

La teoría de la legisprudencia: una revisión teórica a sus principios

The theory of legisprudence: a theoretical review of its principles

Luis Eduardo Franco Mendoza¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. abog.lefranco@gmail.com



PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

Franco Mendoza, L. E. La teoría de la legisprudencia: una revisión teórica a sus principios. *Revista Jurídica*, (35).

DOI

<https://doi.org/10.23878/rj.i35.596>

CORRESPONDENCIA

abog.lefranco@gmail.com



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Av. Carlos Julio Arosemena, Km 1,5. Guayaquil, Ecuador
Teléfono: +593 4 380 4600
Correo electrónico: revista.alternativas@cu.ucsg.edu.ec
Web: www.ucsg.edu.ec



© The Autor(s), 2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this license visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

La teoría de la jurisprudencia: una revisión teórica a sus principios

The theory of jurisprudence: a theoretical review of its principles

Luis Eduardo Franco Mendoza¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. abog.lefranco@gmail.com

RESUMEN

En este artículo reconstruiré los principios de la teoría de la jurisprudencia que Wintgens ha articulado como propuesta normativa de cómo mejorar la actividad legislativa. La pregunta que pretendo responder es ¿cuál es la justificación para que el legislador observe los principios de la jurisprudencia y cómo se explican cada uno de ellos? Con este propósito, el artículo se divide en cinco secciones. La primera sección abordará la justificación teórica de los principios de la jurisprudencia que legitiman o no, las intervenciones legislativas. La segunda analizará el principio de coherencia y la teoría de los niveles de coherencia (sincrónica, diacrónica, composibilidad del sistema y dependencia teórica). La tercera explicará el principio de alternabilidad que opera cuando se justifica una limitación externa como alternativa ante el “fracaso de la interacción social”. La cuarta explicará el principio de temporalidad que prescribe a los legisladores el deber de argumentar por qué una norma o limitación externa es necesaria al momento “all things considered now” (ATCN). Finalmente, la quinta sección estudiará el principio de necesidad de la densidad normativa que se pregunta principalmente: i) por qué es necesaria; ii) qué tan necesaria; y iii) cuál es el grado aceptado de la densidad normativa de una limitación externa.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia, niveles de coherencia, alternabilidad, temporalidad, densidad normativa.

ABSTRACT

In this article, I will reconstruct the principles of jurisprudence theory that Wintgens has articulated as a normative proposal for improving legislative activity. The question I aim to answer is: What is the justification for the legislator to observe the principles of jurisprudence, and how are each of these principles explained? With this purpose in mind, the article is divided into five sections. The first section will address the theoretical justification of the principles of jurisprudence that legitimize or not legislative interventions. The second section will analyze the principle of coherence and the theory of levels of coherence (synchronous, diachronic, system composability, and theoretical dependence). The third section will explain the principle of alternativeness, which operates when an external limitation is justified as an alternative to the “failure of social interaction”. The fourth section will explain the principle of temporality, which prescribes that legislators must argue why a rule or external limitation is necessary at the moment “all things considered now” (ATCN). Finally, the fifth section will study the principle of necessity of normative density, which mainly asks: i) why it is necessary; ii) how necessary it is; and iii) what is the accepted degree of normative density of an external limitation.

KEYWORDS: jurisprudence, levels of coherence, alternativeness, temporality, normative density

RECIBIDO: 05/08/2024

ACEPTADO: 19/08/2024

CORRESPONDENCIA:

abog.lefranco@gmail.com

Justificación teórica de los principios de la legisprudencia

En el modelo de contrato social que Wintgens denomina de “compensación” (*trade-off*) los sujetos intercambian concepciones *de* libertad por concepciones *sobre* la libertad. Esto viene a decir que la sustitución de concepciones *sobre* la libertad por concepciones *de* libertad debe estar justificada por el legislador, por lo que ninguna norma jurídica puede considerarse legítima si falta esta justificación (legitimidad). Según la propuesta de Wintgens, la legitimidad es un proceso continuo de la tarea legislativa que se articula a través de los principios de la legisprudencia.

En este marco, los principios de la legisprudencia son, propiamente, concreciones de la libertad como *principium*, es decir, de la libertad como presupuesto de inicio de la organización política. Bajo la libertad como *principium*, las limitaciones externas de los poseedores del poder –los legisladores– deben estar justificadas: los principios de la legisprudencia concretan este requisito indispensable puesto que justifican y legitiman las intervenciones. Dado su arraigo en la libertad como *principium*, se deduce que los principios de la legisprudencia no son elementos de una lista de verificación que deben ser marcados una vez que se satisfacen sus requisitos. Tampoco hay un orden léxico entre ellos, lo que haría que uno de ellos fuera más importante que otros. Una de las razones de esto es que los principios son concreciones de la libertad y deben usarse para justificar la sustitución de una concepción *sobre* la libertad por una concepción *de* la libertad. Razón por la cual, los cuatro principios tienen el mismo “peso” y satisfacen los mismos presupuestos. Se puede decir que tienen la misma vocación: deben respetarse para que se justifiquen las limitaciones externas que supone la incorporación de una norma jurídica al ordenamiento imperante.

El autor belga argumenta que el respeto a los principios de la legisprudencia no puede ser evaluado como una cuestión de todo o nada; es una cuestión de grados, propio de la racionalidad práctica. Según Wintgens, la racionalidad de los asuntos prácticos no es demostrativa sino argumentativa. El autor se vale de la propuesta de Perelman que defiende una nueva concepción de racionalidad gradual y no binaria que se basa en la aceptación de las conclusiones por medio de la argumentación. Desde esta concepción, la racionalidad no puede tener una rigidez demostrativa como defendía el modelo de racionalidad cartesiana (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1976). La noción de racionalidad práctica constituye un eje nuclear de la propuesta wintgensiana: la argumentación, frente a la demostración, nunca es concluyente. Además, una concepción de racionalidad limitada (Simon, 1997), en oposición a la racionalidad ilimitada, está ceñida por varias condiciones, como la ausencia de información completa, la falta de tiempo, la falta de medios para recopilar más información, etc. En este doble aspecto, es decir, la naturaleza propia de la argumentación y la racionalidad limitada del legislador, la justificación de la legislación-producto se encuentra “abierta”.

En definitiva, Wintgens articula su propuesta teórica de racionalidad legislativa con tres nociones nucleares: i) la noción de contrato social de intercambio (*trade-off*), ii) la noción de libertad como *principium* y iii) la noción de racionalidad práctica, para “con-

cretizar” y dar fundamento a los principios de la jurisprudencia que serán analizados a continuación.

El principio de coherencia

El principio de coherencia requiere que las normas emanadas por el legislador “tengan sentido” en su conjunto. Para el efecto, Wintgens propone una visión diferente de la relación entre consistencia y coherencia. La consistencia es un aspecto lógico de un conjunto de proposiciones: significa que se está libre de contradicciones; la coherencia, por su parte, significa que un conjunto de proposiciones “encajan” o “tienen sentido”. Puede decirse que la coherencia y la consistencia son cuestiones de relación (Wintgens, 2012). Según el autor belga, una forma habitual de articular la relación entre consistencia y coherencia está vinculada a una conexión lógica. Sin embargo, todas las proposiciones de un conjunto pueden ser coherentes de una manera específica sin ser consistentes. La consistencia por su parte requiere “menos” que la coherencia: simplemente equivale a la falta de contradicciones entre las normas jurídicas. Por su parte, la inconsistencia es un fenómeno que puede estar asociado al hecho de que las reglas pertenecientes a un determinado orden jurídico, por lo general, han sido promulgadas en diferentes momentos, bajo diferentes circunstancias y por diversas autoridades normativas. Realizando esta distinción, Wintgens propone una teoría muy particular que pretende “graduar” los niveles de coherencia.

La teoría de los niveles de coherencia

La teoría de niveles de coherencia, identifica al menos cuatro niveles de coherencia. Estos niveles son: i) el nivel de coherencia₀ (coherencia interna o sincrónica); ii) el nivel de coherencia₁ (coherencia diacrónica o de reglas); iii) el nivel de coherencia₂ (composibilidad o coherencia del sistema), y finalmente; iv) el nivel de coherencia₃ (coherencia del entorno). Desde el nivel de coherencia₀ hasta el nivel de coherencia₃, la teoría de los niveles de coherencia, permite, según Wintgens, una mayor explicación de la “contextualidad” de la legislación.

Nivel de coherencia₀ o coherencia sincrónica

El nivel de coherencia₀ tiene que ver con la falta de coherencia semántica y sintáctica que hace referencia a la unidad explicable en el texto mismo (coherencia intratextual)¹ (Atienza, 1997). Importa que los enunciados se encadenen añadiendo información nueva, que

¹ Este nivel de coherencia está relacionado a la formulación de otras propuestas como la racionalidad comunicativa o lingüística que ha sido desarrollada por Manuel Atienza. Para el autor español la racionalidad lingüística consiste en la capacidad del redactor de los textos legislativos para transmitir cierto tipo de información a través de una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes. Desde esta óptica, el sistema jurídico es visto esencialmente como un sistema de información.

no presente contradicciones internas y que exista una oportuna ordenación semántica y sintáctica: la coherencia depende de la inteligibilidad. En cuanto a la tarea legislativa, el elemento con pretensión de inteligibilidad son las normas de carácter general. Como es conocido, una norma solo puede formar parte del sistema jurídico si es válida de acuerdo con las normas del sistema (Guastini, 1999). La identidad de una norma, sin embargo, no es sólo cuestión de que se produzca correctamente de acuerdo con las normas de producción de un sistema jurídico: debe satisfacer al mismo tiempo los requisitos semánticos y sintácticos, sin los cuales una norma puede ser formalmente válida pero incoherente por no tener sentido como estándar de conducta o de juicio. Esta incoherencia afecta a la estructura de la norma general en sí misma. Cuando se utiliza la expresión «norma» se la utiliza en tanto que enunciados *semánticamente inconsistentes* (obligatorio ponerle cadena al perro y no ponerle cadena al perro) o enunciados semánticamente ininteligibles (obligatorio perro con cadena).

La coherencia₀, por tanto, es para cualquier forma de discurso una condición necesaria para su solidez o para que tenga sentido en sí mismo. Lo que determina las partes elementales de un discurso y el nivel de coherencia₀ es el principio lógico de identidad, puesto que tiene ver con la identidad de las entidades individuales del sistema. Una entidad individual no puede ser contradictoria de acuerdo al principio de identidad.

Así, la coherencia₀ es un requisito para cualquiera de las unidades elementales de un sistema, ya sea estático o dinámico. De hecho, la ausencia de contradicciones como requisito de coherencia a nivel de coherencia₀ permite concebir un sistema jurídico como un cúmulo de unidades válidas no contradictorias, sin otra relación relevante que la de su validez jurídica.

Nivel de coherencia, o coherencia diacrónica (coherencia en la aplicación judicial)

Para explicar este nivel de coherencia, Wintgens parte de una apreciación muy particular: la decisión judicial es una concreción de una norma legislativa general. Este presupuesto muestra que la sucesión de las unidades elementales o decisiones judiciales, están sometidas a las normas de “trato justo” o de justicia formal que requiere una aplicación igual de la norma general a casos esencialmente similares. La justicia formal, o principio de igualdad formal, se refiere al trato justo y refleja la regla característica del derecho según Wintgens. Esto se entiende por coherencia diacrónica, también llamada continuidad horizontal. Desde esta óptica, el cambio de normas por parte del poder judicial equivale a una usurpación del poder legislativo y por tanto una violación al principio de separación de poderes (Wintgens, 2012).

En efecto, el nivel de coherencia₁ o coherencia diacrónica esta relacionada con la pura justicia formal. Así, la disminución del grado de coherencia₁ a través de enmiendas legislativas cuando el legislador se involucra en dirigir la legislación a su vez crea una expectativa de injusticia formal, ya que frustra las expectativas legítimas y, por lo tanto, puede contrariar el trato justo (Campbell, 1973). En el contexto del nivel de coherencia₁, la perspectiva legislativa respalda la idea de que cualquier cambio normativo tiene un

aspecto, por leve que sea, de retroactividad. Esto es evidente cuando la retroactividad es clara, v.g. una ley tributaria retroactiva. Por otra parte, la retroactividad menos manifiesta o “implícita” está implicada en el cambio de normas que involucran una injusticia formal. El resultado de la injusticia *prima facie* de cualquier cambio de norma es que el legislador tiene el deber de proporcionar argumentos en el nivel de coherencia₁ que lo superen (argumentos pragmáticos, cambio de circunstancias, etc.).

El nivel de coherencia₂: coherencia y composibilidad del sistema

El nivel de coherencia₂, desde la perspectiva del legislador, requiere que se tome en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico en su conjunto. Este tipo de coherencia según Wintgens, está asociada a la etiqueta “legislación sistemática” puesto que las normas legalmente válidas que satisfacen los requisitos de coherencia₀ y coherencia₁ pueden no tener sentido en el nivel de coherencia₂ por no ser “composibles”, tirando en diferentes direcciones, anulan el efecto del otro; seguir ambas normas supondrá un efecto (prácticamente) nulo.

Así, la composibilidad significa según el autor belga, “lo que es posible juntos”. A diferencia de la coherencia₀, la coherencia₂ como composibilidad es un requisito que se busca en conjunto. Si la coherencia en grado₀ es universal y abstracta, sin determinar qué se debe hacer en concreto, la coherencia₂ o composibilidad, es una formulación más general que implica la viabilidad de las elecciones con relación a otras normas.

Bajo la coherencia₂, o coherencia del sistema, las normas deben ser composibles en la etapa operativa, en el sentido de que deben respetar el efecto de las demás: reconstruir el telos de las normas o combinar las normas en diferentes sentidos es un rasgo característico de la argumentación del nivel de coherencia₂. Este tipo de interpretación sistemática implica un examen hipotético a realizar: una norma debe ser leída a luz de otras normas del sistema. Según Wintgens, de acuerdo con esa afirmación, todas las decisiones judiciales se basan en una interpretación sistemática, en el sentido de que cualquier decisión involucra *-idealiter-* a todo el sistema legal. Los jueces que interpretan estas normas de manera sistemática argumentan sobre el nivel de coherencia₂: la interpretación sistemática en este caso supera la argumentación en el nivel de coherencia₁ que según Wintgens favorece la aplicación de normas “lineales”.

Wintgens está conscientes de que el fundamento que legitima el uso de la interpretación sistemática es el supuesto de fondo de una intención unificadora por parte del legislador. Este supuesto de fondo se denomina comúnmente presunción de racionalidad del legislador. Sobre esta presunción, se considera que el legislador actuó de manera racional a lo largo de toda su actividad legislativa.

El nivel de coherencia₃ o coherencia incustada y dependencia de la ideología

Finalmente, el nivel de coherencia₃ se refiere al hecho de que un sistema jurídico depende de ideologías que no son derecho en sí mismas, pero a las que los legisladores deben refe-

rirse para justificar sus normas. Este nivel de coherencia, típicamente, se refiere a teorías como el carácter rector de las normas, la separación de poderes y otras, todas las cuales, según argumenta Wintgens, se refieren a la libertad como *principium*. En este sentido, el nivel de coherencia₃ tiene un impacto discursivo en los otros niveles de coherencia, así como en los otros tres principios de jurisprudencia (Wintgens, 2012).

Principios de coherencia wintgensiano

Los principios de coherencia wintgensiano presuponen una teoría de la interpretación de disposiciones jurídicas conocida como *sentence-meaning theory* que principalmente sostiene que: i) las leyes son conjuntos de disposiciones asociadas a los enunciados de un lenguaje natural que procuran expresar normas en sentido amplio; ii) los enunciados son las unidades mínimas de toda la comunicación lingüística, siendo los objetos básicos de la interpretación; iii) para interpretar el enunciado descriptivo o la cláusula proposicional correspondiente, no hace falta ninguna habilidad especial (Chiassoni, 2019).

Implícitamente Wintgens sostiene que, con miras a interpretar un enunciado normativo, entendido como, una disposición que procura expresar una norma, regla, mandato, orden u otro estándar de conducta, se debe tomar bajo consideración e interpretar “bien” el enunciado descriptivo correspondiente o la cláusula proposicional correspondiente, siendo la actividad interpretativa en sentido amplio, una actividad de conocimiento. Resulta entonces a lo menos extraño cómo el principio de coherencia que responde a la crítica del “legalismo fuerte”, paradójicamente termina abrazando sus presupuestos teóricos, pues la concepción que tiene Wintgens de la relación norma -en sentido amplio- y su significado es defendida por el legalismo fuerte, tal como Wintgens lo ha presentado en sus trabajos.

El principio de alternabilidad

Según Wintgens, la idea para explicar el principio de alternabilidad (PA) es la siguiente: si consideramos a los sujetos sociales como inicialmente libres y capaces de organizar racionalmente su libertad en un contexto con otros, de ello se deduce que deben actuar principalmente *sobre* conceptos de libertad. La sustitución de una concepción *sobre* la libertad por concepciones *de* la libertad solo puede ser legítima si está justificada como una alternativa para la interacción social fallida.

Al igual que el principio de coherencia, el principio de alternabilidad es una concreción de la libertad como *principium* en el sentido de que requiere que se justifique una limitación externa como alternativa ante el fracaso de la interacción social. Este principio se enmarca en el modelo de compensación (*trade-off*) que requiere que se justifique cualquier limitación de la libertad. Opera en el plano argumentativo justificando por qué una limitación externa de la libertad es preferible a la no limitación. Según el autor belga, se pueden distinguir dos aspectos importantes de este principio. El primer aspecto es de carácter ideológico: concibe la libertad como un *principium*, en el sentido de que solo las limitaciones externas que pueden justificarse como alternativas para la interacción

social fallida pueden considerarse legítimas. El segundo aspecto tiene que ver con su carácter ético. Me explico.

Comencemos con el primer aspecto. El modelo de contrato social de compensación (*trade-off*) presupuesto necesario de los principios de la jurisprudencia, en contraste con el modelo *proxy*, requiere una justificación para cada limitación de la libertad, es decir, una justificación para una concepción *sobre* la libertad que es preferible a cualquier concepción alternativa de la libertad. Por tanto, además de la justificación del contenido de la limitación de la libertad, debe ofrecerse una justificación de por qué una limitación de la libertad en una concepción *sobre* la libertad es preferible a ninguna limitación de este tipo. Dicho de otra manera, la intervención del legislador debe estar justificada, ya que no existe una justificación *a priori* para ella en el modelo de compensación.

El segundo aspecto de carácter ético, versa sobre la creencia según la cual, la interacción social es la ausencia de limitaciones externas que puede representarse como una posición “horizontal” donde los sujetos son libres de cualquier limitación externa del soberano: los sujetos tienen derecho a actuar libremente de acuerdo con la libertad como *principium*, es decir, a actuar *sobre* concepciones de libertad. En contraste, las condiciones de creciente interacción “vertical” están basadas en derechos y deberes que reemplazan cada vez más a la interacción “horizontal”. En consecuencia cuantas más normas jurídicas existan, más interacción vertical reemplaza la interacción horizontal. Por lo que cualquier regla o limitación externa de la libertad corre el riesgo de alterar este rasgo horizontal de interacción: cuantas más limitaciones externas emita la autoridad legislativa, mayor es el riesgo de que esto ocurra y mayor es el riesgo para la libertad del sujeto.

El principio de temporalidad

En palabras sencillas, el principio de temporalidad (PT) prescribe a los legisladores el deber de argumentar por qué una norma o limitación externa es necesaria al momento “*all things considered now*” (ATCN). La cláusula ATCN indica en otras palabras, que es el momento “adecuado” para emitir una norma. En este sentido, según el principio de temporalidad, el legislador tiene que argumentar por qué actúa en un momento determinado. Según Wintgens, el tiempo es un aspecto esencial de la coherencia, puesto que los sistemas legales son dinámicos en el sentido de que cambian con el tiempo. Esto según el autor belga afecta la coherencia intrínseca del sistema. Por consiguiente, las normas pueden volverse obsoletas, como se puede apreciar con frecuencia (Calabresi, 1982). La obsolescencia no es más que la indicación de la influencia de la época en que se promulgó la legislación. Esta se puede considerar desde dos perspectivas.

La primera perspectiva estriba en que las normas jurídicas obsoletas pueden basarse en distinciones que ATCN son arbitrarias o discriminatorias. Por ejemplo, la distinción entre personas permitida en el momento en que se emitió una norma puede, después de un lapso de tiempo, convertirse en discriminación. Una distinción es arbitraria y discriminatoria en la medida en que no puede dar una justificación racional que la respalde. Desde

este ángulo, las normas obsoletas pueden ser impugnadas con éxito en los tribunales en la medida en que violen los requisitos de igualdad. Así, la temporalidad de las normas se hace visible dentro de un sistema jurídico por la luz que le arroja el principio de igualdad.

La segunda perspectiva relacionada con la obsolescencia es que las normas emitidas en un momento y debidamente justificadas o legitimadas según el principio de temporalidad bajo la formulación “all things considered now” pueden perder su legitimidad con el tiempo. En ese contexto, el principio de temporalidad en combinación con el principio de coherencia requiere que el legislador vuelva a considerar la cláusula “all things considered now”. Puede darse el caso de que una norma ya no esté justificada a razón del principio de coherencia, por lo que se requiere una nueva acción legislativa. Las circunstancias cambiantes pueden requerir que se modifique una norma o, por el contrario, se mantenga con el tiempo. Hablando de manera más general, el principio de temporalidad requiere que las normas se justifiquen simplemente bajo las condiciones de la ATCN. La justificación en el marco del principio de temporalidad es una justificación permanente, en el sentido de que los legisladores deben ser capaces de defender continuamente sus intervenciones. La segunda perspectiva es de particular importancia, ya que destaca el hecho de que la justificación de las limitaciones externas no se limita al momento de su promulgación por su carácter histórico: se requiere una justificación continua debido a la información limitadas del legislador sobre el futuro.

Por otra parte, la justificación continua de las normas vigentes esta directamente relacionada con el modelo de contrato social de compensación (trade-off) cuyo deber de legitimación se mantiene en el tiempo. En consecuencia, la legitimidad de una norma es solo “all things considered now” temporal.

El principio de necesidad de la densidad normativa

El principio de necesidad de densidad normativa (PNDN) se puede expresar de la siguiente manera: si una limitación externa resulta justificada según el principio de alternabilidad, bajo el principio de necesidad de la densidad normativa el legislador debe justificar la “necesaria” densidad normativa de la limitación externa (Wintgens, 2012). De hecho, mientras el principio de alternancia predica sobre si intervenir o no, el PNDN predica sobre el impacto normativo de las limitaciones externas. Esto consiste según Wintgens, en el “peso normativo” que el legislador establecerá en lo que va a producir. En definitiva, la justificación del peso normativo o densidad normativa es de lo que trata el principio de densidad normativa. Dos explicaciones son pertinentes al respecto.

En primer lugar, se debe considerar cómo está conectado el PNDN con el modelo de contrato social de compensación (trade-off). Tomando la libertad como un principium, según el modelo de compensación, cualquier limitación externa debe justificarse y no debe ser preferible a ninguna limitación externa. El PNDN se pregunta principalmente: i) por qué es necesaria; ii) qué tan necesaria; y iii) cuál es el grado aceptado de la densidad normativa de una limitación externa.

De hecho, si bajo el principio de alternancia, la concretización de la libertad resulta tener más sentido, o incluso ser la única posibilidad, esto no significa que la concepción sobre la libertad deba reducir las posibilidades de acción que se reduce a seguir o no la regla. Para explicar esto Wintgens parte del hecho de que la limitación de la libertad sirve a un objetivo o propósito: este modesto propósito general de un sistema jurídico, como lo subraya repetidamente, es la libertad como principium. Las sanciones impiden que los sujetos actúen, aunque sea temporalmente, sobre concepciones de libertad, excluyendo cualquier forma alternativa de “concretizar” la libertad. La concretización de la libertad es una limitación externa que excluye la acción sobre una concepción de la libertad.

En segundo lugar, si la acción requerida no se realiza libremente, se produce una segunda reducción de la libertad. Esta segunda reducción es una reducción temporal (prisión) o material (dinero) del carácter reflexivo de la libertad. La primera limitación puede justificarse en el marco del principio de alternabilidad, mientras que la segunda no. Sin embargo, esta segunda limitación debe justificarse por separado, como lo requiere el modelo de compensación. En consecuencia, se necesita un segundo principio para justificar la segunda reducción de libertad incluida en la limitación externa. La exigencia de esta última justificación es la razón de ser del PNDN.

En relación con la conexión entre norma y sanción se puede decir lo siguiente: si se toma en serio la libertad como principium, como lo hace el modelo de contrato social por compensación, se debe abandonar la conexión necesaria entre norma y sanción, y en ese contexto no tendría sentido formular el principio de necesidad de la densidad normativa, ya que lo que se incluye en la idea que conecta conceptualmente las limitaciones externas con las sanciones es que no hay otro medio de realizar el fin, la meta o el valor contenido en la concepción sobre la libertad expresada por limitaciones externas específicas. Solo sería posible justificar una limitación externa en los términos del principio de alternabilidad.

Por su parte, si la relación entre una limitación externa de la libertad entendida como una norma jurídica y su sanción no es necesaria sino contingente, esto nos lleva a formular el principio de necesidad de la densidad normativa. Así, la libertad como principium, tal como opera bajo el modelo de compensación, requiere que la meta, el fin o el valor que la limitación externa pretende realizar implique el menor impacto posible sobre la libertad misma. Por lo tanto, al operar una doble reducción de la libertad, las normas con sanciones deben usarse con cautela. Es decir, no deben prohibirse por completo en el discurso regulativo.

Se puede decir que si bajo el principio de alternabilidad, las limitaciones externas deben justificarse sobre la base de que las concepciones sobre la libertad son sustituidas por las concepciones de la libertad, entonces las sanciones pueden -pero también deben- justificarse para evitar una segunda reducción de la libertad. Bajo el PNDN el impacto o densidad normativa de una limitación externa debe demostrarse como necesario para alcanzar la meta, fin o valor de la norma que pretende ser expedida por el legislador. Desde este punto de vista, ambas limitaciones externas de la libertad deben estar justificada: la

limitación que tiene que ver con la medida limitante PA que pretende regular la interacción social, y la limitación que tiene que ver con la sanción de la medida limitante PNDN.

Mientras que el PA requiere una justificación del propósito, el PNDN pide una justificación de los medios para realizarla: las sanciones son solo uno de los posibles medios. Dicho de otra manera, PNDN, sugiere que se argumente las formas de realizar un propósito, mientras que el PA se ocupa de la determinación de ese propósito. La sugerencia implica es que los medios y los fines están separados, no son sino aspectos distintos del presupuesto de “concretización” de la libertad.

Supongamos que el propósito está justificado bajo el principio de alternabilidad; esta justificación no significa, sin embargo, que la elección de la limitación máxima de la libertad, es decir, una sanción, esté justificada. El requisito de justificación de esta última opción es la esencia del principio de necesidad de la densidad normativa wintgensiano.

Del respeto del presupuesto de libertad como principium, se sigue que los medios con el menor impacto sobre la libertad son preferibles a cualquier otro. La preferencia debe estar justificada, en el sentido de que todas las alternativas con un impacto normativo menor deben “discutirse”. Teniendo en cuenta la disponibilidad de alternativas, la limitación externa con el impacto normativo más bajo o el peso normativo más débil, en comparación con una sanción que tiene el impacto normativo más fuerte posible, debe preferirse según el PNDN.

Bibliografía

- Wintgens, L. J. (2012). *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. Surrey: Ashgate.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Campbell, T. D. (1973). Formal Justice and Rule-Change. *Analysis*, 33(4), 113-118. p. 116.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*. Ciudad de México: Fontamara.
- Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard: Harvard University Press.
- Atienza, M. (1997). *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- Simon, H. (1997). *Models of Bounded Rationality*. Cambridge, MIT Press, 478-505.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1976). *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (3rd ed.). Brussels: Editions de l'Université de Bruxelles.

