

El estado de derecho y la argumentación jurídica: apuntes para su análisis conceptual

*The rule of law and legal argumentation:
notes for their conceptual analysis*

María Isabel Ruiz Vaca

Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Miscelánea)

RFJ, No. 6, 2019, pp. 337-358, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Este artículo describe preliminarmente y contrasta posturas concernientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación. La categoría jurídica Estado de Derecho es un aporte relevante puesto que, como concepto y mecanismo, su aplicación se extiende a nivel de países latinoamericanos y europeos. Además, en el margen de las argumentaciones jurídicas se valorará que el estimar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción.

PALABRAS CLAVES: Estado de Derecho, argumentación jurídica, análisis de conceptos teoría legal, poder constituyente.

ABSTRACT: This article provides a preliminary description and contrasts positions concerning the conceptual point of view of the Rule of Law and its types of limitation. As a legal category, the Rule of Law makes a significant contribution since, as a concept and mechanism, its application extends to the level of both Latin American and European countries. In the margin of legal arguments, in assessment will also be made that considering an argument is not the same as evaluating a decision or an action.

KEY WORDS: Rule of Law, legal argumentation, concept analysis legal theory, constituent power.

INTRODUCCIÓN

Las etapas históricas han marcado el Derecho y no sólo como una sucesión de episodios, sino como la expresión de una sociedad vulnerable a cambios, y de un objeto de estudio dinámico. Los lineamientos del Estado de Derecho aparecen por primera vez durante el siglo XVIII, oficialmente con la Revolución Francesa. En otros países como Estados Unidos, se habla de *Rule of Law*, y sus principios están relacionados con el Estado al que se hace referencia. Un Estado de Derecho se diferencia de un Estado absoluto o una dictadura porque los derechos en general son anteriores al mismo Estado y debe limitarse a reconocerlos y garantizarlos.

Por otro lado, la argumentación jurídica precisa que debe ser capaz de contestar a estas tres preguntas básicas: cómo analizar una argumentación, cómo evaluarla, cómo argumentar. Por lo demás, la argumentación se entiende aquí como un acto de lenguaje complejo, como una actividad, que comienza con el planteamiento de un problema y termina con la solución. Sin embargo, evaluar una argumentación quiere decir tener en cuenta todo ese conjunto, aunque los problemas evaluativos puedan (suelan) focalizarse en algún argumento en particular.

“El compromiso central más fundamental del positivismo es la Tesis Social, que afirma que el derecho es, en esencia, una creación o artefacto social. De acuerdo con esta tesis, lo que distingue a las normas jurídicas de las no-jurídicas es que aquéllas poseen una propiedad que hace referencia a algún hecho social. La presencia del hecho social relevante, entonces, es lo que en última instancia explica la existencia de un sistema jurídico y lo constituye como un artefacto” (Himma, 2014).

En este sentido, ¿cómo el Estado de Derecho se vincula al proceso de la creación de un artefacto a partir de un hecho social, desarrollado en otras palabras como el sistema jurídico?

A partir de esta premisa, contrastaremos posturas concernientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación, cuya aplicación se extiende a nivel de países especialmente latinoamericanos y sus principios fundamentales originalmente europeos. Se valorará, en el margen de las argumentaciones jurídicas, que estimar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción. Con relación al campo jurídico son represen-

tativos en la motivación de los operadores judiciales al bosquejar una resolución en los diferentes procesos.

La aplicación de las leyes ha encontrado su sustento en la especulación y la normatividad. A esto cabe decir que el razonamiento jurídico necesariamente juega un papel fundamental, tanto en su estructura lógica como en su contenido de verdad alrededor de procesos judiciales. En contexto, se estimará el análisis de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial.

1. ESTADO DE DERECHO

“El concepto de Estado de derecho, tal como se le conoce en la época moderna, nace en el ámbito jurídico-político alemán entre los siglos XIII y XIX y tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista. La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano; su objeto, la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como “ente común (res publica)”.” (Villar, Estado de derecho y Estado social de derecho, 2007). En su concepción moderna, se define como un Estado que se somete a la ley que él mismo impone, una ley que es para todos, gobernantes y gobernados en igualdad de condiciones.

Por ello, se contrastarán posturas pertenecientes al punto de vista conceptual del Estado de Derecho y sus formas de limitación, y esto recae en la importancia de la noción que se tenga de Estado y su actividad está limitada por un derecho superior a él, que le impone deberes, en términos de una concepción que se entiende como normas universales, eternas y autosuficientes. En Alemania, por ejemplo, se hablaba en 1832 sobre la expresión *Rechtsstaat*, que significa Estado de Derecho, por oposición a *Machtstaat* o “Estado de Fuerza”, o Estado de la monarquía absoluta, y a *Polizeistaat* o Estado de Policía. En el Estado de Fuerza el “*rex facit legem*”, mientras que en el Estado de Derecho “*lex facit regem*”.

“Carl Schmitt distingue dos principios típicos en el Estado de Derecho: uno de distribución, según el cual la libertad individual es anterior al Estado e ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es limitada en principio; y un principio de or-

ganización que pone en práctica el anterior mediante un sistema de “competencias circunscritas”. (Dermizaky, 2000). El primero hace referencia a llamados derechos fundamentales o de libertad y, en segundo lugar, a “separación de poderes” que sirve para establecer frenos y controles recíprocos entre esos poderes. Derechos fundamentales y división de poderes son, según Schmitt, la sustancia del Estado de Derecho que se halla presente en la Constitución moderna.

Entre los mecanismos que se pueden utilizar para mantener este control están los de carácter político, constitucional y judicial. Con relación al control político, la división de poderes que termina en la construcción de tres instituciones o funciones: ejecutiva, legislativa y judicial. En el caso del control constitucional, se sustenta en el principio de supremacía de la Constitución y todas las leyes deben ceñirse a esta la norma fundamental. Finalmente, el control jurídico, que radica en la institución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

“Uno de los signos característicos del régimen del Estado de derecho consiste precisamente en que, respecto a los administrados, la autoridad administrativa solo puede emplear medios autorizados por el orden jurídico vigente, especialmente por las leyes... Por consiguiente, en sus relaciones con los administrados, la autoridad administrativa no solamente debe abstenerse de actuar contra *legem*, sino que, además, está obligada a actuar solamente *secundum legem*, o sea en virtud de habilitaciones legales. El Estado de derecho es, pues, aquel que al mismo tiempo formula prescripciones relativas al ejercicio de su potestad administrativa, asegura a los administrados, como sanción de dichas reglas, un poder jurídico de actuar ante una autoridad jurisdiccional con objeto de obtener la anulación, la reforma o por lo menos la no aplicación de los actos administrativos que la hubieran infringido... Por lo tanto, el régimen del Estado de derecho se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra las arbitrariedades de las autoridades estatales” (Villar, Estado de derecho y Estado social de derecho, 2007).

a. Poder Constituyente

El poder constituyente entendido como la capacidad de un pueblo para organizarse políticamente y otorgarse un ordenamiento jurídico determinado es primordial en la construcción de un Estado de Derecho. En este punto, es necesaria una diferenciación entre el poder y

el acto constituyentes. El primero se refiere a la facultad soberana del pueblo como se ha mencionado, y el acto constituyente se refiere a los hechos en los cuales se manifiesta la voluntad política del pueblo. En Europa se concibe el acto constituyente sin estado de derecho y sin Constitución escrita. En América, evidentemente ocurre lo contrario, pues históricamente Estados Unidos llevó a la práctica el poder constituyente de Sieyès, y así abren una puerta para que el resto de los países americanos lo siguieran, esto debido a que, en nuestro territorio, el acto constituyente se refleja tanto como un acto de emancipación de la metrópolis, como de proclamación de la soberanía interna e internacional.

El tema del poder constituyente se desprende en dos tipos: originario y derivado.

“La diferencia entre ambos poderes es clara y se puede sintetizar en el hecho de que el poder constituyente llamado originario, por su cuota de poder, no está sometido a normas preexistentes de derecho positivo y puede ser fundacional, cuando dicta la primera Constitución al fundarse un Estado; y, post-fundacional, cuando opera después de la primera Constitución, pero también exento de reglas jurídicas preexistentes, tal y como actúa a consecuencia de una revolución. A contrario sensu, el poder constituyente llamado derivado, es el que actúa sujeto a reglas preexistentes de derecho positivo, para enmendar o reformar la Constitución, a la que incluso podría reemplazarla íntegramente, siempre que esté facultado para esto.” (Castro, 2008).

En otras palabras, el poder constituyente originario es por el cual un Estado se funda y luego dicta normas que lo organizan, o sea al poder que determina la forma de Estado y la forma de Gobierno que ha de conservar en el futuro. La experiencia del Ecuador y otros países latinoamericanos permite hacer una distinción entre el poder constituyente originario fundacional y poder originario de simple organización. El poder constituyente originario fundacional es aquel que constituye al Estado, establece las normas que han de regular su organización y funcionamiento.

Por la comunidad puede actuar, y de hecho actúa, un grupo que asume el liderazgo de ella, pero el éxito en la empresa depende en última instancia de la adhesión o respaldo de la comunidad, que asiente, expresa o tácitamente, la decisión de fundar el Estado y organizarlo.

Por otra parte, el poder constituyente originario de simple organización tiene un precedente: es que en la conciencia colectiva y en la de los propios dictadores siempre ha estado presente la idea de que la dictadura es transitoria. Por ello, es forzoso el restablecimiento del Estado de derecho. Así mismo, en las asambleas y convenciones constituyentes ha prevalecido la convicción de que sus atribuciones no comprenden las de fundar el Estado, sino tan solo de organizarlos jurídicamente, o sea la de dictar normas de derecho con arreglo a las cuales ha de volver el Estado a los causes de la ley. Estas mismas ideas o convicciones han primado en las consultas populares a las que fueron sometidas las Constituciones de 1869 y 1978.

Este poder constituyente solo relativamente es originario e ilimitado o supremo, porque si bien es cierto no proviene de una Constitución escrita ni está obligado a ceñir la norma de organización del Estado o ninguna norma anterior, la verdad es que preexiste un ordenamiento jurídico con el cual la nueva Constitución tiene que ensamblar, bajo pena de crear el caos o quedar escrita en el papel, mientras que el Estado y la sociedad marchan de acuerdo con el ordenamiento jurídico preexistente.

En referencia a los límites del poder constituyente originario, la misión que le encarga el pueblo no es otra que la de que el Estado prepare un proyecto de Constitución, esto es en sí mismo una limitación, ya que no puede dejar de hacer ni al hacer olvidar que no hay Constitución si es que no tiene tabla o lista de derechos y una determinada organización de poder. Las limitaciones se pueden dividir en tres formas: las autónomas, que la propia Constitución establece; las heterónomas, que se compromete en la armonía con la comunidad Internacional, y las absolutas, en caso de que se atente con los derechos humanos.

Una constitución que transgreda los valores mencionados, solo se podría regir por la fuerza, como por desgracia ha ocurrido a lo largo de la historia. Tarde o temprano el pueblo recupera la libertad a la que está llamado, archiva el instrumento de su opresión y desgracia y adopta la Constitución no solamente de manera formal, sino también por su contenido y por su utilidad para crear las condiciones de la propia perfección de la colectividad y de sus componentes.

Por otro lado, el poder constituyente constituido o derivado se define como la facultad de reformar la Constitución adoptada por el constituyente originario. Ramiro Borja hace un razonamiento al respecto,

en el sentido de que si, por la reforma, una norma sustituye a otra, aquella debe provenir del mismo poder de que provenía esta, ya que, si no fuera así, la nueva sería una norma de inferior jerarquía que la sustituida y, por lo mismo, no sería lógico que pueda reformarla. Por naturaleza el poder constituyente constituido o derivado radica en el órgano del Estado que la Constitución misma determina, quien debe ejercerla en la forma y según el procedimiento señalado en la misma.

“En realidad los “plenos poderes” aluden al concepto mismo de lo que es el poder constituyente, que siendo autónomo y trascendente en relación al orden jurídico positivo, tiene límites insalvables que no podrá superar; entre ellos, los factores reales de poder, los topes normativos, axiológicos y de derecho natural que rigen en el seno de toda sociedad, que impedirán cualquier abuso en que pretenda incurrir la Asamblea Constituyente” (Castro, 2008).

En esta línea, se puede mencionar la existencia de dos modelos de estado que surgen a partir del Estado de Derecho. Este Estado se ha desarrollado en la historia desde su aparición a fines del siglo XVIII y aparece el Estado Liberal de derecho y el Estado social y democrático de derecho o Estado desarrollista, en la versión latinoamericana.

b. El Estado Liberal de derecho

El Estado Liberal de derecho es la primera modalidad del Estado de derecho que emergió con la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, y consistió en la organización jurídica del Estado y el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano y la adopción de una Ley a la que se denomina Constitución escrita, que se ajusta y contiene las características de un Estado de Derecho. Sin embargo, la Constitución no fue igual en los Estados Unidos y en Europa, debido a que en América fue tomada como una norma jurídica; en la segunda, se manejó como un proyecto político.

Es por esta razón que en Estados Unidos se desarrollaron principios referentes al constitucionalismo, como es el caso del principio de la supremacía de la Constitución, y en efecto, viene a ser la Ley suprema, por lo que a ella se le deben ceñir el resto de las normas jurídicas en el interior del Estado, y debe ceñirse también tanto en contenido como en la forma de expedirse. Por otra parte, en Europa fue la ley no la Constitución, puesto que la ley se entendía como la expresión

de la voluntad soberana. Por su proveniencia desde el parlamento que representa al pueblo y no al rey, la Constitución no pasaba de ser un programa político, e incluso era un instrumento otorgado por el rey en el que hacía constar sus promesas o “buenos deseos”.

Esto cambia después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, en donde se convierte a la Constitución en una norma jurídica suprema, a la que debe someterse por el contenido y la forma todo el ordenamiento jurídico del Estado. La Constitución organiza el poder y determina los órganos que lo han de controlar, las materias sobre las cuales tiene competencia, los instrumentos o mecanismos y los procedimientos con los que ha de hacerlo. Para el Estado Liberal de derecho todos nacen libres e iguales, pero esta igualdad es abstracta. Se podría decir que este tipo de estado es abstencionista y la igualdad ante la ley es básicamente formal porque se ve cumplida en el hecho de que la ley es de validez universal y aplicable a todos con el mismo alcance; para esto debe ser igualmente abstracta y no dirigida a una sola persona, principio en el que coinciden el Estado nacido de la revolución americana y el nacido de la revolución francesa. El Estado Liberal tuvo al principio un aspecto revolucionario; en un primer momento constituyó al Derecho en el límite o freno del poder de los gobernantes y, en segundo lugar, en Francia legitimó el traslado del poder del Estado de manos de la nobleza y del alto clero a la burguesía.

c. El Estado social y democrático de derecho

El Estado social y democrático de derecho es un estado garantista e intervencionista. El Estado se vio obligado a reconocer que su abstención en lo económico social y cultural no se justificaba cuando la mayoría de la población carecía del medio para vivir con dignidad, ni podía ser indiferente ante las injusticias en las relaciones de los que más tienen o pueden con los que nada tienen ni pueden o con los que menos tienen y pueden menos. “Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser criterio suficiente. Pero es evidente que, en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar los criterios de su orientación” (Benedicto XVI, 2011).

Los problemas suscitados por la revolución Industrial desataron conflictos sociales, y forzaron a buscarles solución. Las soluciones propuestas se dividieron en tres: las que preveían la desaparición del Estado, las que atribuían al Estado el papel de agente de cambio mediante la corrección de los efectos perniciosos del capitalismo y la adopción de instituciones llamadas a hacer realidad la justicia social. La revolución como solución inspiró el marxismo que preveía la extinción del Estado con el triunfo de una sociedad sin clases y que dio origen, en el periodo de transición, a la dictadura del proletariado e institucionalizó el socialismo de Estado o “socialismo real” en la Unión De Repúblicas Socialistas Soviéticas.

La otra solución partió de la organización de instituciones del Estado de Derecho, esto es de la subordinación del Estado y de los ciudadanos al derecho, del reconocimiento de la persona como titular de derechos que salvaguardan su dignidad eminente, de la división de poderes y añadió a Estado la función de intervenir en lo económico, social y cultural para garantizar además de la igualdad ante la ley o formal, la igualdad real y la distribución de la riqueza.

La denominación de Estado Social de derecho incorpora el Derecho Constitucional con el art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, pero su origen data de la Constitución Mexicana de 1917 y de la de Weimar de Alemania, de 1919. El fenómeno se volvió universal, involucró también a los Estados Unidos donde el concepto fue “rule of law” y se amplió a “welfare state” O “estado de bienestar”, modalidad del Estado Social de derecho que, en el mundo cultural anglosajón, adopta especificaciones propias que lo diferencian.

La intervención del Estado se desplazó de lo social a lo económico, mediante el empleo de diversos mecanismos, con el doble propósito de alcanzar el desarrollo económico y difundir el mayor bienestar posible para toda la población, “garantizar la paz social y asegurar una demanda sostenible”. La consecución de estos propósitos legitima la expedición de leyes que den “forma concreta al orden económico y social”, que pongan a la economía al servicio del pueblo. Para que los ideales de este Estado se concreten, los derechos se plasmen y la libertad formal se vuelva una libertad material, el Estado debe asumir la responsabilidad de organizar y mantener el funcionamiento de los servicios públicos propios que liberan a la persona de necesidades que de no ser satisfechas harían imposible una vida digna, como la salud y el saneamiento ambiental.

d. Del Estado Liberal al Estado Constitucional

“En la modernidad lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en *El príncipe* comienza la obra diciendo: ‘Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados’. Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI” (Lancheros, 2009).

Debido a las relaciones fragmentadas con respecto al poder en el Estado Liberal de derecho, era importante el intervencionismo de este para solucionar los problemas y los modelos que se planteaban con respecto a un Estado intervencionista. Esto plantea la aparición de lo que podríamos definir como la cuestión social, es decir, las transformaciones culturales y demográficas en cuanto del proceso de industrialización y de las condiciones laborales impuestas a los trabajadores que condujeron a la reacción de los trabajadores en forma de protestas y movilizaciones en contra del gobierno.

Entre las consecuencias, de forma global encontramos dos: los hechos comprobaron que la ley no era inmutable y, por tanto, podía ser modificada, potenciando el poder normativo de lo fáctico. La segunda fue que la ley no aludía a las realidades inmateriales, más bien se enfocaba en hechos históricos y acontecimientos que ya estaban regulados antes por el Derecho.

2. ARGUMENTACIONES JURÍDICAS

“Las decisiones judiciales son el resultado más importante en un sistema de justicia. El interés por el estudio justificativo de estas decisiones ha aumentado considerablemente. Son en gran medida las Teorías de la Argumentación Jurídica, que se desarrollan a partir de la segunda mitad del siglo XX, las que incursionan en el estudio del razonamiento judicial” (Vázquez, 2006).

Actualmente, al analizar sentencias judiciales podemos encontrar ejemplos tanto de argumentos analíticos, como dialécticos y retóricos. Esto muestra que la argumentación jurídica, en su conjunto, recorre todo el edificio de la lógica aristotélica. En este contexto, se valorará

en el margen de las argumentaciones jurídicas que evaluar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción. Por esto se plantean dos ejercicios intelectuales fundamentales: 1. Asumir la metodología propia de la complejidad social permite entender a las instituciones jurídicas, a razón de naturaleza; a esto se suma la aceptación de las estadísticas como un medio para desarrollar la tesis a priori. 2. Unir la teoría con la realidad permite reconocer cómo interactúan las instituciones jurídicas con los usuarios y ciudadanos y si cumplen sus fines o si son un fracaso.

Debido a lo expuesto, “(...) resulta necesario entender los efectos, las implicaciones y la forma con las que el derecho opera en el interior del tejido social, ya que simplemente no sirve de objeto para discusiones abstractas entre especializados juristas o como la razón del desvelo de algún estudiante para su parcial final” (Florez, 2011).

Muchas veces no es factible la pretensión de motivar las decisiones judiciales valiéndose únicamente de la lógica. Asimismo, Flórez (2011) encuentra que para ello existen, al menos, cuatro razones: 1. La vaguedad del lenguaje jurídico. 2. La posibilidad de conflictos de normas. 3. El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente. 4. La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (Fernández, 2011).

Es obvio que se puede decidir sin argumentar, sin ofrecer ningún tipo de razón, en cuyo caso, el juicio que se haga sobre la decisión no tendrá que ver con ninguna argumentación previa (aunque sí podría tener que ver con la falta de argumentación si se tratara de una decisión que tenía que ser fundamentada). Pero incluso cuando se decide argumentativamente, ambos aspectos pueden separarse: hay buenas decisiones mal argumentadas y, a la inversa, buenas argumentaciones a favor de decisiones erróneas.

Manuel Atienza distingue tres campos distintos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones:

El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas; diferenciándolas a su vez en las argumentaciones que tienen lugar en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase legislativa. La primera se da como consecuencia de la aparición de un problema social, cuya solución se piensa que puede ser la adecuación

de una medida legislativa. Podemos asegurar que en este caso la argumentación la encontramos en los trabajos legislativos, en los debates y, desde luego, en la exposición de motivos que da nacimiento a esa ley. Además, este autor explica que, en la fase legislativa, la argumentación la encontramos en las cuestiones de tipo “técnico-jurídico”, las que pasan a un primer plano.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos dice este mismo autor, es el de aplicación de normas jurídicas al caso concreto, con la distinción entre la argumentación en relación con problemas concernientes a los hechos o bien al Derecho. Así se asegura que la argumentación jurídica dominante se centre en las cuestiones de los casos difíciles relativos a la interpretación del Derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia.

El tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica en la que cabe distinguir tres funciones: 1. Suministrar criterios para la producción de criterios en las diversas instancias en que ello tiene lugar. 2. Suministrar criterios para la aplicación del Derecho. 3. Ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones. Al respecto, Atienza sugiere que de lo que se trata es de suministrar a esos órganos criterios —argumentos— dirigidos a facilitarles la toma de una decisión jurídica consistente en aplicar una norma a un caso concreto.

Al referirnos a los vicios en la argumentación a la hora de hacerlo incorrectamente (esto es a las falacias), haremos alusión a ellos únicamente en cuanto a las diversas categorías en las que Toulmin las clasifica: 1) de una falta de razones, 2) de las razones irrelevantes, 3) de razones defectuosas, 4) de suposiciones no garantizadas y 5) de ambigüedades.

1. Respecto a la primera, menciona que es la de petición de principio, esto es, se dan razones cuyo significado es equivalente al de la pretensión original.
2. De las razones irrelevantes, cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma. Claro ejemplo de esta sería argumentar contra la persona, en argumentar *ad ignorantiam*, en apelar al pueblo, etc.

3. Las falacias debidas a razones defectuosas se presentan cuando las razones para apoyar la pretensión son de tipo correcto; sin embargo, son inadecuadas para establecer la pretensión específica. Sería el caso cuando se llega a una conclusión con pocos ejemplos o ejemplos atípicos.
4. Las falacias debidas a suposiciones no garantizadas parten del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad. Cuando de hecho la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada, el ejemplo sería la falacia de la falsa causa.
5. Finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfibología) o una colocación errónea del énfasis (falacia del acento) a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de sus partes (falacia de la composición) a afirmar de las partes lo que es válido del conjunto (falacia de la división) (Meza, 2006).

Es necesario argumentar en materia jurídica porque un sinnúmero de disposiciones legales se encuentra abiertas a interpretaciones, producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos que pueden producir decisiones y motivaciones ilegítimas. Es importante resaltar qué se entiende por textura abierta.

“La idea de textura abierta se contrapone a la imagen —llamada, por Hart, como el paraíso de los conceptos— que presupone que el lenguaje jurídico es claro y preciso, que no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta”. Desde luego, el mismo Hart reconoció que no todo es abierto. Hay casos de aplicación clara, pero también hay casos de aplicación dudosa. Particularmente, él explicó que “habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (‘es indudable que un automóvil es un vehículo’)” y agrega “pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (‘la palabra vehículo, tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?’)”.

La posición de Hart de distinguir entre textos claros y de textura abierta no es una posición uniforme en el mundo académico jurídico. Hay diversas posturas al respecto. Guastini alude a tres teorías respecto a la interpretación del derecho. Las tres teorías son las siguientes:

- La teoría de la interpretación de la ilustración
- El escepticismo realista
- El neocognitivismo contemporáneo

Para la primera (interpretación de la ilustración) los textos normativos contienen un solo sentido; la ambigüedad, la vaguedad y las interpretaciones encontradas por concepciones ideológicas no es aceptado. Esta teoría parte de la idea de que el texto normativo tiene un “sentido unívoco y susceptible de ser conocido y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos”. Los autores que sostuvieron esta posición fueron principalmente los franceses Demante y Demolombe. Actualmente, es difícil encontrar a alguien que sostenga esta posición.

Para la segunda teoría (el escepticismo realista) todos los textos normativos pueden dar origen a una confrontación “se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos”. Un ejemplo de esta posición se presenta en el autor anglosajón Duncan Kennedy, quien afirma lo siguiente: “si usted me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré, armado de todos estos casos en los que mi experiencia fue, que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política”.

Para la tercera teoría (neocognitivismo contemporáneo) hay textos normativos claros, pero también ambiguos y vagos. Es una especie de teoría intermedia entre la teoría de la interpretación de la ilustración y el escepticismo realista. La mayor parte de autores que se citaran adelante pertenecen a esta posición.

Concretamente esto engloba a la tercera teoría que sobresale como una de las más apropiadas para explicar la importancia de la argumentación. (Moreno, 2012)

3. RACIONALIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES

Dado que “el razonamiento jurídico, es una estructura de pensamiento que no solo incluye elementos de la lógica formal, sino también de la lógica dialéctica, lo que permite vislumbrar la necesidad de un análisis desde la Filosofía del Derecho como de la Teoría General del Derecho. Este tipo de razonamiento pretende alcanzar cierto grado de verosimilitud, al fundarse en argumentos retóricos que lo constituyen y estructuran” (Garate, 2009). El operador judicial no solo debe englobar su motivación en un proceso preestablecido, las circunstancias en las que se dan los casos nunca son las mismas y hay factores importantes que tomar a consideración para la resolución, por esto, se estimará el análisis de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial.

Se entiende por lo dicho que al trastocar la lógica tradicional con lineamiento en la razón y la construcción lógica los criterios se deben enlazar mediante relaciones lógicas, cuya necesidad no se derive del contenido, sino del valor del enlace deductivo. La concepción racionalista se entiende como normas universales, eternas y autosuficientes. Los jueces utilizan este método porque invoca la lógica formal que no es más que un juicio lógico que comienza de (i) la norma general (premisa mayor), lo correlaciona con (ii) un hecho relevante (premisa menor), para tomar una (iii) decisión (conclusión). Es así como, en este caso, el juez no tendría voluntad alguna y sería un proceso netamente mecánico.

Con respecto al dualismo, “a pesar de que las normas positivas sean el resultado de las elecciones libres del legislador, sin un principio objetivo que valide su obligatoriedad y justicia, estas determinaciones no serían sino el resultado del abuso de poder. Este principio de legitimidad de las leyes humanas se encuentra en la propia razón natural; por eso se ha dicho que la justicia de las leyes escritas depende de su grado de conformidad o disconformidad con la norma de la razón, que es la ley de la naturaleza” (Contreras, 2013). Aun no se desvincula del dualismo con respecto al derecho positivo-derecho natural.

“Las soluciones judiciales en el seno de un Estado de Derecho deben tener en cuenta los valores e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto” (Garrido, 2009). Desde esta perspectiva, el derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad constructiva de un mecanismo de seguridad que remita a valores, como la libertad, la seguridad y la igualdad. En

este sentido, por medio de la motivación de las sentencias, se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exegesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

Enfocándose más allá, las razones se deben a la necesidad de garantizar los derechos de quien es parte en un proceso. Un primer grupo de razones se explica por qué es una garantía del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es derivación de una exegesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad. Con respecto a una segunda clase de razones, tendríamos que suscribir que un Estado de Derecho implica que los poderes públicos queden sometidos al Derecho y que los órganos jurisdiccionales ejerzan su control, control que sólo se legitima en la aplicación del Derecho y de ahí la necesidad de que hayan de motivar sus resoluciones. Desde la visión del Estado democrático, lo que se pretende es el convencimiento de las partes y de la opinión pública, por lo que, si el poder judicial emana del pueblo entonces éste debe conocer la forma en la que se ejerce para controlar a sus titulares.

La incidencia de los precedentes en la predecibilidad de las decisiones judiciales se debe ligar principalmente al principio de igualdad, habiéndose de tener en cuenta que casos iguales tengan un tratamiento similar. Su justificación por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación, pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia porque no valoraríamos el contenido y seguir los precedentes no es sólo reiteración, sino apartamiento motivado. La aclaración recae en que lo esencial es el seguimiento justificado, la jurisprudencia se ha de valorar tanto para ser seguida como para separarse de ella con un cambio en el fundamento de su relevancia, puesto que ha pasado de pensarse como atribución de valor relevante a la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y, aún más, el cambio). De esta manera, la explicación se desenvuelve en cuanto la actividad judicial es una actividad práctica de argumentación racional, expresiva de un compromiso entre la predecibilidad de las decisiones y la justicia vinculada a aspectos morales o práctico-generales.

Jurídicamente, cabe asumir que un enunciado judicial general que sirve de justificación a una decisión deberá utilizarse en todas las posteriores que consistan en casos idénticos. Además, llegados a este punto, surge la duda de si podemos sostener que existan dos casos idénticos, y si, en la hipótesis negativa, podríamos concluir que los fallos de esos dos supuestos han de ser diferentes. Más, bajo estas circunstancias, lo que se suele argüir es que, a pesar de que sólo haya relación y no plena identidad porque haya cambiado la realidad, lo normal es que esas modificaciones no se hagan relevantes a tales efectos (Garrido, 2009).

La motivación en las decisiones judiciales, a parte de ser un deber para el poder público, es también un derecho fundamental exigible jurisdiccionalmente. La motivación se repite, es una realidad plural que se dimensiona como deber y derecho. La postura de la mayoría de la cultura jurídica ecuatoriana es contraria a admitir la acción de amparo cuyo objeto sea la tutela de un derecho fundamental lesionado por una actuación del poder judicial.

Ahora bien, no es el único método que ellos pueden utilizar para tomar estas decisiones y tampoco la abundancia en cuanto a exigencias lógicas es suficiente para sostener su legitimidad. Dado que, los jueces no solo realizan una actividad cognitiva neural para la resolución, también deben ser sensibles en relación con la valoración del contexto económico y social.

“Lo de la exactitud y certeza me devuelve a la cuestión del carácter interpretativo del Derecho. Por supuesto que el Derecho no es una ciencia exacta, y por supuesto que la toma de decisiones y el razonamiento jurídicos justificativo carecen del carácter demostrativo que su reconstrucción en forma silogística parecería atribuirles” (MacCormick, 2007).

4. CONCLUSIONES

La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. ¿Cómo el Estado de Derecho se vincula al proceso de la creación de un artefacto

a partir de un hecho social, desarrollado en otras palabras como el sistema jurídico? La creación de instituciones, como se ha mencionado, responde al control tanto político, constitucional, como jurisdiccional del Estado de Derecho, y a su vez, recae en potenciar la estabilidad de una determinada sociedad.

Por otro lado, la argumentación jurídica intenta lograr un equilibrio entre esas dos ideas de consenso. Quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable: “puesto que estamos de acuerdo en X, deberíamos de estarlo también en Y”, además, debería seguir una estrategia de abajo hacia arriba, esto es, evitar en la medida de lo posible que el discurso de justificación llegue a niveles muy profundos, en los que se vean afectados los valores más fundamentales y sea más difícil obtener un consenso.

Se puede concluir que, en este sentido, se lleva a la racionalidad como una herramienta aplicable que el operador judicial puede usar en cuanto se utilice correctamente, conforme a las reglas de la lógica que permitan controlar su validez y motivación interna en la decisión judicial. La racionalidad instrumental es modelo más simple y establece la selección de una acción, por un lado, en virtud de las consecuencias que esta genera y, por otro lado, las preferencias de los individuos respecto de dichas consecuencias. En esta línea, la lógica jurídica y el desarrollo de habilidades y competencias son la clave para demostrar la practicidad del derecho al resolver casos con circunstancias variables y en diferentes contextos.

La tarea de los jueces dentro de un marco de Derecho Constitucional, superador de la idea simple de Estado de Derecho, es fundamental. Amén de la función pública que desarrollan, son ellos, en último término, quienes al adoptar una decisión resuelven un conflicto que puede, en el mejor de los casos, afectar a un individuo, pero como en el caso del Tribunal Constitucional español, también puede afectar a una colectividad e incluso a otros poderes. Así, la labor de justificar las decisiones judiciales juega un papel trascendental, no solo en la concepción del derecho, sino en la concepción misma de la labor de los jueces por parte de la sociedad (Vázquez, 2006).

Discutible es la necesidad de obtener el consenso, lo cual no sucede siempre en el campo del Derecho. Tampoco es determinante la obten-

ción de una decisión justa “aquí y ahora”, sino más bien una decisión razonable adecuada al Derecho vigente y a unos criterios mínimos de racionalidad. Tampoco se puede considerar el mundo del Derecho como un conjunto de aporías, dado que existen multitud de normas, más claras en su contenido algunas que otras, cuya virtualidad práctica depende de los casos concretos en que se haya de aplicar y de la simplicidad o complejidad con que tal caso se presente.

En cuanto a las posturas existentes en el Ecuador hay tres claramente identificables. Dos posturas fundamentadas en dos principios distintos niegan la posibilidad de tutelar, mediante amparo constitucional, cualquier derecho fundamental cuya afectación tenga como origen una actuación del poder judicial. La tercera, en cambio, sí se abre ante esta posibilidad.

Primera Postura

La primera postura, cuyo exponente más relevante es el procurador general del Estado, se la puede retratar en la contestación que este hace de las preguntas del poder legislativo señaladas más arriba. En la contestación argumenta lo siguiente: admitir que el amparo se ejerza contra providencias judiciales, implicaría incertidumbre en la administración de justicia, además de que pondría fin a la vigencia de uno de los postulados básicos de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el principio de cosa juzgada, que se traduce en su carácter de ser inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos; consecuentemente, se considera improcedente que las decisiones judiciales del poder judicial en adelante.

Segunda Postura

La segunda postura es la más difundida en el foro jurídico: detrás del segundo inciso del Art. 95 y 276 de la CPE, se encuentra el principio institucional de la independencia del poder judicial, por lo tanto, sería inadmisibles que un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional invada el ámbito exclusivo de competencia del poder judicial.

Tercera Postura

Una tercera postura, sustentada por el Dr. Jorge Zavala Egas, con la cual básicamente estamos de acuerdo dice: sólo no es susceptible de afectar mediante la acción de amparo el fondo de Derecho resuelto, en términos de legalidad ordinaria, por una actuación judicial, esto es, la materia litigiosa decidida en una providencia no puede ser objeto de amparo. La vulneración del derecho fundamental, sí. (Luque, 2006)

Conforme a una concepción positivista, la parte dispositiva de una sentencia, para estar justificada, debe poder inferirse formalmente a partir de las premisas invocadas por el propio juez. Es decir, la justificación de la resolución final del juez está asociada a la realización de un argumento práctico, en sentido lógico, en el que las disposiciones jurídicas aplicables constituyen premisas normativas suficientes para justificar la conclusión. Esta propuesta positivista ha dado lugar a dos fuertes críticas. La primera de ellas, en la que no me detendré aquí, señala la inaplicabilidad de un argumento práctico, en sentido lógico. La segunda, que trataré de analizar en los párrafos que siguen, señala la necesidad de recurrir a normas morales para que la justificación sea válida.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benedicto XVI (2011) J; Margenat S.I.; Hedwigh Marzolf; J Senent (Coment.) Sobre los fundamentos del Estado liberal de derecho discurso ante el Parlamento de la República Federal Alemana, Berlín 22 de septiembre de 2011, en *Revista de Fomento Social* nº 263 (julio-septiembre), pp. 545-559

Castro, N. (2008). Poder Constituyente Y Estado De Derecho. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (24).

Contreras, S. (2013). Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación. *Kriterion: Revista de Filosofía*, 54.

Dermizaky, P. (2000). Estado de Derecho y Buen Gobierno. *Revista Ius et Praxis*, 6 (2), 151.

Fernández, G. (2011). Una Mirada A La Argumentación Jurídica Desde La Lógica Aristotélica. *Revista de Ciencias Jurídicas* (126), 33.

Figueroa Navarro, A. M., & Huayta Rodríguez, M. E. (2011). *Dedución y Didacticismo: Reflexiones Sobre Su Funcionalidad En La Decisión Judicial*. UNIFR.

Flórez, D. (2011). Derecho y Sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle. *Revista de Derecho* (35), 1-31.

Garate, R. M. (2009). El razonamiento jurídico. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*.

Garrido, M. I. (2009). La Predecibilidad De Las Decisiones Judiciales. *Ius et Praxis*, 15 (1).

Himma, K. E. (2014). *Positivismo jurídico incluyente. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 8.

Lancheros, J. (2009). Del Estado Liberal al Estado Constitucional. *DIKAION* (18).

Luque, E. L. (2006). La Motivación De Las Decisiones Judiciales Y El Amparo Constitucional: Una Salida A La Crisis Institucional Del Poder Judicial En El Ecuador. 1. *Revista Jurídica de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil* (1).

MacCormick, N. (2007). “La argumentación silogística: una defensa matizada”. *Revistas - DOXA* (30).

Meza, E. (2006). Argumentación e interpretación jurídica. *Revista Del Instituto De La Judicatura Federal*, 91-113.

Moreno, R. (2012). “Argumentación Jurídica, Por Qué Y Para Qué* Legal Argumentation, Why? And What For?” *Revista del III, Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (133).

Rosales, F. J. (2010). *LOGICA JURIDICA: Instrumento indispensable para el juez y el abogado litigante*. Guatemala: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Rafael Landívar.

Vázquez, O. (2006). La Argumentación Jurídica En El Tribunal Constitucional Español: Los Casos Fáciles, Difíciles... Trágicos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (9).

Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* (20).

Recibido: 09/08/2017

Aprobado: 14/11/2019

María Isabel Ruiza Vaca: Investigadora jurídica independiente

Correo electrónico: isaabelruiz12@gmail.com