

INTRODUCCIÓN A
LA ARGUMENTACIÓN
CONSTITUCIONAL

PIERLUIGI CHIASSONI

INTRODUCCIÓN A
LA ARGUMENTACIÓN
CONSTITUCIONAL



341.4
Ch44

Chiassoni, Pierluigi
Introducción a la argumentación constitucional / Pierluigi Chiassoni; 1.ª ed. – Lima:
Palestra Editores, CICAJ PUCP; 2024.
590 pp.; 14.5 x 20.5 cm.
D. L.: 2024-11892
ISBN: 978-612-325-528-2
1. Derecho ; 2. Argumentación jurídica ; 3. Metodología jurídica ; 4. Interpretación.

INTRODUCCIÓN A LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Pierluigi Chiassoni

Primera edición, noviembre 2024

© 2024: PIERLUIGI CHIASSONI

© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Príncipe de Vergara 33 / 5.ª IZDA. 28001, Madrid, España
Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© 2024: Pontificia Universidad Católica del Perú

Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Telf. (+511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Impresión y encuadernación:

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú
Noviembre, 2024

Cuidado de estilo y edición:

HILDA ROJAS SINCHE Y JESÉ DAVID ARIAS AGUILA

Diagramación:

Enrique Toledo Navarro

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-11892

ISBN: 978-612-325-528-2

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

CONTENIDO

PREMISA.....	19
--------------	----

PARTE I CONCEPTOS

Capítulo 1

CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO	27
1. Dos problemas	28
2. La concepción convencionalista	31
3. Crítica de la concepción convencionalista.....	33
4. La concepción logicista	37
5. Crítica de la concepción logicista	41
5.1. No deducibilidad: una condición dudosa	41
5.2. Precisión vs. modificación de normas: ¿una distinción acertada?.....	45
5.3. Definiciones modificativas y creación de normas	48
5.4. Algunas notas conclusivas.....	49
6. La concepción operacional	51
7. Crítica de la concepción operacional	58
7.1. “Disposición nueva”	58
7.2. “Norma nueva”	60
7.3. Creación de enunciados no-normativos.....	61
7.4. Algunas precisiones acerca del modelo aritmético	63

CONTENIDO

8.	La concepción pragmática	63
8.1.	Productos de la “creación judicial de derecho”	65
8.2.	Formas y valor institucional de las creaciones judiciales de derecho	67
8.3.	Cómo medir la creatividad interpretativa	70
9.	Algunas consideraciones acerca del problema de la oportunidad teórica	73

Apéndice al Capítulo 1

“CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO”:

	SINOPSIS DE UNA INVESTIGACIÓN CONCEPTUAL	77
1.	Concepción convencionalista	77
2.	Concepción logicista	78
3.	Concepción operacional	78
4.	Concepción garantista	81
5.	Concepción pragmática	82

Capítulo 2

	DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	85
1.	Un fenómeno elusivo	86
2.	“Discrecionalidad judicial”: seis documentos ejemplares	88
2.1.	El Código Penal italiano	88
2.2.	Hart	89
2.3.	Ferrajoli	91
2.4.	Lifante Vidal	92
2.5.	Dworkin	92
2.6.	Caracciolo	93

CONTENIDO

3. Discrecionalidad como libertad psicofísica: una noción dudosa.....	95
4. Discrecionalidad como fenómeno normativo: una noción incierta	97
5. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “poder” (discrecionalidad judicial-poder, discrecionalidad judicial-P)	99
6. Explicación de la discrecionalidad judicial en términos de “deber” (discrecionalidad judicial-deber, discrecionalidad judicial-D)	104
7. Discrecionalidad-D: algunas nociones específicas	109

Apéndice al Capítulo 2

NUEVE NOCIONES DE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	115
1. Discrecionalidad judicial-Poder (noción P)	115
2. Discrecionalidad judicial-Deber (noción D).....	116
3. Discrecionalidad judicial-D clasificatoria.....	117
4. Discrecionalidad judicial-D interpretativa	118
5. Discrecionalidad judicial-D concretizadora	119
6. Discrecionalidad judicial-D integradora	119
7. Discrecionalidad judicial-D resolutoria	120
8. Discrecionalidad judicial-D en la identificación de lagunas	120
9. Discrecionalidad judicial-D en la identificación de antinomias.....	121

Capítulo 3

CORRECCIÓN INTERPRETATIVA.....	123
--------------------------------	-----

CONTENIDO

1.	Una disputa persistente	123
2.	Cinco factores causales	125
2.1.	El fluir constante de la condición humana.....	126
2.2.	La infiltración ideológica	126
2.3.	El simplismo teórico	127
2.4.	El reduccionismo teórico.....	129
2.5.	La inadecuación terminológico-conceptual.....	131
3.	Tres concepciones de la interpretación.....	132
4.	Algunas nociones de corrección interpretativa	135
5.	La corrección interpretativa según el Noble Sueño	145
6.	La corrección interpretativa según la Pesadilla	148
7.	La corrección interpretativa según la Vigilia	151

PARTE II TEORÍAS E IDEOLOGÍAS

Capítulo 4

NEOCONSTITUCIONALISMO, POSITIVISMO JURÍDICO, MODERNIDAD.....	161
---	-----

1. Una exploración cultural	161
-----------------------------------	-----

I. Aclaraciones preliminares

2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo	163
2.1. “Constitucionalismo”	163
2.2. “Neoconstitucionalismo”	175
2.3. “Constitutionalism”, “neoconstitucionalismo”: conjeturas acerca de una diferencia terminológica	178

CONTENIDO

2.4. Constitucionalismo moderno, constitucionalismo contemporáneo	181
3. Modernidad	184
3.1. Bobbio, o la modernidad frente a normas y valores morales.....	185
3.2. Bentham, o la modernidad frente a la relación entre derecho y moral	188

II. Neoconstitucionalismo y modernidad

4. Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista, modernidad.....	189
4.1. Constitucionalismo garantista y modernidad.....	190
4.2. Constitucionalismo principialista y modernidad	192
5. ¿Cuál objetivismo moral para el neoconstitucionalismo?	193
6. Derecho y moral: ¿Conexión o separación?.....	199
6.1. Constitucionalismo garantista y separación entre derecho y moral	199
6.2. Constitucionalismo principialista y conexión necesaria entre derecho y moral.....	207
6.2.1. El argumento parasitario	208
6.2.2. El argumento alexyano	210
6.2.3. El argumento del convencionalismo conceptual	212

III. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico

7. Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista, positivismo: una advertencia preliminar	222
8. Cuatro epistemologías jurídicas	224

CONTENIDO

8.1. Positivismo epistemológico no-analítico	224
8.2. Positivismo epistemológico analítico	224
8.3. Constitucionalismo principialista epistemológico	226
8.4. Constitucionalismo garantista epistemológico	227
9. Cuatro teorías del derecho	229
9.1. Dos caras del positivismo teórico	229
9.2. Constitucionalismo principialista teórico	231
9.3. Constitucionalismo garantista teórico	232
10. Positivismos, constitucionalismos e ideologías del derecho	236
10.1. Positivismos ideológicos	236
10.2. Constitucionalismo principialista ideológico	237
10.3. Constitucionalismo garantista ideológico	238
11. Algunas conclusiones	241

Capítulo 5

LA TRAMPA DEL ANTIPOSITIVISMO	245
1. Un ataque sin cuartel	246
2. Positivismo	247
2.1. Positivismo epistemológico	249
2.2. Positivismo teórico	253
2.3. Positivismo ideológico	254
2.4. Positivismo metafilosófico y metadoctrinal	255
2.5. Positivismo metaético	258
3. Antipositivismo	259
3.1. Antipositivismo epistemológico	259

3.2. Antipositivismo teórico	261
3.3. Antipositivismo ideológico	268
3.4. Antipositivismo metafilosófico y metadoctrinal	268
3.5. Antipositivismo metaético	269
4. Repetición o insensatez: un dilema para los antipositivistas	272

Capítulo 6

EL TEXTUALISMO RAZONABLE: UNA TENTACIÓN RESISTIBLE	275
1. Premisa	275
2. Algunas definiciones.....	276
3. Una <i>Methodenstreit</i> ejemplar.....	282
4. Palabras resbaladizas	284
5. La doctrina del textualismo razonable.....	285
5.1. Supuestos y principios.....	286
5.1.1. Principio de supremacía del texto constitucional.....	288
5.1.2. Principio de interpretación contextual-originalista	289
5.1.3. Principio de utilización prudente de los cánones y reglas de interpretación vigentes	294
5.1.4. Principio stare decisis	294
5.1.5. Principio de austeridad.....	297
5.2. Textualismo <i>über alles</i>	298
5.2.1. Crítica del literalismo estricto.....	299
5.2.2. Crítica del intencionalismo	300
5.2.3. Crítica del evolucionismo.....	301

6.	El textualismo razonable en tela de juicio	307
6.1.	Textualismo razonable y democracia constitucional	307
6.2.	Una objetividad metodológica dudosa.....	309
7.	Una tentación resistible	317

Capítulo 7

	PRINCIPIOS Y TÉCNICAS PARA UN ANÁLISIS REALISTA DE LA CONSTITUCIÓN	327
1.	Hacia una doctrina constitucional realista	328
2.	Un curso innovador	328
3.	El tema del curso.....	330
4.	El rechazo del modelo dogmático	332
5.	Los principios del modelo realista.....	338
6.	Las herramientas del modelo realista: premisas metodológicas.....	344
7.	Análisis del discurso constitucional.....	348
7.1.	Análisis estructural del documento constitucional	349
7.2.	Análisis histórico-comparativo del documento constitucional.....	350
7.3.	Interpretación literal-conjetural de la base disposicional e identificación de la base normativa cero	351
8.	Análisis del discurso legislativo de ejecución	354
8.1.	Identificación de la base legislativa.....	354
8.2.	Identificación de las interpretaciones constitucionales (base normativa uno) y de las líneas de política constitucional del parlamento y del gobierno	355

CONTENIDO

9. Análisis del discurso jurisprudencial	356
9.1. Identificación de la base jurisprudencial	358
9.2. Análisis dogmático de la base jurisprudencial e identificación de la base normativa dos	359
9.3. Análisis político de la base normativa dos	360
9.4. Periodización dogmática de la base normativa dos	361
9.5. Periodización política y de la base normativa dos	362
9.6. Racionalización dogmática de la base normativa dos	363
9.7. Racionalización política de la base normativa dos y comparación con otros formantes	363

PARTE III HERRAMIENTAS

Capítulo 8

LA BALANZA INEXISTENTE	367
1. La edad de la ponderación	367
2. Algunos problemas para una teoría de la ponderación judicial	368
3. El problema conceptual	369
3.1. Ponderación-técnica	370
3.2. Ponderación-principio	370
3.2.1. Principio genérico y principios específicos de ponderación por prevalencia	374
3.3. Ponderación-actividad	383
3.4. Ponderación-resultado	384

3.4.1. La estructura lógica del razonamiento ponderativo en las antinomias entre principios constitucionales.....	385
3.5. Disipaciones de la metáfora.....	388
4. La doctrina Aleinikoff.....	393
4.1. El problema conceptual.....	394
4.2. La crítica interna.....	398
4.3. La crítica externa.....	401
4.4. Para un mundo sin ponderación.....	404
5. La teoría especificacionista.....	406
5.1. La ponderación (impropia) en la fase del modelo simple.....	409
5.2. La ponderación (impropia) en la fase del modelo complejo.....	418
5.3. Una defensa del modelo alexyano de ponderación.....	428
5.4. La concepción especificacionista en la tela del caso <i>Ser.com</i>	432
5.5. El moderado particularismo del modelo especificacionista.....	436
A. Particularismo (más) radical.....	437
B. Particularismo moderado.....	438
C. Celano vs. Moreso.....	441
D. Algunas notas al margen.....	444
6. Esplendores y miserias de la ponderación.....	446
6.1. Esplendores de la ponderación.....	447
6.1.1. Problemas estructurales (¿Qué es ponderar?).....	448

CONTENIDO

6.1.2. Problemas de las ocasiones (¿Cuándo ponderar?)	453
6.1.3. Problemas de racionalidad (¿Es la ponderación algo de razón?).....	455
6.2. Miserias de la ponderación	458
6.2.1. La ponderación es arbitraria	458
6.2.2. La ponderación es peligrosa.....	461
6.2.3. Principialismo vs. interpretacionismo	462
6.3. Réplicas y contrarréplicas	464
6.3.1. Primera exageración	464
6.3.2. Segunda exageración	466
7. Algunas conclusiones.....	469

Capítulo 9

BREVIARIO DE ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.....	473
1. Nota breve sobre la estética de la argumentación constitucional.....	473
2. Disposición constitucional, norma constitucional expresa, interpretación clasificatoria, argumentación clasificatoria	475
3. Herramientas de argumentación clasificatoria.....	477
3.1. Una tipología de normas constitucionales.....	478
3.2. Conocimientos e ideologías acerca de la constitución fuente.....	480
3.3. Un código clasificatorio.....	481
4. Interpretación constitucional textual	487
5. Argumentación interpretativa.....	488

CONTENIDO

6. Códigos interpretativos	491
7. Lagunas constitucionales	498
8. Lagunas constitucionales en sentido propio, textuales, metatextuales	500
9. Códigos de integración constitucional y argumentación integrativa	505
10. Lagunas constitucionales axiológicas	510
11. Antinomias constitucionales en sentido genérico, en sentido propio, en sentido impropio	513
12. Antinomias constitucionales lógicas v. no-lógicas	515
13. Antinomias constitucionales lógicas	516
13.1. Antinomias por contradicción, antinomias por contrariedad	517
13.2. Antinomias por superposición integral expresa, por inclusión, por intersección	519
13.3. Antinomias simples, antinomias complejas.....	521
14. Antinomias constitucionales no lógicas	524
14.1. Antinomias de competencia	525
14.2. Antinomias instrumentales absolutas.....	526
14.3. Antinomias instrumentales relativas	526
14.4. Antinomias teleológicas.....	527
14.5. Antinomias axiológicas.....	529
15. Identificar y resolver antinomias: códigos identificatorios y códigos resolutorios	530
15.1. Códigos identificatorios	532
15.2. Códigos resolutorios.....	533

CONTENIDO

16. Un código garantista para identificar antinomias constitucionalmente relevantes	535
16.1. Cuatro meta-reglas identificatorias	535
16.2. Cinco reglas de identificación.....	536
17. Un código garantista para resolver antinomias constitucionalmente relevantes	542
18. Un código garantista para resolver antinomias constitucionales en sentido propio.....	543
19. Regla de especificación, principio de ponderación por prevalencia, principio de ponderación por conciliación, principio de proporcionalidad	554
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	559

PREMISA

“[I] costituzionalisti (parlo di quelli antichi) [...] credono di aver risolto il problema del potere affermando che al di sopra del potere c'è (o ci deve essere) il diritto. E se non c'è? E se c'è, ma il potente di turno non lo rispetta? E poi che cosa è questo diritto che i potenti messi al vertice della scala del potere interpretano a loro modo, creando vere e proprie svolte nella politica di un Paese (come ha fatto nel corso della sua storia ormai secolare la Suprema Corte degli Stati Uniti)?”

N. Bobbio¹

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el advenio del Estado constitucional en muchos países del mundo, la implementación de la justicia constitucional, la demanda generalizada de una protección adecuada para los derechos fundamentales y el consecuente descubrimiento o redescubrimiento de las constituciones como fuentes supremas de derecho al interior de las experiencias y culturas

¹ Bobbio, 1963, p. 164.

jurídicas nacionales, han puesto la argumentación constitucional al centro de la atención de los filósofos del derecho.

Una operación de argumentación constitucional consiste en elaborar y proporcionar razones en aras de sostener, según los casos, la corrección o incorrección constitucional de cierta manera de clasificar una cierta entidad jurídica (por ejemplo, un enunciado al interior del texto constitucional), de interpretar una disposición constitucional, de identificar normas constitucionales implícitas, de identificar e integrar lagunas constitucionales, de identificar y solucionar antinomias constitucionales.

Según el papel institucional de quien argumenta, es posible destacar tres formas de argumentación constitucional: judicial, doctrinal, forense.

La argumentación constitucional es judicial cuando es realizada por jueces. En particular, por los jueces de los tribunales o cortes constitucionales al interior de sentencias, órdenes u otras medidas motivadas.

La argumentación constitucional es doctrinal, en cambio, cuando es realizada por juristas al interior de ensayos, tratados, comentarios, notas a sentencia, etc.

La argumentación constitucional es, en fin, forense, cuando la despliegan las abogadas y abogados: en particular, los que tratan causas frente a cortes o tribunales constitucionales.

Este escrito se ocupará prevalentemente de la argumentación constitucional judicial.

Si nos preguntamos por los ingredientes que típicamente se combinan en toda actividad de argumentación constitucional, parece menester destacar (por lo menos) siete, a saber: documental, jurisprudencial, doctrinal, teórico, conceptual, metodológico e ideológico.

El *ingrediente documental* consiste en textos normativos: en particular, antes que nada, en enunciados que pertenecen a la constitución o a leyes constitucionales.

El *ingrediente jurisprudencial* se presenta, antes que nada, en la forma de opiniones judiciales acerca de las normas expresas o implícitas que formarían el derecho constitucional y de las argumentaciones desarrolladas a favor de dichas opiniones.

El *ingrediente doctrinal* consiste, análogamente, en opiniones de juristas acerca de las normas constitucionales existentes y de la manera correcta de entender los institutos del derecho constitucional vigente, así como en las argumentaciones utilizadas para sostenerlas.

El *ingrediente teórico* se compone de teorías (generales) del derecho y de la constitución, que habitualmente se proponen, entre otras cosas, arrojar luz sobre la “realidad del proceso judicial” con particular atención a la jurisdicción constitucional, proporcionando a los operadores jurídicos un aparato de tesis verdaderas y de conceptos útiles para comprender dicha realidad y actuar racionalmente en ella.

El *ingrediente conceptual* consiste en cierto aparato de términos y conceptos: en una cierta “máquina terminológico-conceptual”. Aunque en muchos contextos parezca vivir de vida propia, aunque se suponga a veces una cierta cual autonomía de lo conceptual, este ingrediente depende estrictamente de tesis teóricas, tesis doctrinales, opiniones judiciales e ideologías.

El *ingrediente metodológico* se compone, de vez en cuando, de un conjunto finito de reglas de “método jurídico” —clasificadoras, interpretativas, identificatorias, de integración, de resolución de antinomias— que representan las directivas, frecuentemente implícitas, a partir de las cuales los operadores formulan sus argumentaciones constitucionales en aras de justificar cierta clasificación constitucionalmente relevante de una cierta entidad jurídica, o bien los

productos de ciertas operaciones de interpretación, identificación e integración de lagunas, identificación y resolución de antinomias, relativas al derecho constitucional vigente.

En fin, el *ingrediente ideológico* consiste en las piezas de la ideología jurídica que el operador que lleve a cabo una operación argumentativa trae inescapablemente a colación. Una ideología jurídica es una visión normativa comprensiva acerca del derecho en general, de la constitución vigente, del papel “apropiado” del control de constitucionalidad, de la manera “apropiada” de leer el texto constitucional, etc. Aunque permanezcan a menudo en el trasfondo de su obrar, estas piezas dictan las directrices invisibles de las cuales depende, en última instancia, la identificación de la solución correcta y de las herramientas y recursos argumentativos adecuados.

Los capítulos siguientes tratarán, de una manera introductoria y rapsódica, de algunos especímenes de ingredientes teóricos, conceptuales, metodológicos e ideológicos.

Se suele pensar en la argumentación constitucional como una actividad que acompaña operaciones judiciales que tienen a menudo un carácter creativo, o bien que son (eminentemente) discrecionales, y que, sin embargo, se caracterizarían también por una pretensión de corrección jurídica.

Se suele pensar en la argumentación constitucional como una actividad que depende de una manera relevante de las teorías e ideologías jurídicas de los jueces: de sus creencias y visiones axiológicas acerca del derecho, de la democracia, de los derechos fundamentales, de la constitución.

En fin, se suele pensar en la argumentación constitucional como una actividad que los jueces llevan a cabo empleando un cierto abanico de herramientas.

En relación con dichas maneras de pensar, la presente *Introducción* se articulará en tres partes.

La primera parte (“Conceptos”) será dedicada a tres problemas, según me parece, de primaria importancia teórica y práctica. Me refiero al problema de la “naturaleza” de la llamada “creación judicial de derecho” (¿qué es creación judicial de derecho?), al problema de la “naturaleza” de la llamada “discrecionalidad judicial” (¿qué es discrecionalidad judicial?) y, por último, al problema de la corrección en la interpretación (¿qué es corrección interpretativa?) (capítulos 1, 2 y 3).

La segunda parte (“Teorías e ideologías”) proporcionará un recorrido por algunas teorías e ideologías relativas al Estado constitucional de derecho (capítulos 4-7).

La tercera y última parte (“Herramientas”) intentará proporcionar una reseña de algunos de los instrumentos que, aquí y ahora, se utilizan al argumentar la manera correcta de abordar y resolver problemas de interpretación y aplicación del derecho constitucional (capítulos 8 y 9).

Dedico este escrito a la querida memoria de mis padres, Elmina y Gaetano. Y, naturalmente, a Mik y Josy, el presente y el futuro.

Genova-Monterosso, octubre de 2024