ISSN INTERNATIONA STANDARD SERIAL NUMBER 2617-7072

POSICIÓN DE MANUEL ATIENZA FRENTE A LOS PRINCIPIOS Y A LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN

Rolando Pelaez Ayala
Magister en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional

Tabla de Contenido

1.Introducción.
2. Lusnaturalismo y Positivismo.
3. Teoría de la ponderación
4. Reflexión final. Bibliografía

Introducción. -

Manuel Atienza es un reconocido filósofo y jurista español, catedrático de filosofía del derecho en la Universidad de Alicante y miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

Atienza ha realizado importantes aportes a la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la argumentación jurídica, así como también ha sido un crítico de la teoría del derecho natural y el iuspositivismo, corrientes filosóficas que se ocupan del estudio del derecho.

Entre sus obras más destacadas se encuentran "Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica" (1991), "El sentido del derecho" (1995), “Curso de argumentación jurídica" (2006).

En su obra, Atienza ha abordado tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico. Según este autor, el iusnaturalismo es una teoría que defiende la existencia de un derecho natural que existe por encima de las leyes positivas, y que sirve como base para juzgar la validez y justicia de las normas jurídicas. Esta teoría sostiene que hay principios universales y eternos que deben ser respetados por todas las leyes y que, en caso de conflicto, deben primar sobre estas últimas.

Por otro lado, el positivismo jurídico sostiene que el derecho es un fenómeno social y que su validez depende exclusivamente de su origen en el sistema jurídico positivo de un Estado. Según esta teoría, no existe un derecho natural y los

En el presente documento se abordará el estudio del aporte que realiza Atienza en relación al iusnaturalismo y positivismo, así como referente a la teoría de la ponderación.

Lusnaturalismo y Positivismo. -

Atienza se ha manifestado sobre la polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, señalando que este debate puede analizarse desde diferentes niveles y perspectivas, de manera que ambos términos suelen usarse con significados extremadamente distintos. Los iusnaturalistas, a lo largo de su historia milenaria, parecen haber estado de acuerdo en afirmar lo siguiente:

1) Que además y por encima del derecho positivo (ley humana) existe un derecho natural, esto es, un conjunto de normas o principios válidos para todos los tiempos y lugares.

2) Que el derecho positivo solo es tal si concuerda, mínimamente en sus principios fundamentales, con el derecho natural, es decir, si es justo. En otro caso no pasa de ser apariencia en el derecho, corrupción de ley, etc.

Por el contrario, para los iuspositivistas, las afirmaciones clásicas serían:

1) Que el derecho es simplemente el o más bien los derechos positivos, entendiendo por tales los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto a fenómenos sociales y variables históricamente.

2) Que, en consecuencia, la clasificación de algo como derecho es independiente de su posible justicia o injusticia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Hay una clara identificación entre la idea de justicia sobre el derecho natural, aunque aclara que al haber diferentes concepciones de justicia, no se pueden identificar todos los principios de justicia como derecho natural (Atienza, 2012). Sostiene que si parte de un concepto de derecho sin referencia a la justicia o la moral, se corre el grave riesgo de no comprender o dejar de lado aspectos sobresalientes. Son ideas morales o de justicia las que determinan, en muchos casos, la aparición de normas jurídicas, o las que llevan al juez a tomar una u otra decisión.

Para Atienza existe una concepción necesaria entre el derecho y la moral (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012). Considera que existe una amplia zona de coincidencia que se explica por la existencia de ciertas reglas de conducta que toda organización social que tiene que contener para ser viable y a la que Hart llama contenido mínimo de derecho natural.

A diferencia de otros iusnaturalismos de tipo más ortodoxo, postula un pluralismo moral. La moral es un fenómeno esencialmente pluralista y el derecho siempre refleja algún tipo de moral vigente en la sociedad.

En la búsqueda de qué debe ser el derecho y cuándo un derecho es justo, se traslada al campo de los valores. ellos son cualidades que se predican de ciertas cosas, personas o acciones. Asimismo, asigna a los valores las características de polaridad (bueno - malo) y de jerarquía.

La justicia es del valor jurídico por antonomasia, aunque reconoce las dificultades para conceptualizar el término justicia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012). Como valor social, la justicia específicamente jurídica. Ese criterio para valorar un sistema jurídico; en otras palabras, vendría a ser la especificación de los valores morales, es decir aquellos que hacen referencia a relaciones, normas o actos jurídicos.

Junto con la justicia actúan en otros valores, como la igualdad, la libertad o la seguridad. Sobre las diversas concepciones de justicia y la dificultad de agrupar todas las doctrinas del derecho natural, Atienza considera que, si bien hay dios naturalismo se lo puede detallar como un descriptivimismo hola ético y cognoscitivo, ambas expresiones son vastas; primero, porque no hay un solo descriptivismo ético, y luego, porque hay diferentes niveles de cognitivismo. Sin embargo, identifica características en común entre los diferentes tipos de iusnaturalismo, a saber:

1) Los gustos se identifican con una serie de principios que deriva de la naturaleza y que son cognoscibles por el hombre.

2) Estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza.

3) Alguno de estos principios tiene carácter inmutable y universal.

El iusnaturalismo, señala, ha estado presente a lo largo de la historia por algunos caracteres que le han permitido sobrevivir. En primer lugar, porque los valores que recogen no se encuentran únicamente en el derecho positivo, si no que suministra una vía para criticar el derecho positivo y justificar la desobediencia a los mandatos de la autoridad que se desvíen del derecho natural.

En segundo lugar, se refiere al carácter blando que tiene la ideología del derecho natural, argumento importante para justificar su gran fortuna histórica. Lo que tienen en común los naturalistas es saber fundado de manera análoga norma y principio de justicia y con frecuencia contrapuestos. De ahí que puedan distinguirse dios naturalismo conservadores (Tomás de Aquino) o reformistas (Rousseau).

Luego, en tercer lugar, habría una razón psicológica que explicaría el fuerte atractivo de la doctrina iusnaturalista. la creencia en una ley natural, fija e inmutable, satisface el ansia de encontrar algo seguro, sólido. por último, la palabra naturaleza tiene un valor emotivo muy grande, de manera que es apta para el uso persuasivo del lenguaje jurídico y político, en el que la calificación de natural tiene comúnmente el mismo significado que bueno o correcto.

en materia de principios, considera a estos como normas de mandato y los clasifica de la siguiente manera:

1) Principios en el sentido estricto y normas pragmáticas, los primeros que expresan valores de una comunidad y lo segundo que son contenidos en la constitución.

2) Principios en el sistema primario o sistema del súbdito y principios en el sistema secundario o el sistema del juez.

3) Principios explícitos (formulados expresamente) e implícitos (interpretación de las normas)

Atienza establece que entre los principios y las reglas hay una triple distinción: estructural, funcional y política.

La distinción estructural es aquella en la que los principios son enunciados qué se correlacionan con casos genéricos, con una calificación normativa pero en ellos no está fijada las condiciones de aplicación, sino la conducta prohibida. Las reglas son cerradas, es decir, tienen un conjunto finito de propiedades. Los principios, en sentido de directrices o normas programáticas, configura condiciones abiertas de aplicación, como el modelo de conducta prescripta.

Desde el punto de vista funcional, las reglas de acción y las definen son perentorias e independientes del contenido; perentorias, porque constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida y de segundo orden para suprimir argumento por parte del destinatario, a favor o en contra de la acción que se debe realizar. Las reglas de fin se diferencian de las de acción por trasladar al destinatario el control de las consecuencias de la conducta.

En el sistema de principios explícitos e implícitos, lo primero son razones para la acción, pero no perentorios (no excluyen la deliberación del órgano jurisdiccional y deben ponderar su aplicación); en cambio, los implícitos, si bien son razones para la acción, no son perentorios y tampoco independientes de los contenidos (se ponderan en relación con las reglas y los principios).

Ante los principios de primer orden, a diferencia de los secundarios, la gente no justifica su comportamiento conforme a las reglas, porque son razones perentorias. Los principios operan como razones de primer orden; son ponderados frente a otros.

En sentido estricto, los principios operan como razones de corrección; son razones finales en la consideración del sujeto. en cambio, las directrices son razones para la acción de tipo utilitario.

En materia política, Atienza considera que las relaciones de las normas jurídicas con el poder se dan de la siguiente manera:

a) Las normas jurídicas son manifestaciones de poder y de intereses

b) Las normas jurídicas son relaciones de poder

c) El ejercicio del poder produce alteraciones en las relaciones de poder y los intereses sociales.

Las normas jurídicas serían estructuras de poder que afectan a intereses de individuos o grupos sociales y deberían articular los intereses entre los grupos e individuos, por medio de las reglas de acción y sin necesidad de ponderación. Pero, frente a conflictos que pueden suscitarse entre intereses, las reglas de acción no son suficientes, por cuanto se deben estar establecer reglas de fin y directrices, para establecer límites en la ponderación de intereses.

Frente a las directrices están los principios en sentido estricto, qué son los valores que recogen las normas y que deben prevalecer ante cualquier interés que pueda dañar los. Los valores serían razones categóricas que pueden resolver conflictos ponderando los valores en juego.

Es importante destacar, como el autor señala, que en materia de principios implícitos, estos pueden encubrir valores e intereses en el ordenamiento jurídico por las relaciones de poder, lo que se pone de relevancia con el análisis ideológico del derecho. También puede advertirse la contracción que puede haber entre estos principios y el ordenamiento jurídico.

Teoría de la Ponderación.-

La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

Como ya se manifestó anteriormente Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible. Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida como ser una ley, una sentencia, que limita un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad . El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas .

La estructura de la ponderación, siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: “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”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso.

Las tres variables son:

1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto;

2) el peso abstracto de los principios relevantes;

3) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate, entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (Alexy, 2007) .

La teoría más acreditada de la ponderación es la sostenida por Robert Alexy, cuyos elementos esenciales se ha presentado anteriormente. Era necesario remitirse a este autor, porque las referencias al mismo y a muchos de los conceptos por él utilizados son hoy de uso frecuentísimo por parte de muchos tribunales latinoamericanos; de manera que sin tener esos elementos teóricos en cuenta, se haría difícil entender muchas de esas argumentaciones (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

En opinión de Atienza (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012), las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico.

Es decir, lo que él llama la "fórmula del peso", con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc.

Por ello, Atienza, sugiere seguir la teoría de Alexy en su uso más pragmática y no en su excesivo afán sistematizador.

De acuerdo a Atienza, se debe ponderar en el caso en que dos principios vayan en direcciones opuestas, para ello, en ese caso el juez se puede encontrar en una situación en la que 1) no hay una regla que regule el caso ; 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada, esto es, hay lo que cabría llamar una laguna axiológica ; 3) o bien, simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

Lo importante es darse cuenta de que la ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, como queda plasmado en la primera premisa del esquema de lo que se ha llamado la "ponderación en sentido estricto". Y lo que tiene que hacer el que pondera es preguntarse si está justificado recurrir a la ponderación.

En cuanto a si puede evitarse la ponderación, la respuesta, sería que, al menos en muchos casos, sí; desde luego, podría hacerse cuando se trata de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas. Pero lo que habría que plantearse, la pregunta que realmente importa, es si resulta conveniente hacerlo. Sin embargo, evitar recurrir a una ponderación, y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una seña del principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016) .

Como ya se ha precisado, Manuel Atienza mantiene una posición antagónica a la de García Amado, en relación a los principios y a la ponderación. En primer lugar, Manuel Atienza considera que los principios son una pieza fundamental de los derechos y más todavía de los derechos del Estado Constitucional y de acuerdo a este teórico, esta es tesis imposible de no sostener, puesto que los principios son muy importantes en el contexto de la Justicia Constitucional, ya que al revisar la Constitución de cualquier se puede ver un número importantísimo de los enunciados de los artículos, incluso los más importantes, son precisamente principios (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

De acuerdo a Manuel Atienza, existe una falacia de la falsa oposición entre principios y reglas, ya que muchas veces se plantea la cuestión como si en el derecho se tuviese dos opciones: ser partidario de los principios o ser partidario de las reglas o de un derecho basado en principios o más bien un derecho que pivota sobre la regla, Atienza cree que esto es absolutamente falso, ya que en el derecho se necesita tanto principios como reglas, tanto es así que no sería posible abordar cualquier problema jurídico sin manejar tanto reglas como principios. Entonces el problema teórico y práctico no es el de optar por principios o reglas sino el de cómo combinar los principios y las reglas, esta es una matización muy importante (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012) .

Así mismo, se debe tener en cuenta que el derecho es un fenómeno muy complejo, en el cual no solamente convergen reglas y principios sino, que existen otros tipos de enunciados que mejor no encajan como pueden ser los valores, como pueden ser las definiciones, donde se tendría la incerteza sobre si es un principio o es una regla no digamos. Por otro lado los enunciados jurídicos no son solamente los enunciados del legislador, también se debe incluir todo lo que es el lenguaje de los juristas. Por lo tanto, el derecho es un fenómeno extraordinariamente complejo y los principios constituyen una pieza particularmente relevante pero efectivamente no es la única y solamente se pueden entender los principios en relación con las otras piezas.

Entonces, partiendo de la premisa de que en el derecho existen principios y juegan un papel muy fundamental, porque si solo existieran únicamente reglas se conseguiría satisfacer alguno de los valores característicos c del sistema jurídico, es decir, lo que se suele llamar seguridad jurídica pero se estaría ante un sistema muy rígido. Por lo tanto, para evitar esa rigidez y para hacer posible que los aplicadores y los usuarios del derecho a través de ese instrumento consigan llegar a soluciones razonables necesitan flexibilizar esas reglas y para ello están los principios.

Por lo tanto, no se trata de si alguien tiene mayor preferencia por los principios o mayor preferencia por las reglas, es decir, sería imposible manejar el derecho sin ambos. En el derecho se necesita certeza, así como también flexibilidad e instrumentos que permitan a llegar a soluciones.

De acuerdo a Atienza, la inmensa mayoría de las normas jurídicas son derrotables y entonces puede haber alguna circunstancia en la que efectivamente surja alguna situación en la que se tenga que introducir una excepción. Atienza cita un ejemplo, como el famoso caso alemán donde el policía tiene detenida a una persona que sabe que es el autor de un secuestro y dónde está el riesgo la vida de muchos niños, y él piensa que si ejerce una presión para obtener información, es posible que obtenga una información donde están detenidos y evite la muerte de inocentes. En este caso, el policía alemán pensó que lo más importante era poder salvar la vida de los niños, y los jueces alemanes condenaron al policía

(Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012) .

Se debe ser lo suficientemente inteligentes y prudentes como para poner límites frente a las posibles inseguridades que generen la aplicación de los principios, por lo tanto, no se debe ser entusiasta de los principios, como tampoco ser entusiastas de las excepciones a las reglas, pero estar dispuestos, llegado el caso, de aplicarlos, y es ahí donde aparece la teoría de la ponderación, para manejar los principios se suele decir que es ponderándolos, es decir, la ponderación es un ingrediente completamente necesario cuando se tiene que resolver problemas prácticos que es lo que ocurre en el derecho, cuando se tiene que deliberar, sobre todo en los casos difíciles, cuando no está absolutamente clara cuál es la decisión, pues entonces tiene que ponerse a investigar cuáles son las razones que habría en favor de esta decisión y cuáles los que hay en favor del otro y entonces se hace un ejercicio que es el ponderar y entonces como fruto de ese juicio reflexivo, se opta por aquello en favor de lo cual están las razones. Por ello, Atienza considera que la ponderación es un elemento completamente necesario, sin embargo, se debe tener en cuenta cuando ponderar y cuando no. En todo caso, si se puede subsumir, sería lo ideal, pero sucede que a veces no se puede y entonces cuando no se puede resolver o argumentar un caso subsumiendo y se tiene que ponderar. Es necesario distinguir dos tipos de lagunas que se pueden dar, las lagunas normativas y las lagunas axiológicas. En el primer caso, cuando hay lagunas en las reglas o no hay una solución satisfactoria, entonces se tiene que ponderar porque no hay ninguna regla que haya previsto el caso que hay que resolver y por lo tanto, no queda otra opción. Si los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos y resulta que no tienen ninguna regla que se aplique a un caso concreto, pues tienen que crear la regla y la crean a través de los principios. Es precisamente en eso en lo que consiste el procedimiento de la ponderación.

En relación a las lagunas axiológicas, es decir, cuando sí existe la regla pero esa regla no se ajusta conforme a los principios y valores del ordenamiento jurídico, en este caso el mecanismo consiste en construir la laguna y mediante el ejercicio de la ponderación, llenar esta laguna con los principios. Atienza considera que lo anterior es inevitable, por lo tanto, es necesario aceptar la importancia de los principios y la necesidad de la ponderación siempre en el marco de la prudencia (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Atienza se diferencia de los llamados neo constitucionalistas, quienes creen que mientras más principios maneja un juez y cuanta más ponderación haga, tanto mejor y a la hora de evaluar a los jueces había establecer quien es el que más ha ponderado y por lo tanto considerarlo mejor juez.

Para Atienza el hecho de que alguna vez haya que introducir una flexibilidad en una regla, no significa que la regla o la norma quede derrotada o el derecho quede violado. Una de las criticas de Atienza para aquellos que están en contra de los principios y de la ponderación es que creen que al introducir principios y ponderarlos no se podrá estar seguro de cuales son los derechos de las personas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los derechos no son meramente principios, los derechos son más bien valores y para protegerlos se establece un conjunto normativo de principios y de reglas. En este sentido, lo de vincular derechos con principios tiene sentido, si se piensa en los conflictivos en que un posible derecho choca o colisiona con otro.

Para Atienza todas las normas tienen que tener excepciones, sin embargo, cuando se hace la ponderación, no se puede salir de los principios y valores del ordenamiento jurídico, y en este sentido, se debe tratar a los principios de manera prudente y ordenada y esto no solo respecto a los principios explícitos, sino también frente a los principios implícitos.

Reflexión Final.-

Manuel Atienza es un destacado filósofo del derecho español que ha trabajado en diversas áreas de la filosofía, incluyendo la teoría del derecho y la teoría de la argumentación. En cuanto a su visión sobre el iusnaturalismo y el positivismo, se puede sintetizar de la siguiente manera:

En cuanto al iusnaturalismo, Atienza lo entiende como una corriente de pensamiento que sostiene que el derecho tiene una base moral o ética, es decir, que existe un conjunto de normas jurídicas que se fundamentan en valores o principios universales. Según Atienza, el iusnaturalismo tiene una serie de problemas conceptuales, como la dificultad de establecer qué principios o valores son realmente universales y la falta de criterios claros para determinar cuándo una norma es verdaderamente "natural". En cuanto al positivismo, Atienza lo entiende como una corriente de pensamiento que se basa en la idea de que el derecho es un fenómeno social que se crea y aplica a través de las normas positivas que dictan los órganos competentes. En este sentido, el positivismo considera que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sino que el derecho debe ser analizado en términos puramente jurídicos, sin recurrir a criterios morales o éticos.

En general, Atienza ha destacado que tanto el iusnaturalismo como el positivismo tienen aspectos valiosos y limitaciones, y que es necesario adoptar una perspectiva crítica y reflexiva sobre cada uno de ellos para comprender la complejidad del fenómeno jurídico y las distintas formas de abordarlo desde la teoría del derecho.

Bibliografía

Alexy, R. (2007). Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (2012). Dos modelos de constitucionalismo. Revista do Estudos Constitucionais Hermeneutica e Teoria do Dereito, 44-45.

Atienza, M., & García Amado, J. (2016). Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado. Alicante: Universidad de Alicante y Universidad de León.

Gorra, D. (2019). Resocialización de condenados. Buenos Aires: Trotta.

Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico . Madrid: Trotta.

POSITION OF MANUEL ATIENZA IN FRONT OF THE PRINCIPLES AND TO THE THEORY OF WEIGHTING

Table of Contents

1. Introduction.
2. Lusnaturalism and Positivism.
3. Theory of weighting
4. Final reflection. Bibliography

Introduction. -

Manuel Atienza is a renowned Spanish philosopher and jurist, professor of philosophy of law at the University of Alicante and member of the Royal Academy of Moral and Political Sciences of Spain.

Atienza has made important contributions to the philosophy of law, legal theory and legal argumentation, as well as has been a critic of natural law theory and iuspositivism, philosophical currents that deal with the study of law.

Among his most outstanding works are "The reasons for law: legal argumentation theories" (1991), "The sense of law" (1995), "Legal argumentation course" (2006).

In his work, Atienza has addressed both natural law and legal positivism. According to this author, natural law is a theory that defends the existence of a natural law that exists above positive laws, and that serves as a basis for judging the validity and justice of legal norms. This theory maintains that there are universal and eternal principles that must be respected by all laws and that, in case of conflict, must take precedence over the latter.

On the other hand, legal positivism maintains that law is a social phenomenon and that its validity depends exclusively on its origin in the positive legal system of a State. According to this theory, there is no natural law and

This document will address the study of the contribution made by Atienza in relation to natural law and positivism, as well as as referring to the theory of weighting.

Lusnaturalism and Positivism. -

Atienza has spoken about the controversy between natural law and legal positivism, pointing out that this debate can be analyzed from different levels and perspectives, so that both terms are often used with extremely different meanings. The natural law scholars, throughout their millenary history, seem to have agreed in affirming the following:

1) That in addition to and above positive law (human law) there is a natural law, that is, a set of norms or principles valid for all times and places.

2) That positive law is only such if it agrees, minimally in its fundamental principles, with natural law, that is, if it is fair. In another case it does not go from being appearance in the law, corruption of law, etc.

On the contrary, for the iuspositivists, the classic affirmations would be:

1) That the law is simply the or rather the positive rights, understanding by such the current legal systems in terms of social phenomena and historically variable.

2) That, consequently, the classification of something as a right is independent of its possible justice or injustice (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

There is a clear identification between the idea of justice over natural law, although it clarifies that since there are different conceptions of justice, not all the principles of justice can be identified as natural law (Atienza, 2012). He argues that if you start from a concept of law without reference to justice or morality, you run the serious risk of not understanding or leaving out salient aspects. Moral ideas or justice are those that determine, in many cases, the appearance of legal norms, or those that lead the judge to make one or another decision.

For Atienza there is a conception necessary between law and morality (Atienza, Two models of constitutionalism, 2012). He considers that there is a wide area of coincidence that is explained by the existence of certain rules of conduct that any social organization must contain to be viable and which Hart calls the minimum content of natural law.

Unlike other more orthodox natural law systems, he postulates a moral pluralism. Morality is an essentially pluralistic phenomenon and the law always reflects some type of morality in force in society.

In the search for what the right should be and when a right is just, he moves to the field of values. they are qualities that are predicated of certain things, people or actions. Likewise, he assigns to values the characteristics of polarity (good-bad) and hierarchy.

Justice is of the legal value par excellence, although he acknowledges the difficulties in conceptualizing the term justice (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012). As a social value, specifically legal justice. That criterion to assess a legal system; In other words, it would come to be the specification of moral values, that is, those that refer to relationships, norms or legal acts.

Together with justice they act on other values, such as equality, freedom or security.

On the different conceptions of justice and the difficulty of grouping all the doctrines of natural law, Atienza considers that, although there is a naturalism god, it can be detailed as a highly ethical and cognitive descriptivism, both expressions are vast; first, because there is not a single ethical descriptivism, and second, because there are different levels of cognitivism. However, he identifies common characteristics between the different types of natural law, namely:

1) Tastes are identified with a series of principles derived from nature and that are knowable by man.

2) These principles are true to the extent that they accurately describe nature.

3) Some of these principles have an immutable and universal character.

Natural law, he points out, has been present throughout history through some characteristics that have allowed it to survive. In the first place, because the values that they collect are not only found in positive law, but also provide a way to criticize positive law and justify disobedience to the mandates of the authority that deviate from natural law.

Secondly, it refers to the soft nature of the ideology of natural law, an important argument to justify its great historical fortune. What naturalists have in common is knowing that norms and principles of justice are founded in a similar way and are often in conflict. Hence, they can be distinguished from conservative naturalism (Thomas Aquinas) or reformists (Rousseau).

Then, thirdly, there would be a psychological reason that would explain the strong appeal of the natural law doctrine. the belief in a natural law, fixed and immutable, satisfies the desire to find something sure, solid. Lastly, the word nature has a very great emotional value, so it is suitable for persuasive use in legal and political language, in which the description of natural commonly has the same meaning as good or correct.

In terms of principles, he considers these as norms of mandate and classifies them as follows:

1) Principles in the strict sense and pragmatic norms, the first that express values of a community and the second that are contained in the constitution.

2) Principles in the primary system or system of the subject and principles in the secondary system or the system of the judge.

3) Explicit (expressly formulated) and implicit (interpretation of the rules) principles

Atienza establishes that between the principles and the rules there is a triple distinction: structural, functional and political. The structural distinction is one in which the principles are enunciated which are correlated with generic cases, with a normative qualification but in them the application conditions are not fixed, but the prohibited conduct. The rules are closed, that is, they have a finite set of properties. The principles, in the sense of guidelines or programmatic norms, configure open conditions of application, such as the prescribed conduct model.

From the functional point of view, the rules of action and those that define them are peremptory and independent of the content; peremptory, because they constitute a first-order reason to carry out the required action and a second-order reason to suppress arguments on the part of the addressee, in favor or against the action that

must be carried out. End rules differ from action rules because they transfer control of the consequences of the behavior to the addressee.

In the system of explicit and implicit principles, the first are reasons for the action, but not peremptory (they do not exclude the deliberation of the court and must weigh their application); on the other hand, the implicit ones, although they are reasons for the action, are not peremptory and neither are they independent of the contents (they are weighted in relation to the rules and principles).

Faced with first-order principles, unlike secondary ones, people do not justify their behavior according to the rules, because they are peremptory reasons. The principles operate as reasons of the first order; are weighted against others.

In a strict sense, the principles operate as reasons for correction; they are final reasons in the consideration of the subject. instead, directives are reasons for utilitarian-type action.

In political matters, Atienza considers that the relationships of legal norms with power occur as follows:

a) Legal norms are manifestations of power and interests

b) Legal norms are power relations

c) The exercise of power produces alterations in power relations and social interests.

Legal norms would be power structures that affect the interests of individuals or social groups and should articulate the interests between groups and individuals, through the rules of action and without the need for weighting. But, in the face of conflicts that may arise between interests, the rules of action are not enough, since rules of purpose and guidelines must be established, to establish limits in the weighting of interests.

In front of the guidelines are the principles in the strict sense, what are the values that the norms include and that must prevail before any interest that could harm them. The values would be categorical ratios that they can resolve conflicts by weighing the values at stake.

It is important to highlight, as the author points out, that in terms of implicit principles, these can conceal values and interests in the legal system due to power relations, which becomes relevant with the ideological analysis of law. The contraction that may exist between these principles and the legal system can also be noted.

Weighting Theory.-

The weighting technique has a great presence in numerous Latin American courts, which to a large extent has been a consequence of the reception of Robert Alexy's ideas in this regard, which, in turn, can be considered as a rationalization of the handling by the European constitutional courts of the principle of proportionality (Atienza & García Amado, Dialogue between Manuel Atienza and Juan Antonio Amado, 2016).

As stated above, Alexy conceives of constitutional rights as principles, and principles as optimization mandates, which dictate that something must be done to the greatest extent possible. When there are conflicts between rights (or between principles; which occurs in all fields of Law) they must be resolved by applying a proportionality test, that is, applying the principle of proportionality which, for Alexy, comes to be a kind of meta-principle or, if you like, the ultimate principle of the legal system. This principle consists, in turn, of three sub-principles: suitability, necessity and proportionality in the strict sense or weighting. The first two refer to optimization in relation to factual possibilities. It means that a measure such as a law, a sentence, which limits a right to satisfy another, must be suitable to obtain that purpose. The third sub-principle, by contrast, has to do with optimization in relation to regulatory possibilities.

The weighting structure, always according to Alexy, consists of three elements: the weighting law, the weight formula and the argumentation charges. The law of weighting is formulated as follows: "the greater the degree of non-satisfaction or affectation of one of the principles, the greater must be the importance of satisfying the other"; and is specified through three variables in the weight formula.

The three variables are:

1) the degree of affectation of the principles in the specific case;

2) the abstract weight of the relevant principles;

3) reliability of empirical estimates.

Alexy also attributes a certain numerical value to the variables: in terms of the affectation of the principles and the abstract weight, depending on whether the affectation or weight is light, medium or intense; and regarding the security of the factual premises, depending on whether they can be classified as secure, plausible or not obviously false. In cases where there is a tie, rules on the burden of argumentation would come into play: for example, the one that establishes a priority in favor of freedom, or in favor of the constitutionality of a law (Alexy, 2007).

The most accredited theory of weighting is the one held by Robert Alexy, whose essential elements have been presented above. It was necessary to refer to this author, because the references to him and to many of the concepts used by him are very frequently used today by many Latin American courts; so that without taking these theoretical elements into account, it would be difficult to understand many of these arguments (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

In Atienza's opinion (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012), Alexy's basic theses on the weighting are basically correct, but the presentation that he makes of them is not entirely successful; I would say that his errors have been, fundamentally, of a rhetorical nature.

That is, what he calls the "weight formula", with its assignments of numerical values, multiplications, quotients, etc. It is nothing more than a metaphorical use of mathematical language, which does not contribute anything in terms of rigor, but which can contribute to confusion, insofar as it has led many to think that the key to the argument in these cases lies in the formula in yes, and not in the attribution of the respective values: why accept, for example, that the affectation to such a principle is slight, moderate or intense and that, consequently, it should be attributed the value 1, 2 or 4, etc. .

For this reason, Atienza suggests following Alexy's theory in its most pragmatic use and not in its excessive desire to systematize.

According to Atienza, it must be considered in the case in which two principles go opposite directions, for this, in this case the judge can find himself in a situation in which 1) there is no rule that regulates the case; 2) there is a rule but, for some reason, it turns out to be inadequate, that is, there is what could be called an axiological gap; 3) or, simply, it is doubtful whether or not there is a system rule that acceptably regulates the case.

The important thing is to realize that the weighting supposes that the justifying reasoning of a judge does not start from rules, but from principles, as is reflected in the first premise of the scheme of what has been called “weighting in the strict sense”. And what the ponderer has to do is ask himself if resorting to ponderation is justified.

As to whether weighting can be avoided, the answer would be, at least in many cases, yes; Of course, it could be done when it comes to axiological gaps at the level of the rules. But what should be asked, the question that really matters, is whether it is appropriate to do so. However, avoiding resorting to weighting, and solving the problem at the rule level, may involve incurring in formalism; in undue formalism, since legal reasoning (unlike moral reasoning) always supposes a formalist ingredient that, moreover, is a sign of the principle of legality or formal rationality of Law (Atienza & García Amado, Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Amado, 2016).

As has already been specified, Manuel Atienza maintains an antagonistic position to that of García Amado, in relation to the principles and weighting. In the first place, Manuel Atienza considers that the principles

are a fundamental piece of the rights and even more of the rights of the Constitutional State and according to this theoretician, this thesis is impossible not to sustain, since the principles are very important in the context of Constitutional Justice, since when reviewing the Constitution of any one can see a very important number of the statements of the articles, even the most important, are precisely principles (Atienza & García Amado, Dialogue between Manuel Atienza and Juan Antonio Amado, 2016).

According to Manuel Atienza, there is a fallacy of the false opposition between principles and rules, since many times the question is raised as if one had two options in law: to be a supporter of the principles or to be a supporter of the rules or a law based on principles or rather a law that pivots on the rule, Atienza believes that this is absolutely false, since in law both principles and principles are needed rules, so much so that it would not be possible to address any legal problem without handling both rules and principles. So the theoretical and practical problem is not to opt for principles or rules but rather how to combine the principles and rules, this is a very important nuance (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012) .

Likewise, it must be taken into account that law is a very complex phenomenon, in which not only rules and principles converge, but also that there are other types of statements that do not fit better, such as values, such as definitions, where there would be uncertainty about whether it is a principle or a rule, let alone. On the other hand, legal statements are not only the statements of the legislator, it must also include everything that is the language of lawyers. Therefore, the law is an extraordinarily complex phenomenon and the principles constitute a particularly relevant piece but it is not the only one and the principles can only be understood in relation to the other pieces.

So, starting from the premise that in law there are principles and they play a very fundamental role, because if there were only rules, it would be possible to satisfy some of the characteristic values c of the legal system, that is, what is usually called legal certainty but it would be a very rigid system. Therefore, to avoid this rigidity and to make it possible for the applicators and users of the law through this instrument to reach reasonable solutions, they need to make these rules more flexible and for this there are the principles.

Therefore, it is not a question of whether someone has a greater preference for principles or a greater preference for rules, that is, it would be impossible to manage the law without both. In law, certainty is needed, as well as flexibility and instruments that allow solutions to be reached.

According to Atienza, the vast majority of legal norms are defeatable and then there may be some circumstance in which a situation actually arises in which an exception must be introduced. Atienza cites an example, such as the famous German case where the policeman has detained a person who he knows is the perpetrator of a kidnapping and where the lives of many children are at risk, and he thinks that if he exerts pressure to obtain information, It is possible that you will obtain information where they are detained and avoid the death of innocent people. In this case, the German policeman thought that the most important thing was to be able to save the lives of the children, and the German judges sentenced the policeman (Atienza, Two models of constitutionalism, 2012).

One must be intelligent and prudent enough to set limits in the face of possible insecurities generated by the application of the principles, therefore, one must not be enthusiastic about the principles, nor should one be enthusiastic about exceptions to the rules, but be willing, if necessary, to apply them, and that is where the theory of weighting appears, to handle the principles it is usually said that it is by weighting them, that is, weighting is a completely necessary ingredient when you have to solve practical problems that This is what happens in law, when you have to deliberate, especially in difficult cases, when it is not absolutely clear what the decision is, because then you have to start to investigate what are the reasons that would be in favor of this decision and which ones are in favor of the other and then an exercise is carried out that is pondering and then as a result of that reflective judgment, one opts for that in favor of which the reasons are. For this reason, Atienza considers that weighting is a completely necessary element, however, it must be taken into account when to weight and when not. In any case, if it can be subsumed, that would be ideal, but it happens that sometimes it cannot be and then when a case cannot be resolved or argued by subsuming it, it must be pondered.

It is necessary to distinguish two types of gaps that can occur, regulatory gaps and axiological gaps. In the first case, when there are gaps in the rules or there is no satisfactory solution, then it has to be weighed because there is no rule that has foreseen the case to be solved and therefore, there is no other option. If judges have the obligation to resolve all cases and it turns out that they do not have any rule that applies to a specific case, then they have to create the rule and they create it through the principles. This is precisely what the weighting procedure consists of.

In relation to axiological gaps, that is, when the rule does exist but that rule does not conform to the principles and values of the legal system, in this case the mechanism consists of building the gap and, through the exercise of weighting, filling this lagoon with the principles. Atienza considers that the above is inevitable, therefore, it is necessary to accept the importance of the principles and the need for consideration always within the framework of prudence (Atienza, Dos modelos de constitucionalismo, 2012).

Atienza differs from the so-called neo-constitutionalists, who believe that the more principles a judge handles and

The more weighting you do, the better and when evaluating the judges you had to establish who is the one who has weighted the most and therefore consider you the best judge.

For Atienza, the fact that sometime a flexibility has to be introduced into a rule, does not mean that the rule or norm is defeated or the right is violated. One of Atienza's criticisms of those who are against principles and balancing is that they believe that by introducing principles and weighing them, it will not be possible to be sure of what the rights of people are. However, it must be taken into account that rights are not merely principles, rights are rather values and to protect them a normative set of principles and rules is established. In this sense, linking rights with principles makes sense, if one thinks of the conflicts in which one possible right collides or collides with another.

For Atienza, all rules have to have exceptions, however, when the weighting is done, it is not possible to leave the principles and values of the legal system, and in this sense, the principles must be treated in a prudent and orderly manner and this not only with respect to explicit principles, but also with respect to implicit principles.

Final reflection.-

Manuel Atienza is a prominent Spanish legal philosopher who has worked in various areas of philosophy, including legal theory and argumentation theory. Regarding his vision of natural law and positivism, it can be summarized as follows:

Regarding iusnaturalismo, Atienza understands it as a current of thought that maintains that the law has a moral or ethical basis, that is, that there is a set of legal norms that are based on universal values or principles. According to Atienza, natural law has a series of conceptual problems, such as the difficulty of establishing which principles or values are truly universal and the lack of clear criteria to determine when a norm is truly "natural". Regarding positivism, Atienza understands it as a current of thought that is based on the idea that law is a social phenomenon that is created and applied through the positive norms dictated by the competent bodies. In this sense, positivism considers that there is no necessary connection between law and morality, but that law must be analyzed in purely legal terms, without resorting to moral or ethical criteria.

In general, Atienza has highlighted that both natural law and positivism have valuable aspects and limitations, and that it is necessary to adopt a critical and reflective perspective on each of them to understand the complexity of the legal phenomenon and the different ways of approaching it from the theory of the right

Bibliography

Alexy, R. (2007). Teory of argumentation juridic. Madrid: Center for Constitutional Studies.

Atienza, M. (2012). Two models of constitutionalism. Revista do Estudos Constitucionales Hermeneutica e Teoria do Dereito, 44-45.

Atienza, M., & García Amado, J. (2016). Dialogue between Manuel Atienza and Juan Antonio Amado. Alicante: University of Alicante and University of León.

Cap, D. (2019). Resocialization of convicts. Buenos Aires: Trotta.

Guastini, R. (2003). The constitutionalization of the legal system. Madrid: Trotta.