiza una total certidumbre, permite morigerar temores. De esta manera, sin renunciar a la distinción entre principios y reglas, es posible ahuyentar los fantasmas de la ponderación. Y esto pues, nos conecta con la segunda tesis defendida: la irracionalidad, arbitrariedad e imposición de preferencias morales no son vicios inherentes a la ponderación, sino más bien externos, pudiendo incurrirse en ellos también con ocasión de una subsunción¹⁰⁷. Ponderar no es huir de una argumentación rigurosa ni encubrir retóricamente un razonamiento empobrecido y carente de racionalidad. La ponderación es ciertamente un subterfugio, una excusa, pero una excusa para robustecer la argumentación cuando se rebasan los límites de la subsunción –i.e., donde esta es insuficiente–, ofreciendo garantías suficientes de fundamentación y consiguiente control de la decisión judicial. Por lo demás, si García Amado reprocha el margen de valoración que puede realizar el operador jurídico al momento de ponderar, eso no es más que fruto de la inexorable discrecionalidad judicial que, como conspicuo positivista, ha de admitir, y que en nada se opone a la versión de la ponderación que se ha defendido.

No hay que desconocer, sin embargo, las observaciones críticas de García Amado. Si bien estas no tienen el mérito de desechar la ponderación –sino algunas desacertadas prácticas judiciales–, hay buenas razones para tomar resguardos al momento de ponderar. Bien dice el autor que el positivista –y, en general, todo jurista– ha de reconocer la inevitabilidad de las excepciones implícitas, aunque se esmere en acotarlas¹⁰⁸, afirmación que ha de ser compartida y que se conecta estrechamente con una clásica distinción, tributaria de la filosofía de las ciencias, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. El *quid* del asunto no radica en el hecho de prescindir de la solución normativa de una regla jurídica, sino en la forma en que se traza el camino para arribar a tal decisión, es

¹⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en cit. (n. 53), p. 278.

¹⁰⁶ ATRIA, Fernando, *Lo que importa sobre los principios*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 25 (2012), p. 76.

¹⁰⁷ PORTOCARRERO, Jofge, *¿Peligros de la ponderación?*, cit. (n. 101), p. 89.

¹⁰⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, cit. (n. 73), p. 185.

decir, su justificación. Esto explica que la empresa llevada a cabo ha de ser entendida como descriptiva antes que normativa¹⁰⁹. La derrotabilidad ha de ser reconstruida por medio de vías que garanticen una adecuada fundamentación de la decisión judicial y, en este contexto, ponderación y subsunción no son nociones antagónicas, sino complementarias.

V. CONCLUSIONES

Las excepciones implícitas constituyen un fenómeno insoslayable para la teoría jurídica y, por ello, abundan las cavilaciones sobre este tema. En este contexto, el análisis efectuado demuestra cuán diferentes pueden ser las maneras de representar la derrotabilidad normativa. Y es que, como anticipamos, detrás de cada concepción se confirma la escalonada influencia que cada una recibe desde la particular teoría del derecho en que se enmarca, su teoría de las normas y la teoría del razonamiento jurídico y de la adjudicación a que se suscribe.

Reconstruir un debate jamás ventilado explícitamente puede figurar, a primera vista, como un ejercicio estéril y de escasa importancia práctica. Empero, las consideraciones aquí deslizadas arrojan importantes proyecciones, sobre todo porque rebosan un nivel puramente especulativo y permiten repensar nuestras prácticas jurídicas, particularmente las jurisdiccionales.

Así las cosas, el mérito de las contribuciones de Alexy y García Amado ha sido evaluado a la luz de lo que, a nuestro juicio, es el factor determinante para calificar la viabilidad de una teoría de la derrotabilidad, a saber, la satisfacción y robustecimiento de las exigencias de fundamentación de una decisión judicial. Apartarse por completo de lo dispuesto por una regla a todas luces aplicable puede parecer escandaloso, mas deja de serlo si se justifica adecuadamente. Enfatizar –aún, a niveles exagerados– la justificación es garantía de control y una explícita repulsión a la arbitrariedad.

Pues bien, con esta declarada impronta, se han analizado las propuestas de los autores, concluyendo que ninguno de los dos modelos estudiados es inmune a las críticas. En cuanto a la teorización de García Amado, si bien constituye un significativo esfuerzo por erradicar la irracionalidad en la adjudicación, lo cierto es que no concentra igual rigor al momento de construir su propia teoría de la derrotabilidad: efectuada la corrección formal a un silogismo incompleto, no logra explicar suficientemente la primacía de la norma convencional por sobre la jurídica. Ahora bien, criticar esta

¹⁰⁹ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Revancha Neoconstitucionalista De Grecia Contra Roma*, en *Foro Jurídico* 10 (2010), p. 141.

teorización no equivale a un apoyo irreflexivo a la teoría rival. Estructurar el debate como un insalvable dilema simplifica en exceso el trasfondo de la reconstrucción ofrecida. De esta manera, aunque la tesis aquí defendida abrace algunas de las paradigmáticas categorías empleadas por Alexy, no se inclina irrestrictamente por su concepción. Empero, la mala reputación atribuida por algunos a la ponderación no la desestima en sí misma, sino, más bien, obliga a reflexionar sobre ella para ahuyentar fantasmas. Así —y contrario a lo que sostiene García Amado—, reglas y principios reclaman métodos de interpretación que reconozcan sus diferencias y la ponderación se erige como un buen candidato para complementar, y no sustituir, los límites de un modelo puramente basado en la subsunción.

La ponderación, en el modelo que se propone, permite transparentar, paso a paso, el camino que permite arribar a la derrota de una regla aplicable. De esta manera, la derrota de una regla implicará reformular los principios aplicables en forma de reglas, construir una laguna axiológica, para finalmente optar por la solución normativa de una regla construida para el caso concreto y que prevalecerá en virtud el criterio de jerarquía (si se trata de un principio constitucional) o solo de especialidad (por tratarse de una regla con un campo de aplicación más específico).

Ciertamente, el debate aquí reconstruido entrega importantes luces para enfatizar la necesidad de disciplinar un fenómeno inevitable y cuya fundamentación, especialmente en casos difíciles, ha de ser especialmente rigurosa y transparente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, en *Isonomía*. 13 (2000), pp. II-33.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1974).
- ALDUNATE, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing, 2008).
- ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. II (2009) I, pp. 3-14.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (2ª edición, Barcelona, Gedisa, 2004).
- ALEXY, Robert, *El concepto y naturaleza del derecho* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008).
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. 66 (2002), pp. 13-64.

- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012).
- ALEXY, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, en *Derechos y Libertades*. 5 (2000) 1, pp. 21-42.
- ALEXY, Robert, *La tesis del caso especial*, en *Isegoría*. 21 (1999), pp. 23-35.
- ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa*. 5 (1988), pp. 139-151.
- ALEXY, Robert, *Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural*, en *Foro Jurídico* 9 (2009), pp. 40-48.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Lima, Palestra, 2017).
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995).
- ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. 5 (2001), pp. 75-95.
- ATIENZA, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación* (Lima-Bogotá, Palestra, 2016).
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan, *Sobre principios y reglas*, en *Doxa*. 10 (1991), pp. 101-120.
- ATRIA, Fernando, *Lo que importa sobre los principios*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 25 (2012), pp. 72-83.
- BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).
- BUSTAMANTE, Thomas, *Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones contra legem*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), pp. 205-284.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1989).
- ESPINOSA, Marcelo; GÓNGORA, Pablo, *Derrotabilidad y ley tributaria: Delimitación, alcances y viabilidad como herramienta de análisis de la praxis jurisdiccional*, en FAÚNDEZ, Antonio; SAFFIE, Francisco (coords.), *Interpretación de la ley tributaria* (Santiago, LegalPublishing, 2020), pp. 73-96.
- GANDULFO, Eduardo, *La validez en los contextos de fundamentación y aplicación*, en *Revista de Ciencias Sociales*. 47 (2002), pp. 485-532.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso*, en *Doxa*. 33 (2010), pp. 441-450.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, en *Isegoría*. 35 (2006), pp. 151-172.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación* (2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 249-331.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La interpretación constitucional*, en *Revista jurídica de Castilla y León* 2 (2004), pp. 35-72.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho* 8 (1991), 341-364.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Positivismo Jurídico*, disponible en <https://goo.su/aIKg> [consultado el 17 de diciembre de 2021].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, en CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl; COLLOMA, Rodrigo (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica* (Santiago, LegalPublishing, 2011), pp. 29-64.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), pp. 179-204.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 7 (2014-2015), pp. 6-40.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico*, en BONORINO RAMÍREZ, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, 2010), pp. 285-343.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*, en *Diritto e questioni pubbliche* 3 (2003), pp. 197-227.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La Revancha Neoconstitucionalista De Grecia Contra Roma*, en *Foro Jurídico* 10 (2010), pp. 134-142.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*, en CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (coordinadores), *El canon neoconstitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010), pp. 247-271.
- GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico* (Buenos Aires, LexisNexis, 2005), I.
- GUASTINI, Riccardo. *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulyin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación*, en *Análisis Filosófico* 26 (2006) 2, pp. 277-293.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid, Trotta, 1998).

- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (Madrid, Taurus, 1999).
- MORESO, José Juan, *Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos*, en *Arbor* 186 (2010), pp. 821-832.
- PORTOCARRERO, Jorge, *¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*, en *Vox Juris* 31 (2016), pp. 81-96.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Réplica a Juan Antonio García Amado*, en CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta, 2007), pp. 265-288.
- REYES, Nelson, *De Nuevo Sobre el Problemático Concepto de Positivismo Jurídico*, en *Revista de Ciencias Sociales* 41 (1996), pp. 123-144.
- RÓDENAS, Ángeles, *Normas regulativas: principios y reglas*, en GONZÁLEZ, Daniel, (coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2015), pp. 15-25.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, rol 60.606-2021, de 1 de septiembre de 2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.860-2021, de 6 de agosto de 2021.
- Corte Suprema, rol 150.455-2020, de 19 de julio de 2021.
- Corte Suprema, rol 92.148-2020, de 21 de agosto de 2020.
- Tribunal Constitucional, rol 3062-2016, de 27 de marzo de 2017.
- Dictamen N° 22.766 de la Contraloría General de la República, de 24 de marzo de 2016.

SOBRE EL AUTOR

Marcelo Espinosa Aguilar es licenciado en Ciencias Jurídicas y magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Además, es profesor de Teoría del Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez. Su correo electrónico es marcelo.espinosa@uai.cl. <https://orcid.org/0000-0001-5978-1508>.