



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN**

**“LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA  
TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE  
ROBERT ALEXY”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :  
GARCÍA GODÍNEZ JOSÉ MIGUEL ÁNGEL**

**ASESOR: DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO**

**ENERO 2011**





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## AGRADECIMIENTOS

Puedo escribir con cierta vehemencia los muchos agradecimientos que quiero hacer. Y puedo hacerlo de manera extensa, sin detenerme a pensar si alguien acaso se tomará el tiempo necesario para leerlos... sin embargo, voy a facilitar las cosas.

Al Dr. Juan Antonio Cruz Parceró quiero agradecerle por su asesoría, por sus comentarios, por sus críticas y, sobre todo, por su paciencia. Desde que lo conocí ha tenido siempre la disposición de ayudarme en la investigación, de orientarme según sus conocimientos, de incluirme dentro de sus proyectos y de vincularme con otros profesores e investigadores de éste y otros países. Siendo mi tutor en el Instituto de Investigaciones Filosóficas y mi asesor de tesis externo (¡y vaya costo que tiene esta denominación!), es innegable que ha llegado a ser una de las personas de quien más impulso he recibido para dedicarme en serio a la filosofía (del derecho). La deuda que he adquirido con él, para decirlo de forma breve, es impagable. Reconozco así la deuda y espero algún día compensarle todos sus esfuerzos.

Por otro lado, sin el apoyo económico y moral de mi familia, es decir, de mi mamá y de mi hermana, siempre incondicional y generoso, no sólo esta tesis sino incluso toda mi vida académica no existiría (o quizás sólo en otro mundo posible, donde yo no tengo interés por la filosofía). A ellas, por todo, el más de mis agradecimientos.

Al Instituto de Investigaciones Filosóficas le agradezco el haberme aceptado dentro del Programa de Estudiantes Asociados para llevar a cabo la investigación que ahora presento como tesis profesional. Asimismo, quiero agradecer a la DGAPA-PAPIIT por la asignación de la beca que recibí desde enero y hasta diciembre del 2010 para la realización de este trabajo.

Quiero agradecer también a la UNAM, más como un hogar que como una institución académica, porque es a quien debo lo que soy (para bien o para mal). La formación que he recibido en las aulas, y en toda otra ocasión de conocimiento, es lo que ha hecho de mí una persona dedicada completamente al estudio.

Por último, no quiero dejar pasar la oportunidad de agradecer a la todavía “pasante en derecho” Marisol Oliver, quien ha sido, durante todo el tiempo que llevamos de conocernos, la persona que más cariño y confianza ha mostrado hacia mi trabajo. A ella pues le dedico esta tesis.

*«Ich möchte nicht mit meiner Schrift Andern das Denken ersparen.  
Sondern, wenn es möglich wäre, jemand zu eigenen Gedanken anregen».*

[Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*,  
Frankfurt, Suhrkamp, 3<sup>a</sup>, 1958, Vorwort].

# LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

## ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN .....	I
CAPÍTULO 1.	
LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY.....	1
1.1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas .....	2
1.2. El discurso práctico racional general .....	7
1.2.1. Reglas y formas del discurso práctico general .....	12
1.3. Teoría de la argumentación jurídica.....	21
1.3.1. Justificación interna .....	23
1.3.2. Justificación externa .....	25
1.4. Presupuestos de la teoría de la argumentación jurídica.....	36
CAPÍTULO 2.	
LA TEORÍA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO DE ALEXY .....	38
2.1. La Tesis de la vinculación y la tesis de la separación .....	39
2.1.1. Tesis de la vinculación.....	39
2.1.2. Tesis de la separación .....	42
2.2. El concepto de Derecho .....	45
2.2.1. Conceptos positivistas de Derecho .....	45
2.2.2. Conceptos no-positivistas de Derecho.....	46
2.2.3. El concepto de Derecho de Alexy .....	57
2.3. La validez no-positivista del Derecho.....	58
2.3.1. El problema externo de la validez .....	60
2.3.2. El problema interno de la validez .....	63
2.3.3. El concepto de validez de Alexy .....	68
CAPÍTULO 3.	
LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE ALEXY .....	70
3.1. La distinción entre reglas y principios .....	70

	<u>Página</u>
3.1.1. Los criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios .....	73
3.1.2. Tres tesis para apoyar la distinción entre reglas y principios .....	75
3.1.3. Sobre “Los criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios” .....	80
3.2. El carácter <i>prima facie</i> de las reglas y de los principios .....	81
3.2.1. Las reglas y los principios como razones .....	84
3.3. Tres objeciones al concepto de principio .....	85
3.4. La teoría de los principios y el principio de proporcionalidad.....	87
3.5. La teoría de los principios y la teoría de los valores .....	89
3.5.1. Diferencia entre principios y valores.....	93
3.6. Principios como mandatos de optimización, principios en estricto sentido y directrices.....	94
3.7. El modelo de sistema jurídico de tres niveles .....	97
CAPÍTULO 4.	
LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.....	100
4.1. Subsunción y ponderación .....	102
4.2. El principio de proporcionalidad y los tres subprincipios.....	106
4.2.1. El subprincipio de idoneidad .....	107
4.2.2. El subprincipio de necesidad .....	108
4.2.3. El subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.....	109
4.3. El principio de proporcionalidad en la solución de colisiones entre principios.....	119
4.4. Las cargas de la argumentación .....	126
4.5. Límites de la ponderación .....	128
CONCLUSIONES .....	133
BIBLIOGRAFÍA .....	140

## INTRODUCCIÓN

La argumentación jurídica es una de las áreas más importantes de la Filosofía del Derecho. Con ella se intenta resolver el problema de la justificación de las decisiones jurídicas. Un problema para el que no hay una sola propuesta, ni una sola teoría; por el contrario, hay distintos puntos de vista y cada uno se ocupa de fundamentar criterios de validez o de corrección que requieren diferentes métodos de razonamiento.

El razonamiento práctico, que sirve para dar cuenta de la forma en que se decide (y debería decidirse) alguna cuestión práctica, requiere distintos conocimientos y niveles de comprensión teórica y metodológica. El conocimiento al menos básico de lógica y el desarrollo de habilidades analíticas, son imprescindibles para entender la discusión filosófica actual. En el campo estrictamente del Derecho, el razonamiento jurídico, con el que se pretende la justificación en el proceso de toma de decisiones jurídicas, exige algo muy parecido. La lógica deóntica (e incluso la lógica de primer orden) tendría que ser de pleno dominio para los futuros profesionistas del Derecho.

Por estas razones, este trabajo de investigación, además de pretender ser un aliciente en la búsqueda de interés y afecto en el estudio de la argumentación jurídica (por el valor y la importancia que tiene dentro del desarrollo de la práctica del Derecho), se compromete con el esfuerzo de presentar uno de los sistemas teóricos más importantes que se ha logrado bajo los parámetros más exigentes de la filosofía analítica. Quizás esto llame la atención a algunos juristas y propicie un acercamiento multidisciplinario a su campo de estudio.

Una premisa que pone en claro el motivo que está presente en todo este trabajo, es la siguiente: una decisión jurídica *correcta* no es aquella que está ceñida sólo a los requerimientos formales de legalidad, sino más bien una que cumple con ciertos criterios de validez, es decir, una decisión que está justificada en razones. Se ha dejado atrás la época del decisionismo jurídico, donde no importaban las razones, sólo importaba a la autoridad la legalidad de las decisiones que emitía: el legalismo puro. Ahora la Constitución impone a la autoridad justificar o fundamentar en razones sus decisiones. Esto, sin embargo, acompaña un nuevo problema: hace falta saber cuál es el método correcto para justificar una decisión dentro de los límites de un sistema jurídico que comprende no sólo reglas sino también principios o valores jurídicos.

Y éste es, entre otros, el problema que le interesa a Robert Alexy, uno de los más destacados filósofos del Derecho de nuestro tiempo. Su teoría, bastante extensa y no sólo limitada a cuestiones de argumentación jurídica, es de las más importantes que han surgido en la teoría del Derecho contemporánea. Por esta razón se ha elegido como tema de investigación y como trabajo de tesis profesional.

En este trabajo se pretenden alcanzar principalmente dos objetivos. El primero se refiere a la presentación general (aunque en algunos aspectos también a detalle) del pensamiento jusfilosófico de Robert Alexy. Para hacerlo, se expondrán en el primer capítulo su Teoría de la Argumentación Jurídica, en el segundo capítulo su Teoría de la Validez del Derecho, en el tercer capítulo su Teoría de los Principios y en el cuarto capítulo la Ponderación de Principios. En todos ellos se hará referencia directa a la bibliografía de Alexy y, en algunos casos, a las fuentes de donde él mismo abreva y a los textos en que aparecen algunos comentarios a su propuesta. El método que rige esta investigación es el analítico. Sólo al final de la presentación de sus teorías, ya en el capítulo de la ponderación, se hará una síntesis de sus tesis y de las consecuencias lógicas que hayan sido expuestas en esta investigación.

De manera general, éste sería el contenido del trabajo: en el primer capítulo se analizarán las tesis más importantes de su Teoría de la Argumentación Jurídica, y de las reglas y los métodos de razonamiento que ellas implican; en el segundo capítulo se mostrarán los fundamentos teóricos de la relación conceptual entre el Derecho y la moral que Alexy defiende, y que es una de las características principales de su teoría integradora del Derecho; en el tercer capítulo se explicarán las razones que existen para aceptar que hay una distinción entre reglas jurídicas y principios jurídicos dentro del sistema jurídico positivo; en el cuarto capítulo aparecerá el método de ponderación de principios (con todos los elementos que a él acompañan) y se comentarán algunas críticas hechas respecto de su racionalidad en el proceso de toma de decisiones jurídicas.

Estos cuatro capítulos deben bastar para revisar con alguna profundidad los planteamientos teóricos de Alexy. Particularmente su método de ponderación. Éste resulta ininteligible si se toma de manera aislada, lejos de todo su entorno conceptual y teórico.

El segundo objetivo de esta investigación corresponde a la pregunta de si el método de ponderación es o no suficiente para garantizar un mínimo de racionalidad en la toma de



decisiones jurídicas que implican las colisiones entre principios. Esto se concluirá de manera afirmativa si las condiciones que exige el método de ponderación cumplen satisfactoriamente los requisitos mínimos de racionalidad. Requisitos que incluyen, como lo demanda el nuevo paradigma constitucional, una pretensión de corrección y no sólo una evaluación de eficacia.

Antes de comenzar en el desarrollo de este trabajo, se exige en esta introducción hablar un poco acerca del filósofo Robert Alexy, ya que en los siguientes capítulos no se hará.

Robert Alexy nació en Oldenburg, Alemania, el 9 de septiembre de 1945. Actualmente es profesor de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Christian-Albrechts-Universität en Kiel, Alemania. Estudió Derecho y Filosofía de manera simultánea en Göttingen desde 1968. En esa universidad escribió su tesis doctoral: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1976). En 1984 presenta, bajo la dirección del Dr. Ralf Drier, su *Theorie der Grundrechte* con la que obtiene su habilitación.

A partir de entonces se ha consolidado como profesor e investigador en el ámbito de la Filosofía del Derecho; ocupándose de manera privilegiada de la argumentación jurídica. Su andar filosófico está marcado, metodológicamente, por la tradición analítica y, teleológicamente, por la búsqueda de una fundamentación de la razón práctica. Para Alexy, la razón práctica debería ocuparse de manera notable de la filosofía y de la teoría del Derecho; además, para reforzar este punto, ha insistido en la inclusión de elementos morales en el concepto y en la validez del Derecho. De ahí su rechazo a la concepción *positivista* del Derecho. Un rechazo que hace de su teoría de la argumentación jurídica una pieza imprescindible en el debate, porque contiene las tesis y las demostraciones que le permiten concluir que el Derecho (o el discurso jurídico) forma parte del discurso práctico general.

Así como la Teoría de la Argumentación Jurídica, la Teoría de la Validez del Derecho y la Teoría de los Principios, la Teoría de la Ponderación de Alexy no es indiscutible. Hay muchas críticas que dirigir en contra del método, del concepto, de los presupuestos y de las razones que existen a favor de una propuesta que incorpora valores morales objetivos y un procedimiento claramente de tradición racionalista en el Derecho. No obstante, habrá que

tener siempre en mente que las críticas y las objeciones a cada propuesta de su teoría sirven para reforzarla.

Lo que se intentará en las siguientes páginas es una breve exposición de algunas de las obras de Alexy, de su pensamiento y de sus tesis fundamentales. Todo ello con el fin de remarcar la importancia de estudiar no sólo a un autor, sino a un filósofo y teórico del Derecho que está influenciando, y en gran medida produciendo, más ideas y más investigación en el campo de la argumentación jurídica y del Derecho en general. Alexy se ha convertido, sin lugar a dudas, en uno de los referentes indiscutibles de la Filosofía del Derecho (y de la dogmática constitucional). Se trata, por ello, de una autoridad cuya preocupación está dirigida a resolver algunos de los problemas básicos (e inagotables) del Derecho. El propósito de este trabajo es dar cuenta de ello.

## SIMBOLOGÍA LÓGICA EMPLEADA

- $\neg$  = negación lógica (no)
- $\vee$  = disyunción (o)
- $\rightarrow$  = condicional (si... entonces...)
- $(x)$  = cuantificador universal (para todo x)
- $O$  = operador deóntico (es obligatorio que...)

## **CAPÍTULO 1.**

### **LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY**

*La Teoría de la Argumentación Jurídica* de Robert Alexy<sup>1</sup> (*Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*) es uno de los grandes logros iusfilosóficos de nuestra época. En esta obra se presenta uno de los análisis más serios y profundos de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, y de la teoría de la argumentación práctica racional, en general. Desde su aparición (en 1978), el trabajo de Robert Alexy se ha ubicado en el centro del debate filosófico del Derecho; por esa razón Manuel Atienza ha clasificado a la teoría de Alexy (junto con la teoría de MacCormick) como «la teoría estándar de la argumentación jurídica».<sup>2</sup>

La tesis principal que va a defender Alexy en su teoría de la argumentación jurídica consiste en afirmar que hay un vínculo especial entre el razonamiento práctico general y el razonamiento jurídico. En otras palabras, que el discurso jurídico, o mejor dicho, la argumentación jurídica, es un caso especial del discurso práctico general.<sup>3</sup> Esta propuesta, además, intenta funcionar en los tres niveles de validez teórica: en el nivel normativo, en el nivel analítico y en el nivel descriptivo.<sup>4</sup>

El esquema general de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy parte del intento por resolver la cuestión de qué debe entenderse por argumentación jurídica racional, para luego determinar si eso (sea lo que sea) es posible (y de qué forma). Para dar respuesta a esas preguntas, inicia con un análisis crítico de las teorías del discurso práctico general (especialmente la de Habermas), también revisa las teorías de la ética

---

<sup>1</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2010. En adelante TAJ.

<sup>2</sup> Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 106. Ahí mismo puede leerse: «De entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas (elaboradas por Neil MacCormick y por Robert Alexy) son, en mi opinión, las que tienen un mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión».

<sup>3</sup> Alexy: TAJ, p. 44.

<sup>4</sup> Para esto conviene recordar lo que dijera también Manuel Atienza (op.cit., p.150): «Alexy no pretende elaborar simplemente una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), sino una teoría que sea también analítica (que penetre en la estructura de los argumentos) y descriptiva (que incorpore elementos de tipo empírico)».

analítica (Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin y Baier) y la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, así como la teoría de la argumentación de Perelman.<sup>5</sup>

### **1.1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas**

En la discusión contemporánea, nadie aceptaría al silogismo judicial como único método para la fundamentación de las decisiones jurídicas. Esto es así al menos por cuatro razones: «(1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesiten una regulación jurídica, [y sin embargo] para cuya regulación no exista una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales».<sup>6</sup>

Para Alexy, el problema de la fundamentación (al no poder solucionarse de antemano por medio de los cánones de interpretación: sean sistemático, teleológico, histórico, gramatical, lógico, genético, comparativo, filosófico, o algún otro)<sup>7</sup> reside en la vinculación irrenunciable entre la valoración particular del juzgador (y del legislador, en su caso) y la ausencia de reglas razonables que la justifiquen y la delimiten.<sup>8</sup> Este problema coincide con los postulados deterministas y decisionistas del Derecho. El primero diría que la decisión jurídica, por el simple hecho de provenir de una autoridad legítima, no tiene necesidad de fundamentación. El segundo, por el contrario, admitiría que cualquier intento de fundamentación es imposible.

Contra ambos extremos se dirige la obra de Alexy. Aunque él reconoce la dificultad de fundamentar una decisión en la que se expresa algún componente axiológico, el propósito de su investigación es precisamente someter esa decisión a criterios de razonabilidad. En otras palabras, Alexy quiere saber si es posible fundamentar una decisión jurídica a partir de valoraciones morales que, aparentemente de manera irrenunciable, acompañan la decisión jurídica. Para ello se plantea tres preguntas: «(1) ¿dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?, (2) ¿cómo

---

<sup>5</sup> Cfr. Manuel Atienza, *ibídem*, p. 150.

<sup>6</sup> Alexy: *TAJ*, p. 28.

<sup>7</sup> Cfr. Alexy: *TAJ*, pp. 31ss. Posteriormente se discutirá la importancia y los tipos de cánones de interpretación (vid. *infra*, pp. 26-31).

<sup>8</sup> Cfr. *ibídem*, p. 36.

actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como «específicamente jurídicos»?», y (3) ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?». <sup>9</sup>

Más adelante va a decir Alexy que, aunque no todas las decisiones *son morales*, sí tienen una *relevancia moral*. Esto lo justifica en dos premisas: (1) que cualquier decisión tiene implicaciones morales en la medida que afecta a por lo menos una persona y (2) que la cuestión de si está justificada la limitación de los intereses de una persona también puede plantearse como una cuestión moral. <sup>10</sup> Con base en estas dos premisas Alexy se arroja con una tesis fundamental: «el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas». <sup>11</sup>

Según Alexy, hay cuatro alternativas para tener por fundamentada una decisión jurídica que contiene valoraciones normativas:

(1) recurrir a «convicciones y consensos» existentes o a normas no-jurídicas que se encuentren de hecho vigentes o que sean usualmente utilizadas; o (2) recurrir al material jurídico (principalmente a la Constitución y a los otros cuerpos normativos de alta jerarquía) así como a los precedentes, en busca de valoraciones a las que pueda seguirse una referencia; o (3) recurrir a principios suprapositivos (de la razón o de la teología); o (4) recurrir a conocimientos empíricos, no incluidos los supuestos de (1). <sup>12</sup>

Sin embargo, ninguna de estas alternativas está exenta de problemas. Alexy señala algunas críticas a cada una: Ad (1) dada la pluralidad de concepciones que se forman en el colectivo de una sociedad es muy complicado formar consensos, sobre todo en lo que respecta a temas muy concretos; Ad (2) es cierto que los sistemas jurídicos contienen valoraciones; sin embargo, esas valoraciones deben ponerse en relación con el caso particular de que se trate, lo cual produce divergencias; Ad (3) no es realmente una fundamentación aceptable la apelación a órdenes naturales preexistentes; Ad (4) de los juicios fácticos es posible derivar distintas consecuencias normativas. Además se le abre el juego al problema de extraer deberes (o enunciados normativos) de hechos (o enunciados fácticos).

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>10</sup> *Cfr. ibidem*, p. 38.

<sup>11</sup> *Ídem*.

<sup>12</sup> *Cfr. ibidem*, p. 42.

A pesar de que estas réplicas que formula Alexy dejan la impresión de que es imposible (como lo dirían los decisionistas) fundamentar una decisión jurídica, su intención es fértil: buscar un camino distinto (un camino que sea posible recorrer y que haga asequible la fundamentación racional de las decisiones jurídicas).<sup>13</sup>

Con esta búsqueda, Alexy se incorpora a la tarea de muchos filósofos que han puesto atención en la argumentación y la identifican como una actividad lingüística. Esta labor coincide además con sus pretensiones teóricas de sumar los conocimientos científicos de otras áreas para lograr así una ciencia jurídica interdisciplinaria.<sup>14</sup> Alexy quiere llamar a la argumentación jurídica «discurso jurídico», debido a la relación de éste con la discusión que motiva la ciencia jurídica. En sus propias palabras: «De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos [...]. Será conveniente designar tal actividad como «discurso», y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como «discurso práctico»».<sup>15</sup>

Alexy va a revisar la estructura del discurso jurídico y a establecer criterios y fundamentaciones para su racionalidad. Para conseguirlo tendrá que probar que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Y esto será el caso cuando se demuestre que el elemento de corrección es una propiedad de ambos discursos. Según Alexy, «se fundamentará que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección. En el discurso jurídico se trata de un *caso especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras».<sup>16</sup> Tales limitaciones son, en síntesis, la ley, el precedente (o la

---

<sup>13</sup> Cfr. Alexy: *TAJ*, p. 43.

<sup>14</sup> Cfr. *ibídem*, p. 44.

<sup>15</sup> *Ídem*. El interés de Alexy por la racionalidad práctica se refleja en la importancia que concede al «uso del lenguaje y la racionalidad dialógica consensual-comunicativa» (Rodolfo Vigo, «Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, Alicante, 2005, p. 206): «Así la razón ya no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legitimará en su búsqueda de la «corrección» de normas y juicios de valor» (Rodolfo Vigo, *idem*).

<sup>16</sup> Alexy: *TAJ*, p. 46. Tal pretensión de corrección existe, «entre otras cosas, porque un fallo que negara explícitamente esta pretensión incluiría una contradicción performativa y, por ello, sería incorrecto no sólo por razones morales» (*ibídem*, p. 448). Una contradicción performativa, ocurre cuando el contenido proposicional de una declaración contradice las presuposiciones no contingentes que hacen posible la realización del acto de habla.

jurisprudencia), la dogmática y, sólo en el caso de procesos jurídicos, las leyes procedimentales.<sup>17</sup>

Alexy apostará a una serie de reglas (veintidós para ser exactos) y a seis formas del discurso para responder que sí es posible fundamentar racionalmente el discurso jurídico. Por supuesto que esas reglas y formas del discurso no producen certeza, de hecho algunas sólo pueden cumplirse de manera aproximada; sin embargo, son de gran importancia «como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de la corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira».<sup>18</sup>

Estas reglas y formas del discurso, a pesar de todo, no son «axiomas lógicos» de los cuales se puedan deducir los enunciados normativos. Muy al contrario,

«[e]stas reglas no determinan, de ninguna manera (sic), el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios). En relación con numerosos enunciados normativos ocurre que, si se parte sólo de estas reglas, tanto tales enunciados como sus negaciones son compatibles con las reglas del discurso (son, por tanto, enunciados discursivamente posibles). Esto se explica porque las reglas del discurso práctico racional no prescriben de qué premisas deben partir los participantes en el discurso».<sup>19</sup>

Que no exista tal prescripción se hace evidente cuando se entiende que los participantes comienzan con ciertas convicciones normativas, ideas que guardan relación con la práctica jurídica; incluso también parten de deseos e interpretaciones que surgen en la vida cotidiana y de una colección de información empírica.

---

<sup>17</sup> Cfr. *ibídem*, p. 49.

<sup>18</sup> *Ídem*. Es importante señalar qué entiende precisamente Alexy por ese *ideal* al que se aspira. Se trata, dice, de «la búsqueda de una respuesta a una cuestión práctica bajo condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y falta de coacción total en aras de producir una completa claridad lingüístico-conceptual, información empírica completa, capacidad y disposición completa para el intercambio de roles y completa carencia de prejuicios» (*ibídem*, p. 430). Todas estas características no están lejos de problematizaciones, sin embargo, son la herramienta que necesita toda teoría del discurso práctico para garantizar una concepción procedimental de la corrección (contraria a una concepción ontológica de la corrección). Al respecto, vid. *ibídem*, pp. 423-433.

<sup>19</sup> *Ibídem*, p. 48.



Dado que las reglas no prescriben todos los pasos a seguir para llegar a una decisión, su ventaja reside, más bien, en que su contenido normativo es tan débil que puede ser aceptado por cualquier persona, aun y cuando tenga concepciones normativas distintas; y es, a la vez, tan fuerte que si todos aceptan las reglas, la discusión puede calificarse como racional. En consecuencia, «[u]na norma, o un mandato singular, que satisfaga los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de justos».<sup>20</sup>

Para la composición de estas reglas es necesario acudir, de nuevo, a la tesis fundamental que defiende Alexy: el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Ahora, para que sea considerado un caso especial, es necesario sostener una de, por lo menos, tres tesis distintas:

(1) *Tesis de la secundariedad*. Con ella se alega que siempre que no sea posible fundamentar una decisión jurídica apelando únicamente al material normativo vigente, es necesario acudir al discurso práctico general. De ello se seguiría que, a fuerza de no tener otra alternativa, las decisiones serían tomadas a partir de razonamientos prácticos generales y sólo acudirían al sistema jurídico para incorporar obligatoriedad. O en otras palabras, «en todos los casos en que la solución no puede extraerse concluyentemente de la ley, no sería otra cosa que un discurso práctico general con una fachada jurídica».<sup>21</sup>

(2) *Tesis de la adición*. Concediendo aún más a la tesis anterior, aquí se podría afirmar que la argumentación jurídica tiene límites, y que no es posible resolver de acuerdo exclusivamente a ella; a partir de lo cual se tendría que apelar a la argumentación práctica general.

(3) *Tesis de la integración*. Con esta tesis se sostiene que la argumentación jurídica debe acompañarse de la argumentación práctica. En palabras de Alexy, «el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales».<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Ídem.

<sup>21</sup> Alexy: *TAJ*, p. 51.

<sup>22</sup> Ídem.

Esta última tesis es la que va a defender Alexy, aun cuando ello representaría una cierta vinculación con la tópica jurídica.<sup>23</sup>

## 1.2. El discurso práctico racional general

Alexy discute, en el capítulo *Sobre algunas teorías del discurso práctico*,<sup>24</sup> el alcance de algunas teorías que logran acercar la pretensión de *justificación* a la idea o noción de discurso práctico general, por citar algunas: la ética analítica<sup>25</sup> (naturalismo<sup>26</sup> e intuicionismo<sup>27</sup>, emotivismo<sup>28</sup> y el discurso práctico como actividad guiada por

---

<sup>23</sup> Vid. ibídem, pp. 52-57. Alexy toma como referente de la tópica jurídica las propuestas de Theodor Viehweg y de Gerard Struck. Respecto a ellas dice que la teoría de la argumentación jurídica debe coincidir con la tesis de la tópica en que aun y cuando no haya «fundamentaciones concluyentes», no se ha de permitir que las decisiones jurídicas sean irracionales. También coincidirá con la idea de que el concepto de fundamentación racional está ligado con el concepto de discusión racional.

<sup>24</sup> Ibídem, pp. 65-250.

<sup>25</sup> Vid. ibídem, pp. 65ss. Para Alexy, el discurso práctico general es una *actividad lingüística*, de la que es posible rastrear sus presupuestos en una teoría del lenguaje normativo. Una teoría del lenguaje normativo tendría como propósito fundamentar los usos particulares del lenguaje tales como: enunciado normativo, proposición normativa y oración normativa. Un *enunciado normativo* es, para Alexy, «una determinada secuencia de signos, por ejemplo escritos o sonoros» (ídem, nota 1). Una *proposición normativa*, la entiende como el significado o lo que se dice con un enunciado (Cfr. ídem). Y una *oración normativa*, sería «el uso de un enunciado en una determinada situación» (ídem). Y sería la filosofía analítica la que se ocupe, por medio de la *metaética*, de estudiar el lenguaje normativo.

<sup>26</sup> Vid. ibídem, pp. 67-71. Quizás la postura más recurrida del naturalismo es la que critica George Moore en su *Principia Ethica* (G. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge, 1989). La tesis fundamental de esta postura diría que las expresiones normativas (o los usos particulares del lenguaje normativo), tales como *bueno* o *debido*, pueden traducirse a un lenguaje descriptivo. Si este fuera el caso, los enunciados normativos podrían tratarse como enunciados descriptivos y serían evaluados conforme a los procedimientos de las ciencias naturales y de las ciencias sociales empíricas. Esto significa que serían verificables. Esta tesis fracasa cuando se confronta con el argumento de la cuestión abierta (*open-question argument*). Según este argumento, las expresiones normativas (como *bueno*) no tienen un significado único ni pueden contrastarse con alguna propiedad observable del mundo fáctico (vid. G. Moore, op.cit., pp. 15ss.).

<sup>27</sup> Vid. ibídem, pp. 71ss. Esta postura tiene por bandera el hecho de que las expresiones normativas poseen propiedades o relaciones de tipo *no empírico* que les impide tener un referente descriptivo (a contrario de lo que dirían los naturalistas). Por tanto, presumirían, debe buscarse en algún tipo de conocimiento apriorístico o en alguna cualidad perceptiva distinta (un sexto sentido, dice Alexy) aquellas evidencias que permitan valorarlas.

De esta forma, el intuicionismo es muy parecido al subjetivismo ético (aunque no deben confundirse). Ambos dirían que las valoraciones o el conocimiento ético provienen de la experiencia propia, o mejor, de las evidencias que se recojan por medio de esas facultades apriorísticas o perceptivas. Sin embargo, esto anula la objetividad y por ende, como también lo diría Moore (Cfr. G. Moore, cit., p. 7), la posibilidad de argumentar.

<sup>28</sup> Vid. Alexy: *TAJ*, pp. 73-84. Contrario a las posturas anteriores, la emotivista afirma que las proposiciones cumplen la función de «expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes» (ídem). Y esto lo hacen mediante las intenciones subjetivas del individuo que se expresan en las proposiciones, y que tienden a provocar (o a influir en) las emociones de los demás. Para un emotivista, un juicio moral no es tanto una descripción sino una influencia psíquica. Conviene precisar que Alexy está tomando como referente de la postura emotivista al modelo *no cognoscitivista* de Stevenson (vid. Stevenson, *Ethics and*

reglas<sup>29</sup>), la teoría consensual de la verdad de Habermas,<sup>30</sup> la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen<sup>31</sup> y la teoría de la argumentación de Perelman.<sup>32</sup>

Todas ellas representan un logro en sí mismo y merecen un estudio más profundo. Incluso mayor al que intentó Alexy. Sin embargo, para los propósitos de la teoría del discurso práctico racional general de Alexy, es suficiente con presentar algunos de los planteamientos generales de cada una.

Las proposiciones normativas, que son los juicios de «valor» y de «deber», tales como *bueno* o *debido*, sostiene Alexy, no son proposiciones en el sentido naturalista, ni en el sentido intuicionista. Es decir, no expresan objetos, propiedades o relaciones con el contenido meramente empírico (como pedirían los naturalistas), ni carecen totalmente de

---

*Language*, New Haven/London, 1944; y Stevenson, *Facts and Values: Studies in Ethical Analysis*, New Haven/London, 1963).

<sup>29</sup> Vid. ibídem, pp. 84-154. Alexy revisa aquí distintas teorías que presentan al discurso moral como una actividad guiada por reglas. Todas ellas comparten la misma preocupación: «*la pregunta sobre las reglas vigentes en los discursos morales*» (ibídem, p. 84). Las teorías que analiza (y critica) Alexy son: la del segundo Wittgenstein (con su concepto de *juego de lenguaje*), la de Austin (con su teoría de los *actos de habla*), la de Hare (son su teorías sobre el *lenguaje de la moral* y de la *argumentación moral*), la de Toulmin (con su *teoría de la argumentación general*) y, finalmente, la de Baier (con su *teoría de la argumentación moral* y su *punto de vista moral*). De todas ellas Alexy rescata puntos importantes que posteriormente usará para fundamentar su propuesta de una teoría del discurso práctico racional general.

<sup>30</sup> Vid. ibídem, pp. 156-206. Habermas representa una de las teorías más importantes «sobre la fundamentación de las proposiciones normativas desarrolladas en el ámbito lingüístico alemán» (ibídem, p. 156). La fundamentación de estas proposiciones, según Habermas, se haría de manera «esencialmente idéntica» a las proposiciones descriptivas (o empíricas). Así, la propiedad de *verdad* de las proposiciones descriptivas, corresponde con el de *corrección* para las proposiciones normativas (ibídem, p. 157, especialmente la nota 298, donde Alexy reconstruye la noción de corrección y de verdad en sentido amplio de Habermas). De la teoría del discurso de Habermas interesa, principalmente, la *teoría de las pretensiones de validez* (vid. ídem, pp. 165ss.) y la *situación ideal del diálogo* (vid. ídem, pp. 181-187).

<sup>31</sup> Vid. ibídem, pp. 206-226. Las propuestas que Alexy discute, como representativas de la teoría de la *deliberación práctica*, son la de Lorenzen y la de Schwemmer. Ambos defienden una postura *constructivista* tanto de la ética como del discurso práctico general, de cuyo modelo es importante rescatar dos principios que permiten alcanzar el fin (u objetivo) de la deliberación práctica, que es la eliminación de las situaciones de conflicto: el *principio de razón* y el *principio de moral* (vid. ídem, pp. 211-219). También es de especial importancia para la idea de corrección, su noción de génesis fáctica y crítica de los sistemas normativos (vid. ídem, pp. 200 y 218-225).

<sup>32</sup> Vid. ibídem, pp. 226-250. A la *nueva retórica* de Perelman se le debe, entre otras cosas, una fuerte insistencia por incluir la justificación lógica en las argumentaciones de tipo práctico. Uno de los conceptos fundamentales de la propuesta de Perelman es la de la argumentación en función de un *auditorio* (sea éste *universal* o *particular*). Además, una de las distinciones básicas de su teoría es la que tiene lugar entre los conceptos: *demonstración* (que ocurre sólo en los cálculos de la lógica) y *argumentación* (que ocurre sólo como una actividad de persuasión-adhesión dentro del contexto de algún auditorio, independientemente de si las premisas utilizadas justifican lógicamente el paso inferencial). Distinciones conceptuales importantes, también en Perelman, son las de *persuadir* frente a la de *convencer*. El primero se da en un auditorio particular del cual se puede concluir que el argumento es *eficaz*. El segundo, por el contrario, se presenta ante un auditorio universal. Si en éste se logra el acuerdo de todos los participantes (que necesariamente son racionales), del argumento se podrá predicar *validez*. Convencer a un auditorio particular permite hablar de *imparcialidad*. Convencer a un auditorio universal, supone *universalidad*.

él (como afirman los intuicionistas). Tampoco se puede decir que sean expresiones o descripciones de sentimientos o actitudes que pertenezcan exclusivamente al ámbito psicológico o sociológico (como pretendería el emotivismo).

Todas estas posturas defienden la existencia de proposiciones normativas, aunque no su fundamentación. Alexy, por el contrario, alega a favor de una tal fundamentación que vendría implicada por la idea de una *pretensión de corrección* (*einen Anspruch auf Richtigkeit*). Esta pretensión de corrección tiene lugar cuando se cuestiona un juicio de valor o de deber, porque es entonces necesario «llevar a cabo una discusión sobre su justificación».<sup>33</sup> Sin embargo, para hablar de su fundamentación, no basta con decir que las proposiciones pueden controvertirse. Hace falta, además, que existan reglas o criterios con los cuales pueda hablarse de *buenas* y *malas* razones a favor (o en contra) de una proposición. Esto es, de argumentos válidos e inválidos.

Los discursos donde se discute la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos, y el carácter de racionalidad que involucra su fundamentación está vinculado con las reglas y criterios que configuran la discusión. No obstante, esas reglas y criterios no sólo se refieren a las proposiciones «sino también al comportamiento del hablante».<sup>34</sup> Por esta razón Alexy las llama *reglas pragmáticas*; de las cuales no se puede conseguir «certeza definitiva» sino únicamente se puede derivar la racionalidad.<sup>35</sup>

Alexy deja claro que «la teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativa».<sup>36</sup> Por ello, la primera preocupación es encontrar las reglas del discurso práctico que fundamenten su racionalidad. Un intento es el de Hare y Toulmin, que se encargan de buscar conexiones (pasos inferenciales) entre premisas fácticas y reglas normativas (de valor o deber). Sin embargo, lo que se consigue con una propuesta semejante es crear una cadena de inferencias interminable. Esta cadena se da porque la única manera de tener por justificado el paso de una premisa a una regla es por medio de

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>35</sup> Por esta razón Alexy dice que la teoría del discurso es una teoría procedimental. La corrección de una norma es consecuencia de seguir el procedimiento definido a través de las reglas del discurso. Esto es lo que parece olvidar Weinberger cuando dirige su crítica a la teoría del discurso práctico de Alexy (vid. *Ibidem*, pp. 415-420). Aunque no introduce nuevos elementos, es recomendable la exposición que hace Manuel Atienza de la discusión entre Weinberger y Alexy (vid. Manuel Atienza, *op.cit.*, pp. 176-180).

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 256. A una teoría normativa le corresponde establecer y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso (Cfr. *ibidem*, p. 255).

otra regla que a su vez tenga respaldo en premisas que necesitarán de una regla para considerarse justificadas, y así sucesivamente. Hay, por tanto, un regreso *ad infinitum*.<sup>37</sup>

Para salir de este abismo, Alexy tratará de encontrar las reglas del discurso. Reglas que fundamenten la racionalidad del discurso y que no tengan el inconveniente de las propuestas de Hare y de Toulmin. Según el mismo Alexy, hay cuatro «vías» para hallar estas reglas:

(1) Mediante *reglas técnicas*. De lo que se tratan estas reglas es de establecer un fin, un objetivo o un propósito en el discurso práctico y se definirán como razonables en tanto que sirvan a la consecución de ese fin, objetivo o propósito. Sin embargo, viene la necesidad después de fundamentar ese fin, ese objetivo o ese propósito. Lo que hace de tales reglas que no sean suficientes para fundamentar *todas* las reglas del discurso, aunque sí pueden fundamentar algunas (una vez fundamentado ese fin ese objetivo o ese propósito).<sup>38</sup>

(2) Mediante *reglas empíricas*. Estas reglas reflejan lo que en realidad (de hecho) se hace. Es decir, se demuestra que son ciertas reglas (y no otras) las que gozan de eficacia al momento de determinar lo que se debe. Y esto es precisamente su problema. Se decide que es racional (o normativamente correcto) seguir reglas que de hecho valen en nuestras convicciones normativas. Esto provoca, de nuevo, dar el paso de un ser a un deber ser. Una de sus ventajas, por otra parte, es que permite señalar contradicciones entre tales convicciones normativas.

(3) Mediante la *fundamentación definatoria*. De lo que se trata con esta clase de fundamentación es de elaborar un sistema de reglas (que puede valer como juego de lenguaje)<sup>39</sup> que defina una «praxis» y que, por su presentación, motive su uso. Por

---

<sup>37</sup> Sobre el modelo de argumentación de Toulmin, vid. Stephen Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 2003.

<sup>38</sup> Cfr. *ibidem*, p. 257. Aquí es importante la teoría de la deliberación práctica de Lorenzen y Schwemmer. Ellos piensan que las reglas fundamentan la racionalidad del discurso en la medida que persiguen el fin de solucionar de manera no violenta los conflictos (cfr. *supra*, p. 8, nota 31). Un ejemplo de fundamentación racional mediante reglas técnicas es el que reconstruye Alexy (Vid. *ibidem*, p. 258, nota 604) con base en la propuesta de Arne Naess, cuyo objetivo es «el intercambio de opiniones completamente eficaz».

<sup>39</sup> Sobre este concepto, Vid. *ibidem*, pp. 86-92. A manera de síntesis, puede decirse que esta idea de juegos de lenguaje refleja las diferentes circunstancias en que las palabras pueden usarse y los distintos significados que tienen para cada una. Que se trate de *juegos*, indica una relación con ciertas reglas que hacen eficiente la comunicación. De ahí que Alexy diga que «el concepto de juego de lenguaje remite al concepto de *regla*» (*ibidem*, p. 88).

supuesto que esto no excluye que dicho sistema de reglas pueda fundamentarse además en reglas técnicas (que expliciten fines o consecuencias) o en reglas empíricas (que describan que de hecho ese sistema funciona). Las limitaciones más claras de esta fundamentación consiste en que únicamente se puede explicar y presentar un sistema de reglas y ello debe tomarse ya como razón de (o motivo de) su implementación.<sup>40</sup> Esto lo hace ser, de alguna manera, arbitrario.

(4) Mediante la *fundamentación pragmático-universal*. Esta clase de fundamentación «consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística».<sup>41</sup> Es decir, sólo mediante las reglas válidas podemos realizar determinados *actos de habla*.<sup>42</sup> Y no se puede renunciar a estos actos de habla sin renunciar también a ciertas «formas de comportamiento» que se consideran propios del ser humano.

Aunque esta variante de fundamentación tiene también varios problemas, resulta suficiente para la fundamentación de algunas reglas fundamentales si se concede que «determinadas reglas están presupuestas de manera general y necesaria en la comunicación lingüística, o que son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humano».<sup>43</sup>

Lo que demuestran estas cuatro posibles vías de fundamentación, es que ninguna es suficiente para lograr una fundamentación razonable en el discurso práctico. Sin embargo, es posible (y razonable) comenzar de alguna manera la discusión, aun y cuando no se tengan reglas justificadas. Lo mismo parece querer decir Alexy, cuando defiende que del hecho de que no se proceda sólo mediante reglas fundamentadas no se sigue que el resto de la propuesta sea irracional. Al menos queda abierta la posibilidad de encontrar en el camino esa fundamentación que de momento no aparece.

---

<sup>40</sup> El ejemplo que utiliza Alexy es la propuesta de Karl Popper de sus reglas metodológicas. Al respecto, Vid. *ibidem*, p. 261, nota 608.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>42</sup> Sobre este concepto, Vid. *ibidem*, pp. 92-99. La teoría de los actos de habla de Austin refiere a que las expresiones lingüísticas son en realidad actividades lingüísticas con las cuales se llevan a cabo acciones y no sólo se comunican expresiones. En otras palabras, son acciones que se realizan diciendo algo. Un ejemplo de actos de habla es el de prometer. Con el indicativo «prometer» no sólo se comunica algo, también se realiza la acción de prometer (y además se aceptan las consecuencias de esa acción).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 263.

### 1.2.1. Reglas y formas del discurso práctico general

A partir del análisis de las distintas propuestas que figuran en su teoría del discurso práctico general, aquí brevemente resumido, Alexy procede a establecer de manera explícita las reglas y formas del discurso práctico.

«Las reglas que definen el discurso práctico racional son de distinto tipo. Hay reglas que sólo rigen en el discurso práctico y reglas que rigen también en otros juegos de lenguaje. Existen obligaciones, prohibiciones y permisiones. Algunas reglas exigen un cumplimiento estricto, y otras contienen exigencias que sólo pueden cumplirse en forma aproximada. Además, hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico, y reglas que determinan el paso a otras formas de discurso. Finalmente, las formas de argumento deben distinguirse de las reglas del discurso».<sup>44</sup>

La diferencia entre reglas y formas de discurso es bastante clara. Las formas de discurso son las distintas modalidades de argumentación posibles con respecto al escenario de la discusión; mientras que las reglas son las condiciones o criterios con los cuales se va a desarrollar la actividad discursiva. Con base en esa distinción, Alexy propone seis grupos de reglas: las reglas fundamentales (*die Grundregeln*), las reglas de la razón (*die Vernunftregeln*), las reglas sobre la carga de la argumentación (*die Argumentationsregeln*), las reglas de fundamentación (*die Begründungsregeln*) y las reglas de transición (*die Übergangsregeln*); y también va a enunciar seis formas de argumento.<sup>45</sup>

(1) *Reglas fundamentales*. La validez de estas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística donde se trate de verdad o corrección:

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>45</sup> Todas las reglas y formas del discurso pueden encontrarse en el —“Índice” de la *Teoría de la Argumentación Jurídica* de Alexy (Vid. *ibidem*, pp. 405-412).

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado  $F$  a un objeto  $a$  debe estar dispuesto a aplicar  $F$  también a cualquier otro objeto igual a  $a$  en todos los aspectos relevantes.

(1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

La regla (1.1) se deriva de las reglas de la lógica (no sólo de la lógica clásica sino también de la lógica deóntica); esto porque la no contradicción es una propiedad de validez (sea verdad o licitud) de las proposiciones normativas. La regla (1.2), por su parte, asegura la sinceridad en la discusión. Aunque no elimina la «expresión de conjeturas», sí exige que sean caracterizadas y tratadas como tales. La regla (1.3) exige la coherencia del hablante, mientras que la regla (1.3') es una formulación del principio de universalidad de Hare.<sup>46</sup> La regla (1.4) exige una comunidad de uso del lenguaje. Aunque es controvertible la forma en que puede lograrse y establecerse esa comunidad, es requisito esencial para alcanzar la claridad y el sentido de las expresiones (o mejor, de las palabras).

(2) *Reglas de razón.* Alexy deja claro que a toda proposición normativa que juegue en el discurso práctico le corresponde un valor de corrección. Esto es debido a que la finalidad del discurso práctico es la justificación de pretensiones (afirmaciones o aserciones) que sirven, por citar algunos ejemplos, para formular una tesis, para defenderla, para refutarla, para fundamentarla, e incluso para dar respuestas. De aquí que Alexy derive la siguiente *regla general de fundamentación*:

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

---

<sup>46</sup> Para Hare (Cfr. *ibidem*, p. 108s.), el principio de universalidad exige de los hablantes que realizan juicios normativos, como por ejemplo la calificación de «buena» a cierta conducta bajo circunstancias particulares, atribuir el mismo calificativo de «buena» a otra conducta que comparta las mismas propiedad relevantes.



Se podrá disculpar a quien afirma algo de dar una fundamentación, cuando no tenga los elementos necesarios para ello. Podrá incluso aducir que alguien más está en mejor posición que él para fundamentar esa afirmación. Sin embargo, las razones que empleé para evitar la fundamentación deben ser suficientes para justificar esa exención.

Existen además otras tres reglas que corresponden a las exigencias de la situación ideal del diálogo planteada por Habermas.<sup>47</sup> Tales exigencias son: igualdad de derechos del hablante, universalidad y no coerción. Es necesario cumplir con estas exigencias en la medida que se busca una fundamentación racional.<sup>48</sup>

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

Esta regla se refiere al principio de admisión en el discurso. La siguiente regla, la (2.2), trata sobre la libertad de discusión y puede, a su vez, subdividirse en tres formulaciones:

(2.2a) Todos pueden problematizar cualquier pretensión.

(2.2b) Todos pueden introducir cualquier pretensión en el discurso.

(2.2c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

La tercera y última regla de razón tiene la función de proteger al discurso de la coacción:

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2a-c), mediante coerción interna o externa al discurso.

Es importante notar, primero que (2.3) puede considerarse tanto una regla como una condición para la realización de (2.1) y (2.2); y segundo, que el cumplimiento de (2.1)–(2.3) no alcanza todavía para considerar racionalmente fundamentado un discurso práctico. Aunque sí lo acercan más a ese objetivo. Estas reglas, que son en realidad una

---

<sup>47</sup> Vid. supra, p. 8, nota 30.

<sup>48</sup> La fundamentación racional a que apunta Alexy es directamente controvertida por la corriente postmoderna que rechaza la racionalidad de las decisiones prácticas por considerarlas una simple ejecución de la voluntad y, con ello, sujeta sólo a condiciones individuales o concepciones subjetivas. Contra esta crítica, Alexy opone sus reglas de razón. Ellas son universales por cuanto exigen de todos los participantes, los mismos derechos (Vid. ibídem, pp. 436s.).

serie de exigencias, tienen la ventaja de funcionar como *instrumento de crítica* sobre las restricciones que ocurran en el discurso práctico. También representan un *ideal* al que se aspira llegar por medio del discurso práctico y proporcionan una *explicación* de la pretensión de verdad o de corrección.

(3) *Reglas sobre la carga de la argumentación.* La regla (2.2a) permite a cualquier persona refutar cualquier afirmación; no obstante, es importante señalar también las reglas que rigen dentro de la expresión de dudas o cuestionamientos, ya que éstas no pueden quedar sin una justa *distribución*.<sup>49</sup> De esto se ocupan las siguientes cuatro reglas:

(3.1) Quien pretende tratar a una persona *A* de manera distinta que a una persona *B* está obligado a fundamentarlo.

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

(3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que manifestar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

La regla (3.1) es el contrapeso del principio de razón que defiende que en el discurso práctico todos son iguales. Con (3.1) se permite el uso diferenciado de las personas, aunque restringido al caso de fundamentación.

La regla (3.2) corresponde al principio de *inercia* formulado por Perelman (según el cual no está permitido cuestionar una praxis o una afirmación de la que ya se haya aceptado su fundamentación, sin antes aducir una buena razón para ello). Esta regla exige entonces que para que algo sea puesto dentro del discurso tiene que haber sido afirmado o cuestionado indicando para eso por lo menos una buena razón.

La regla (3.3) distribuye la exigencia de la regla anterior. Así, la regla (3.3) señala que la regla (3.2) no establece la obligación de dar razones a tantas veces como sea

---

<sup>49</sup> Cfr. *ibidem*, p. 275.

requerido. Menos exigente es la interpretación de la regla (3.2) que indicaría, entonces, que sólo será necesario proporcionar más razones cuando se trate de contraargumentos.

Dadas las reglas (2.2b) y (2.2c), la regla (3.4) distribuye el permiso de que los participantes puedan introducir cualquier pretensión así como hablar de sus opiniones, deseos y necesidades en cualquier momento, afirmando que de esa permisión no se sigue que haya razones para obstruir ese derecho ni tampoco razones para concederlo ilimitadamente.

(4) *Las formas de argumento.* Alexy distingue seis formas de argumento específicas del discurso práctico. Y como el «objeto inmediato del discurso práctico son las *proposiciones normativas singulares (N)*»,<sup>50</sup> las dos formas en que estas proposiciones pueden ser fundamentadas son: la primera, mediante una regla (*R*) que tiene que ser presupuesta como válida. La segunda, señalando las consecuencias (*F*) de seguir el imperativo que viene implicado en *N*. En el primer caso, es necesario que quien aduce una regla acepte como verdadero un enunciado (*T*) que describe un estado de cosas que es condición fáctica de aplicación para la realización de esa regla. En el segundo caso, quien afirma sobre una consecuencia como razón para *N* «presupone una regla que expresa que la producción de esta consecuencia es obligatoria o es buena».<sup>51</sup> Por ende, la razón va acompañada de una regla que establece que esa razón sirve.

De ahí se pueden obtener dos formas de argumento:

$$(4.1) \quad \begin{array}{c} T \\ R \\ \hline N \end{array} \qquad (4.2) \quad \begin{array}{c} F \\ R \\ \hline N \end{array}$$

Estas dos formas proceden de una forma más básica y general de argumento:

$$(4)^{52} \quad \begin{array}{c} G \\ R \cdot \\ \hline N \cdot \end{array}$$

Alexy se interesa más que sobre la verdad de *T* o la aprobación de *F* como consecuencia de la acción, en las posibilidades de defender *R*. Según su investigación,

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>51</sup> *Ídem*.

<sup>52</sup> «G» (del inglés *ground*) es una razón o un fundamento, «R·» puede ser una regla de cualquier nivel; «N·» puede resultar un enunciado normativo general y no sólo un enunciado singular como «N». «R·» y «N·» son los factores que expresan el carácter general de esta forma de argumento (cfr. *ibidem*, p. 279).

hay dos maneras de hacerlo: o bien señalando el estado de cosas que «se da» si  $R$  tiene vigencia ( $Z_R$ ), o bien señalando el estado de cosas «futuro que se producirá» si  $R$  tiene vigencia ( $Z_F$ ). En la descripción de  $Z_R$  se tiene que hacer referencia a  $R$ ; mientras que en el caso de  $Z_F$  la descripción puede hacerse con independencia de  $R$ . Esto es evidente, porque en el caso de  $Z_R$  (el estado de cosas existente), la regla  $R$  define parte de esa realidad.

Dadas estas relaciones, como lo sugiere Alexy, está justificado hablar de las *consecuencias de la regla  $R$*  ( $F_R$ ). Lo que ocasiona, en el caso de que se pretenda justificar  $R$  mediante  $F_R$ , recurrir a una regla  $R'$  que indique que es  $F_R$  razón para la regla  $R$ . Ahora bien, además de esa posibilidad, queda abierta la opción de que se indique una regla  $R'$  que exige que se realice  $R$  bajo una condición  $T'$  que no entra dentro de la clasificación de las consecuencias de  $R$  (o sea, que no se pueda considerar  $F_R$ ).

De aquí se siguen dos formas de argumento de segundo nivel que también se siguen de la forma más general (4):<sup>53</sup>

$$(4.3) \quad \frac{F_R}{R'} \quad \frac{R'}{R} \qquad (4.4)^{54} \quad \frac{T'}{R'} \quad \frac{R'}{R}$$

Un problema con las formas (4.1)—(4.4) consiste en que la aplicación de una cierta regla puede producir resultados incompatibles entre sí. Ya sea en fundamentaciones de la misma forma o de formas distintas. Por tanto, es imprescindible establecer (y acatar) reglas que indiquen la preferencia o prioridad de ciertas reglas ante otras. Tomando a  $\mathbf{P}$  como indicador de la relación de preferencia, éstas serán, para Alexy, las reglas de prioridad:

$$(4.5) \quad R_i \mathbf{P} R_k \text{ o bien } R'_i \mathbf{P} R'_k$$

$$(4.6) \quad (R_i \mathbf{P} R_k) C \text{ o bien } (R'_i \mathbf{P} R'_k) C$$

<sup>53</sup> Son de segundo nivel porque su tarea consiste en fundamentar lo que sirve para fundamentar (vid. *ibidem*, p. 130).

<sup>54</sup> En *ibidem*, p. 281, puede verse la relación que tienen las cuatro formas de argumento (4.1)-(4.4) con las formas de comprobación de los enunciados normativos.

El caso de (4.5), es una regla de prioridad (*Vorrangregeln*) que indica que la regla  $R_i$  vale (o es preferente) ante cualquier situación o circunstancia. Por el contrario, la regla (4.6) prescribe que la regla  $R_k$  vale o tiene prioridad bajo ciertas circunstancias  $C$ .

Del análisis que propone Alexy y que resume en estas seis formas de argumento (que de ningún modo puede considerarse que sean definitivas), se puede concluir que «las distintas formas de argumento (hasta el límite que deriva del doble nivel de la justificación) son combinables y transitables a voluntad. Las diferentes combinaciones de formas de argumento producen una estructura de argumento».<sup>55</sup> Dicha estructura de argumento se refiere a las relaciones (o conexiones) lógicas que se dan entre el uso de una forma de argumento y otra. Así, por ejemplo, puede tratarse de una relación de distinto nivel cuando se emplea una forma de argumento para justificar la proposición de otro argumento. Y será del mismo nivel cuando la forma que se usa sirve para justificar a la proposición del mismo argumento.

De ahí, Alexy distingue entre estructura de argumento *aditiva* y estructura de argumento *regresiva*. La primera ocurre cuando las formas de argumento que se emplean para justificar una proposición son independientes entre sí. La segunda surge, por el contrario, cuando la forma de argumento que se utiliza es el apoyo de otro argumento. Sin embargo, advierte Alexy, las estructuras de argumento no son infinitas. Esto debido a que hay ciertas reglas que no pueden ser justificadas (al menos, no todas al mismo tiempo). De ello, en cambio, no depende la racionalidad del discurso práctico. Lo más que se puede exigir, entonces, es que toda regla sea objeto de justificación.

(5) *Reglas de fundamentación*. Con las seis formas de argumento enumeradas se puede lograr una base de racionalidad significativa, aunque todavía falta encontrar las reglas que servirán para las fundamentaciones efectuadas con estas formas de argumento; es decir, el contenido de las proposiciones y reglas a fundamentar.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 283. Alexy distingue entre *forma de argumento*, *estructura de argumento* y *estructura de argumentación* cuando revisa la teoría general de la argumentación de Toulmin (vid. *ibidem*, pp. 132-146).

Alexy divide en tres grupos las reglas que cumplen esta función. El primer grupo corresponde al principio de generalizabilidad expuesto por Hare<sup>56</sup>, Habermas<sup>57</sup> y Baier<sup>58</sup>, respectivamente:

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

El segundo grupo de reglas de fundamentación obedece particularmente a la teoría constructivista de la escuela de Erlangen. Según su propuesta, «el desarrollo de los sistemas de reglas morales es reconstruido por los participantes en el discurso»,<sup>59</sup> lo que significa que las reglas morales deben acreditar el test de racionalidad que se precisa para cada etapa del discurso práctico racional. De ahí la regla:

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis historiocrítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

---

<sup>56</sup> La propuesta de Hare (particularmente su principio de universalidad *PU* y su principio de prescriptividad *PP*) tiene fuertes conexiones con las reglas fundamentales de Alexy (vid. *ibidem*, pp. 108ss.), especialmente con la regla (1.3'), cfr. *supra*, p. 13.

<sup>57</sup> Dadas las reglas de (2.1)-(2.3), todas las personas que deliberan según el principio de igualdad, sólo podrán acceder a las proposiciones normativas y reglas que cada uno pueda aceptar. A diferencia de la generalizabilidad de Hare, la de Habermas se refiere «a las opiniones comunes a obtener en el discurso» (*ibidem*, p. 286). Su regla, por tanto, se referirá a que cada uno pueda estar de acuerdo con las reglas que surjan del discurso.

<sup>58</sup> A Baier le interesa sobre todo las reglas que estén dispuestas según el principio de apertura y de sinceridad. Él piensa que las reglas son las únicas que pueden funcionar como razones en las argumentaciones (aunque no es claro en si esas razones funcionarán, como en Toulmin, como *reglas de inferencia* o, más bien, a modo de *premisa mayor* en una especie de argumento silogístico). Sobre ambos, vid. *ibidem*, pp. 146ss.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 287.

b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

A la regla (5.2.1) debe sumarse una regla, semejante, que hable del desarrollo individual de las opiniones (o concepciones) normativas. Una regla tal quedaría:

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico-individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.<sup>60</sup>

Finalmente, el último grupo de reglas de fundamentación incluye la prescripción de evitar situaciones «parasitarias» del discurso práctico. Es decir, evitar que se haga uso de las reglas del discurso práctico sin tener en realidad finalidades prácticas; lo cual se logra limitando el marco de aplicabilidad al campo de lo fácticamente posible.<sup>61</sup>

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

(6) *Reglas de transición.* Alexy propone tres reglas que hacen posible el cambio de una forma de discurso a otra, según sea necesario para encontrar la fundamentación de cuestiones empíricas, lingüísticas y propias de la discusión práctica.

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

---

<sup>60</sup> Alexy no ofrece una definición del concepto de *condiciones de socialización no justificables*. Lo más que dice al respecto es que tales condiciones de socialización resultan no justificables cuando el interesado no está dispuesto a, o no pueda, tomar parte en el discurso (cfr. Alexy: *TAJ*, p. 288).

<sup>61</sup> Cfr. ídem, nota 671.

Ahora bien, pese a la claridad y operatividad de las reglas formuladas por Alexy, él mismo reconoce la deficiencia que representan. De ningún modo estas reglas alcanzan en todo caso para lograr un acuerdo racional sobre una controversia práctica en un discurso. Lo más que hacen es un acercamiento a ese acuerdo (y garantizar que, en el caso de que se consiga, será racional). Según Alexy, se considerará cumplimiento de las respectivas reglas «si en la situación dada existe una adecuación a la regla en una medida óptima».<sup>62</sup> Sin embargo, asumiendo que el acuerdo entre los participantes se logre de conformidad con estas reglas y formas de discurso, nada asegura todavía que se constituya como un acuerdo general (vinculatorio) para los demás miembros de la comunidad (hayan o no participado en la deliberación). Y es justamente esta idea con la que Alexy conecta su propuesta de una teoría del discurso práctico racional general con su teoría del discurso jurídico.

### **1.3. Teoría de la argumentación jurídica**

Hay distintos escenarios donde se presentan argumentaciones jurídicas. Alexy señala algunos:

«las discusiones de la ciencia jurídica, las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como en la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos».<sup>63</sup>

Todos presentan rasgos particulares, por lo que a cada uno corresponde un estudio específico.<sup>64</sup> Sin embargo, la cualidad más importante que comparten es que en todos ellos se argumenta jurídicamente.

Hay una propiedad que caracteriza a las argumentaciones jurídicas: la vinculatoriedad al Derecho vigente. Esto, a su vez, representa una distinción importante

---

<sup>62</sup> Ídem. Esta idea sugiere que las reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada y deja abierta una cuestión: ¿hasta qué punto se considerará una adecuación óptima a la regla?

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 293s.

<sup>64</sup> Sobre algunas diferencias entre estos escenarios o como Alexy les llama, «formas de discusión», *vid. ibidem*, p. 294.



con respecto a la argumentación práctica general. Aunque esta distinción es evidente, menos lo es el que se trate la argumentación jurídica de un caso especial de la argumentación práctica general, o que el discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general.<sup>65</sup> Para poder afirmar que así es, Alexy ofrece tres razones: (1) que la argumentación jurídica, aunque especializada y limitada a un orden jurídico vigente, tiene por finalidad la resolución de cuestiones prácticas que, sólo en consecuencia, tiene implicaciones para la ciencia jurídica (o dogmática jurídica); (2) hay buenas razones que hablan a favor de la inclusión de una pretensión de corrección dentro del discurso jurídico. Por ejemplo, en el caso de los sistemas jurídicos de influencia constitucionalista, una obligación adscrita a quienes toman las decisiones judiciales es la fundamentación y la justificación de su fallo. Esto demuestra que quien afirma una proposición normativa, dentro del mismo sistema jurídico, pretende que su afirmación sea adecuada o correcta. Por lo que tendrá que acudir a una fundamentación de carácter racional; y (3) aun y cuando las partes en un discurso jurídico están más comprometidas con sus propias causas e intereses, la petición al juez y el fallo de éste, sí contienen una pretensión de corrección; al menos en la medida en que persiguen la aceptación de sus argumentos por aquellas personas que sean racionales. Esto es, como lo indica Alexy, la búsqueda de un acuerdo bajo condiciones ideales;<sup>66</sup> a partir de lo cual se vincula la teoría del discurso necesariamente a la comprensión teórica de la argumentación.

Es importante señalar aquí que la pretensión de corrección que en efecto se encuentra en el discurso jurídico no se refiere únicamente a la corrección racional de las

---

<sup>65</sup> De manera crítica se ha pronunciado Manuel Atienza respecto de esta tesis del caso especial. Según Atienza, al problema de sostener que el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general, le siguen al menos tres dificultades: (1) de carácter conceptual, particularmente de ambigüedad, ya que Alexy no explica a detalle qué debe entenderse precisamente por “caso especial”; (2) de carácter práctico, la cual abarca cinco cuestiones: (2a) la pretensión de corrección no es común a todos los escenarios donde se realiza la argumentación jurídica, ya que hay ocasiones en las que se busca un resultado benéfico y no su justeza, (2b) Alexy parece presuponer que el marco jurídico dentro del cual se realiza la argumentación jurídica es justo, (2c) si la racionalidad del discurso jurídico depende del cumplimiento de las reglas del discurso, habrá que tener en cuenta que hay ocasiones donde esas reglas no sólo son parcialmente cumplidas, sino además son estrictamente incumplidas, (2d) Alexy no diferencia entre el discurso para justificar una decisión y el discurso dirigido a aplicarla, en este último no hay pretensión de corrección sino una pretensión del carácter apropiado de la aplicación y (2e) el modelo de racionalidad discursiva que propone Alexy sólo tiene lugar en lo que Habermas llama el Derecho *como institución* y no en el Derecho *como medio*; y finalmente (3) de carácter ideológica, que sería la justificación de Alexy del modelo de Derecho del estado constitucional democrático. Sobre todas, vid. Manuel Atienza, op.cit., pp. 190-202.

<sup>66</sup> Cfr. ibídem, p. 304.

proposiciones normativas (como sí es el caso del discurso práctico general); sino que se preocupa porque «en el marco del ordenamiento jurídico vigente [estas proposiciones] puedan ser racionalmente fundamentadas».<sup>67</sup>

Para alcanzar una decisión jurídica racionalmente fundamentada, es necesario estructurar una teoría de la argumentación jurídica. En ella se deben distinguir dos aspectos de la justificación:<sup>68</sup> la justificación interna y la justificación externa.

### 1.3.1. Justificación interna

Esta clase de justificación trata de mostrar la relación lógica-inferencial entre las premisas y la decisión judicial. La forma más simple de esta justificación tiene la siguiente estructura:<sup>69</sup>

(J.1.1)  $P_1: (x) (x \rightarrow ORx)$

$P_2: Ta$

$C: ORa (P_1), (P_2)$

La primer premisa ( $P_1$ ) indica que algún «x», que pertenece al dominio de las personas físicas y jurídicas, debe hacer (o cumplir con) algo «R». La segunda premisa ( $P_2$ ) expresa que algún sujeto «a» realizó la conducta prevista por «T», que es el predicado que representa el supuesto de hecho de la norma. La conclusión (C) muestra la relación lógica deductiva entre la variable «a» y la obligación de hacer (o cumplir con) «R».

(J.1.1) satisface el principio de universalidad que exige tratar a todos los miembros de una categoría de la misma manera. También cumple con la exigencia formal de inferencia lógica: que la conclusión se siga lógicamente de las premisas. A partir de esto es posible enunciar dos reglas de la fundamentación interna:

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 305.

<sup>68</sup> Alexy es explícito respecto al uso intercambiable del concepto justificación y fundamentación (vid. *ibíd.*, p. 306, nota 700).

<sup>69</sup> Cfr. *ibíd.*, p. 307. La enumeración que aquí se emplea corresponde con la enumeración de las reglas y formas de argumento de la justificación interna que usa Alexy.

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Cabe decir que ni (J.1.1) es suficiente, porque quedan pendientes algunos casos más complicados,<sup>70</sup> ni tampoco lo son (J.2.1) y (J.2.2), pues no dicen cómo debe ser la norma universal (o cuál debe ser su contenido) ni mucho menos excluyen la posibilidad de que la norma sea modificada.<sup>71</sup>

Para obtener una estructura formal más eficiente, Alexy añade otras tres reglas:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si «a» es un «T» o un «M<sup>1</sup>», hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

(J.2.3) se refiere al desarrollo de las premisas que componen la norma. La variable «M<sup>1</sup>», que se refiere a una propiedad de la norma (por ejemplo, matar con alevosía), sirve para concretizar su contenido y, por ende, facilitar su aplicación al caso fáctico en cuestión.<sup>72</sup>

(J.2.4) es la exigencia explícita que formula Alexy para considerar, en todos los casos, las reglas o los pasos lógicos que sean necesarios dar para facilitar la aplicación de la norma. De lo cual se advierte que para la claridad del argumento es necesario, a pesar de lo «engorroso», efectuar todos los pasos lógicos que permiten llegar a la decisión. De ahí que (J.2.5) sea, a su vez, la explicitación de esta exigencia.

(J.1.1) y (J.2.1)-(J.2.5) garantizan un cierto grado de racionalidad, aunque relativo a la racionalidad de las premisas. Es decir, en la medida en que las premisas estén

---

<sup>70</sup> Sobre la insuficiencia del modelo, vid. *ibidem*, pp. 309ss.

<sup>71</sup> Cfr. *idem*. Alexy expone una forma de justificación interna un poco más desarrollada a la (J.1.1). En ella considera una norma con distintas propiedades que se pueden ir explicitando para conseguir la aplicación auténtica de la norma (vid. *idem*). Esta será la forma de justificación (J.1.2), que será utilizada más adelante (vid. *infra*, p. 103).

<sup>72</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 313s.

racionalmente fundamentadas, se hará posible su justificación según estas reglas o formas de justificación interna.

### **1.3.2. Justificación externa.**

La fundamentación racional de las premisas es la tarea que corresponde a la justificación externa. Alexy distingue tres diferentes tipos de premisas que requieren fundamentación: (1) las reglas de Derecho positivo, (2) los enunciados empíricos y (3) los que no son ni reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos. Para cada una de ellas, corresponde una manera particular de fundamentación. Por ejemplo,

«La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como «argumentación jurídica».<sup>73</sup>

De esta cita se puede constatar que la importancia que concede Alexy a las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo, es superior al que concede a los otros dos tipos de premisas. De ellos se ocupa con sus *reglas y formas de justificación externa*.

Alexy enlista seis grupos de reglas y formas de justificación externa: de la argumentación empírica, de la interpretación, de la dogmática jurídica, del uso de los precedentes, de las formas especiales de argumentos jurídicos y de la argumentación práctica general.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 318s.

<sup>74</sup> Cfr. *ibidem*, p. 320. Aquí mismo (*idem*, nota 729), Alexy admite que la argumentación empírica sirve de manera directa para la fundamentación de los enunciados empíricos que se utilizan en la justificación interna, así como para los enunciados empíricos que se usan en la justificación externa de los enunciados no empíricos.

### *De la argumentación empírica*

La argumentación empírica tiene tanto relevancia para el discurso práctico general como para el discurso jurídico. El problema con ella es que su fundamentación racional depende, entre otras, de la aceptación de ciertos presupuestos del conocimiento empírico. Problema que genera la ausencia de certeza y para la cual vale la regla de transición (6.1) que se enunció a propósito de la misma dificultad en el discurso práctico general.

### *De la interpretación*

Alexy tiene un genuino interés en el tema de los cánones de interpretación, aun cuando no hay un consenso firme respecto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Esto debido a que los cánones de interpretación, no obstante esa falta de consenso, juegan un papel preponderante en la estructura lógica de la justificación interna. Sirven para completar los pasos lógicos que se requieren para construir un argumento deductivo. Por ejemplo, en el caso de una norma (R) que contiene una serie de palabras de las cuales se puede realizar una interpretación (W), se llega a una norma (R') con la cual se puede derivar su aplicación al caso concreto. En términos analíticos, lo anterior tiene la siguiente forma: « $I_{\frac{R}{W}}$ », que se puede entender como la interpretación de R a través de W.

Los cánones de interpretación pueden resumirse en seis grupos distintos de forma de argumentos: «los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica».<sup>75</sup>

(1) *Argumento semántico*. Tiene lugar cuando «se justifica, se critica o se afirma como posible» una interpretación R' de la norma R (o mejor dicho, del conjunto de palabras que conforman la norma R). Alexy formula tres posibles «formas de argumentos» para la interpretación semántica:<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>76</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 324s. Para una exposición general de los problemas centrales que enfrentan los tribunales constitucionales con el uso de argumentos semánticos (especialmente cuando se trata de conceptos esencialmente controvertidos), vid. Marisa Iglesias Vila, «Is conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional?», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, Alicante, 2000, pp. 77-104.

- (J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R, sobre la base de  $W_i$ ;
- (J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R, sobre la base de  $W_k$ ;
- (J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni  $W_i$  ni  $W_k$ .

(J.3.1) y (J.3.2) son argumentos definitivos. Estos sólo son posibles si una regla semántica permite considerar a R' como caso especial de R o bien indica lo contrario. Esto hace del argumento semántico suficiente para la fundamentación de una decisión que tiene como base R. Por el contrario, con el argumento (J.3.3) la situación no está resuelta. Ya que sólo con medios semánticos no es posible arribar a una decisión.

(2) *Argumento genético*. Ocurre cuando de lo que se trata es de justificar una interpretación R' que coincide con la voluntad del legislador al momento de aprobar la norma R. Este argumento se puede presentar de dos formas distintas:

(J.4.1) · (1) R' ( $I_{\frac{R}{W}}$ ) es querido por el legislador,<sup>77</sup>

(2) R'

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z,

· (2)  $\neg R' (I_{\frac{R}{W}}) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

Con (J.4.1) se dice que R' es el objeto directo de la voluntad del legislador; con (J.4.2) se dice que R' representa los fines (Z) pretendidos con R. En ambos casos es necesario incluir premisas o reglas de inferencia que completen el esquema deductivo.<sup>78</sup> Los enunciados sobre la voluntad del legislador son a los argumentos genéticos lo que las reglas sobre la validez semántica es a los argumentos semánticos. A estos enunciados

<sup>77</sup> Que a los números les anteceda un «·» significa que se trata de premisas. Así, se podría sustituir · (1) por P<sub>1</sub>, que es la anotación que anteriormente fue utilizada. Sin embargo, se usará la numeración que emplea Alexy para conservar la armonía con su obra.

<sup>78</sup> Por supuesto, como lo anticipa Alexy, ambos argumentos no funcionan de manera directa. Es necesario acompañarlos de una premisa o reglas de inferencia que complementen la conexión lógica. Por ejemplo, a (J.4.1) le correspondería una premisa «(a) El que el legislador desee que R se interprete mediante W ( $I_{\frac{R}{W}} = R$ ) es una razón para la validez de R'» (ibidem, p. 327); mientras que (J.4.2) requiere de al menos una premisa «(b) El que el legislador persiga con R el fin Z es una razón para que en la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z» (Ídem) o «(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de Z» (Ídem).

Alexy les llama «requisitos de saturación».<sup>79</sup> Y para fundamentar estos requisitos, es necesario acudir a otras formas de argumentos.

(3) *Argumento histórico*. Se recurre a él, cuando «se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido»<sup>80</sup> como razones a favor o en contra de una determinada interpretación. Por supuesto que esta interpretación comparte el problema de los anteriores argumentos: se requiere de otras premisas que permitan completar los pasos de una deducción lógica.

(4) *Argumento comparativo*. Aquí se utilizan «como referencia» situaciones jurídicas o estados de cosas de una sociedad distinta a donde se está discutiendo la interpretación de la norma. Lo mismo que en los casos anteriores, se requiere de premisas normativas que justifiquen el contenido de la evidencia empírica.

(5) *Argumento sistemático*. Este argumento puede referirse a dos cosas. Por un lado, comprende la situación de una norma en el texto legal, y por otro, la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios.

Según Alexy, la forma más importante del argumento sistemático es la que indica una contradicción normativa.<sup>81</sup> Por ejemplo, si una norma  $R_1$  se interpreta de conformidad con  $W$ , obteniéndose  $R'_1$ , y resulta que esa interpretación es contradictoria con la norma  $R_2$ , que goza de plena validez, entonces  $R_1$  debe abandonarse.

(6) *Argumento teleológico*. El desarrollo de un argumento de este tipo, afirma Alexy, «presupone un análisis detallado de los conceptos *fin* y *medio*, así como de los conceptos vinculados a éstos de *voluntad*, *intención*, *necesidad práctica* y *fin*».<sup>82</sup>

Dentro del esquema general de los argumentos teleológicos puede reconocerse uno muy vinculado con el argumento genético: el argumento teleológico-objetivo. Según este argumento, lo que importa son los fines no de una persona (legislador histórico) sino más bien los fines racionales o prescritos objetivamente en el ordenamiento jurídico vigente. La forma básica de este argumento sería:

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 329. Aquí mismo puede notarse la dificultad que encuentra Alexy con respecto al uso de enunciados con los que se intenta demostrar la voluntad del legislador. Principalmente la dificultad de encontrar quién es el sujeto de esa «voluntad del legislador».

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 330.

<sup>81</sup> Cfr. *ídem*.

<sup>82</sup> *Ídem*. Énfasis agregado.

- (J.5) · (1) OZ  
 · (2)  $\neg R' (= I_{\frac{R}{W}}) \rightarrow \neg Z$   
 (3) R'

(J.5) corresponde en cierta medida con (J.4.2) salvo que aquí «Z» no es un fin querido por el legislador sino un fin objetivo, es decir, algo que normativamente está exigido. «OZ» representa esa exigencia normativa, la sintaxis « $\neg R' (= I_{\frac{R}{W}}) \rightarrow \neg Z$ » puede leerse como la necesidad de interpretar en el sentido de R' para alcanzar Z.

Un caso interesante de este tipo de interpretación es aquel en el que, si el fin que se pretende (Z) es un estado de cosas y no una descripción empírica, se vuelve sobre premisas normativas que necesariamente son «normas de tipo general» o «principios». De esto se puede concluir que para ciertas situaciones la argumentación teleológica se convierte en una argumentación a partir de principios.

Es importante ahora señalar «el papel» o la función que desempeñan estos cánones de interpretación dentro del discurso jurídico. Para lo cual, Alexy se encarga de enumerar seis puntos a considerar: «(1) el campo de su aplicabilidad, (2) su estatus lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico».<sup>83</sup>

Respecto a (1), se puede decir que el contexto de aplicación de alguna forma de discurso es tanto para favorecer a una interpretación como para rechazarla; también pueden utilizarse para la solución de conflictos entre normas, para la restricción del campo de aplicación de las normas, y para la fundamentación de las normas que no pueden deducirse de la ley.

De (2) se puede decir que no son reglas; es decir, no establecen lo que se debe hacer o lo que se debe alcanzar. Por el contrario, es mejor considerarlos «esquemas de argumentos».<sup>84</sup>

El caso de (3), asegura la racionalidad de las formas de argumentos que se usan para la interpretación de las normas. Según el argumento que se use para la

---

<sup>83</sup> Ídem.

<sup>84</sup> La idea de esquemas de argumentos, que es un concepto de Perelman, coincide con lo que Alexy llama «formas de argumentos» (sobre esto, vid. ibídem, p. 338; también Ídem, nota 764).



interpretación, deberán ser las premisas que complementen su conexión lógica. Las premisas que se deben incluir en el argumento pueden ser normativas o empíricas, y ellas, en todo momento, serán objeto de discusión para comprobar su verdad o su corrección.

Para evitar la presuposición de esas premisas fácticas o normativas en el uso de los argumentos o cánones interpretativos, Alexy formula la siguiente regla:

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

Con (4) se intenta decir que cada forma de argumento cumple una función diferente; mientras que con (5) se muestra que, debido a esa función diferente, pueden resultar interpretaciones muy distintas para el mismo caso del que se requiere interpretación. Por lo que, para bloquear esa variación, se podría sugerir un «catálogo» de cánones que, enumerando jerárquicamente cada forma de argumento, sirva para evitar ese problema. Sin embargo, aquí no cesa la dificultad: todavía falta saber cuáles son esos cánones de interpretación que gozarán de precedencia frente a los demás.<sup>85</sup>

(6) se encarga de hacer explícito este problema. Y aunque Alexy defiende que la teoría del discurso no puede diseñar un catálogo semejante, sí puede «mostrar de qué manera hay que usar oportunamente las distintas formas de argumentos».<sup>86</sup> Por ello, Alexy es capaz de formular una regla sobre la carga de la argumentación, que tiene por objeto vincular la discusión con el Derecho positivo vigente. Y que es, en última instancia, una regla pragmática:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

Esos motivos racionales no son de antemano previsibles; sin embargo, como bien lo anticipa Alexy, sólo se podrán considerar motivos *racionales* aquellos que están

---

<sup>85</sup> Respecto a la dificultad de construir un catálogo semejante, vid. *ibidem*, pp. 340s.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 341.

sometidos a la justificación racional del discurso práctico. Es aquí donde se presenta otra conexión entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general.<sup>87</sup>

Por otra parte, encontrar preferencia de unos motivos sobre otros no es algo que tenga que efectuarse cada vez que aparezcan en conflicto diferentes formas de argumentos. Si se ha decidido la preferencia de una forma sobre otra para un caso particular, debe guardarse el resultado para casos futuros con los que comparta semejanzas relevantes. De ahí la siguiente regla, que es una formulación del principio de universalidad de la teoría del discurso:

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

Además de esta regla, Alexy propone otra que proyecta la ventaja de incluir en las discusiones jurídicas todos los argumentos que se puedan formular:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

#### *De la dogmática jurídica*

Por cuanto hace a la dogmática jurídica, Alexy enumera tres actividades que le permiten distinguirla como disciplina auténtica: primero, la descripción del Derecho vigente; segundo, su análisis sistemático y conceptual; y tercero, la elaboración de propuestas para la solución de casos difíciles.

Para la consecución de estas tres actividades, Alexy enlista tres «tareas» propias de la dogmática: el análisis lógico de los conceptos jurídicos, la reconducción de este análisis a un sistema y la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 342s.

<sup>88</sup> Cfr. *ibidem*, p. 349.

Pese a lo completa que parece la dogmática jurídica cumpliendo estas funciones, todavía no es suficiente para satisfacer las exigencias racionales del discurso jurídico.<sup>89</sup> Por ello se requiere de la argumentación práctica general. Esto lo deja más claro Alexy con su definición de dogmática jurídica:

«Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, [y que] no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tiene contenido normativo».<sup>90</sup>

Los enunciados a que se refiere este concepto de dogmática jurídica, comprenden diferentes dificultades. Dificultades que tienen que ver con su relación, su clasificación y su implicación en la teoría de la dogmática jurídica.<sup>91</sup> Esta teoría se refiere, en síntesis, a cuatro aspectos: (1) al lenguaje de la dogmática, (2) al uso de los enunciados de la dogmática, (3) a la fundamentación de los enunciados de la dogmática, y (4) a la fundamentación de la dogmática.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Sobre las deficiencias que presenta la dogmática jurídica, vid. *ibídem*, pp. 349s.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 353. Esta definición de dogmática jurídica la propone Alexy después de analizar las cinco condiciones que a su parecer debe satisfacer una tal definición (sobre esto, vid. *ibídem*, pp. 351ss.).

<sup>91</sup> Alexy elabora una clasificación provisional de los enunciados de la dogmática jurídica (al respecto, vid. *ibídem*, pp. 353-358).

<sup>92</sup> Cfr. *ibídem*, p. 359. Respecto a cada uno, vid. *ibídem*, pp. 359-375. La característica especial de los enunciados dogmáticos es que ellos pueden ser comprobados sistemáticamente. Según Alexy, hay dos tipos de comprobación sistemática: (1) la comprobación sistemática en sentido estricto, que se refiere «a las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los enunciados dogmáticos, así como a las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes» (*ibídem*, p. 361). Y (2) la comprobación sistemática en sentido amplio, que se refiere «a la relación [...] de los enunciados normativos a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas» (*Ídem*).

Aquí mismo y en Atienza, *Las razones del Derecho*, op.cit., pp. 169s. pueden verse las seis funciones que Alexy destina a la dogmática jurídica. De manera resumida, éstas son: (1) la función de estabilidad, que asegura una determinada forma de decisión por periodos considerables de tiempo; (2) la función de progreso, que busca mejorar la discusión jurídica ampliando principalmente las dimensiones científicas del Derecho; (3) la función de descarga, que impide poner a discusión enunciados que ya fueron comprobados o aceptados provisionalmente; (4) la función técnica, que promueve la enseñanza y la transmisión de información a través de conceptos básicos, formas de enunciados, instituciones, etcétera; (5) la función de control, que permite, por medio de la comprobación sistemática en sentido amplio y en sentido estricto, decidir un caso no de manera aislada sino en armonía con el resto de los enunciados dogmáticos; y (6) la función heurística, que refleja el uso de los distintos modelos de solución y abre paso a nuevas alternativas.

Estos aspectos demuestran la ventaja del empeño de la dogmática jurídica en el discurso jurídico. Sobre todo cuando de ella se puede predicar racionalidad. Y esto ocurre, como lo afirma Alexy, siempre que se incorpore en la argumentación dogmática argumentos de tipo práctico general. O en otras palabras, «[l]a argumentación dogmática es racional en la medida en que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general».<sup>93</sup>

Por consiguiente, la base (o «la piedra de toque», como la llama Alexy) de la dogmática jurídica es la argumentación práctica general, aunque no se identifica con ella. De esta relación surgen las siguientes tres reglas, de las cuales las dos primeras se refieren a la fundamentación y comprobación de los enunciados dogmáticos:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

#### *Del uso de los precedentes*

Respecto al problema del uso de los precedentes, Alexy se centra en dos cuestiones distintas: «(1) el papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del discurso jurídico [...], y (2) la relación de los argumentos basados en precedentes con otros argumentos posibles en el discurso jurídico».<sup>94</sup>

La primera dificultad que se puede destacar respecto del uso de los precedentes, tiene que ver con el problema de encontrar semejanzas relevantes en casos distintos. Es cierto que dos casos nunca son iguales del todo, no obstante, de acuerdo al principio de universalidad, si es el caso de que sean iguales en cuanto a los puntos relevantes, debe seguirse la decisión del precedente. Esto deja abierta, en sentido contrario, la pregunta ¿cuándo es válido apartarse de las decisiones anteriores en casos semejantes y para los cuales, sin embargo, se pretende una resolución distinta? Alexy emplea aquí el principio

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 375.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pp. 376s.

de inercia de Perelman.<sup>95</sup> De acuerdo a este principio, sólo con buenas razones está justificado apartarse de las decisiones que constan en los precedentes. Vale, por tanto, lo que Alexy llama: «la carga de la argumentación». La carga de la argumentación servirá de recurso cuando las semejanzas entre dos casos sean tan fuertes que sólo pueda abandonarse el precedente aduciendo para ello buenas razones. Para los casos donde tales semejanzas no sean tan evidentes, la carga de la argumentación sería un recurso excesivo.<sup>96</sup>

De esto se pueden derivar las siguientes dos reglas del uso del precedente:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

#### *De las formas de argumentos jurídicos especiales*

Alexy entiende por formas de argumentos jurídicos especiales aquellos «que se usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumento a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*».<sup>97</sup> La característica común a todos ellos es que se tratan de argumentos lógicamente válidos. De los argumentos a contrario, por analogía y por reducción al absurdo, Alexy elabora las siguientes tres reglas, respectivamente:

(J.15)           · (1) (x) (OGx → Fx)  
                      · (2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx), (1)

(J.16)           · (1) (x) (Fx ∨ F sim x → OGx)  
                      · (2) (x) (Hx → F sim x)  
                      (3) (x) (Hx → OGx), (1), (2)

---

<sup>95</sup> Vid. supra, p. 15.

<sup>96</sup> Cfr. ibídem, p. 378. Alexy encuentra con esto algunas coincidencias importantes entre la dogmática jurídica y los precedentes. Una, y quizás la más importante, será el hecho de que en gran medida la dogmática se nutre de los precedentes. Sobre esto, vid. ibídem, pp. 378ss.

<sup>97</sup> Ibídem, p. 383. Sobre el análisis que hace Alexy sobre los argumentos a contrario, por analogía y de reducción al absurdo, vid. ibídem, pp. 384-389.

- (J.17)           (1)  $\neg OZ$   
                  · (2)  $R' \rightarrow Z$   
                  · (3)  $\neg R'$ , (1), (2)

(J.15) expresa que sólo si «x» es «F» debe seguirse la consecuencia jurídica «G» (contenida por una norma o fundamento legal). De ello se sigue que si «x» no es «F» entonces no le debe seguir esa consecuencia jurídica «G».

(J.16) establece que para todo «x», si «x» es «F» o semejante a F («F sim»), entonces merece la consecuencia jurídica «G». Si hay un «x» que tiene propiedades que le hacen semejante a «F», entonces merece la consecuencia jurídica «G».

(J.17) representa la prohibición de realizar «Z» (que es un resultado inadmisibles). Si la interpretación de una norma «R'» conduce a «Z», entonces esa norma no debe interpretarse como «R'».

Los argumentos (J.15)-(J.17), a pesar de su validez inferencial, requieren de otros argumentos adicionales (sobre todo de argumentos interpretativos) que les permitan completar los pasos silogísticos de cada una de sus formas argumentativas. De ahí que la siguiente regla tenga plena validez:

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

#### *De los argumentos prácticos generales*

La argumentación práctica general *puede* resultar necesaria para la argumentación jurídica tanto

- «(1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la

fundamentación de la *distinguishing* y *overruling* [, así como] (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna». <sup>98</sup>

En estas cinco situaciones de fundamentación, como lo reconoce Alexy, pueden emplearse enunciados dogmáticos o de precedentes. Lo cual anularía el requerimiento de la argumentación práctica general. <sup>99</sup> Sin embargo, tales enunciados fundamentarían sólo parcialmente, de manera incompleta y provisionalmente esas situaciones. <sup>100</sup> Por lo tanto, para la fundamentación de la aplicación de enunciados de precedentes (y de la dogmática) es necesario el uso de argumentos prácticos generales. De ahí que Alexy se atreva a sostener que «la argumentación práctica general constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica».

#### **1.4. Presupuestos de la teoría de la argumentación jurídica**

Alexy expone una serie de razones que justifican la vinculación de la argumentación práctica general, o discurso práctico racional general, con la argumentación jurídica, o discurso jurídico. Dado que esas razones han sido presentadas a lo largo de este capítulo, aquí sólo se mencionarán brevemente: (1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y (4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica.

Todas estas razones reflejan la importancia del discurso práctico en la discusión jurídica. <sup>101</sup> Sin embargo, dejan pendiente un aspecto esencial de esta última. En toda discusión jurídica hay, como se ha mostrado, una pretensión de corrección que debe situarse dentro de los límites del sistema jurídico; y según Alexy, «todo sistema jurídico

---

<sup>98</sup> Ibídem, pp. 389s. La técnica del *distinguishing* sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente; mientras que la técnica del *overruling*, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente (ídem)

<sup>99</sup> Cfr. ibídem, p. 390.

<sup>100</sup> Para los ejemplos que usa Alexy para ilustrar esta proposición, vid. ibídem, p. 391.

<sup>101</sup> A decir de Rodolfo Vigo, es con esa «amplitud» y «confianza» en la razón práctica discursiva que «el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente» (Rodolfo Vigo, op.cit. p. 214).

contiene márgenes que pueden ser llenados con discursos jurídicos». <sup>102</sup> El problema ahora es qué vale como sistema jurídico.

La vinculación entre la pretensión de corrección y la validez del sistema jurídico puede entenderse de dos formas distintas: (1) se refiere a que la decisión se fundamenta correctamente si se parte del Derecho válido, con independencia de cómo se haya creado. De lo cual se puede advertir que una decisión jurídica sólo formula una pretensión de corrección *en el marco del orden jurídico válido*; o (2) se refiere a que el Derecho válido sea racional o justo. Las decisiones, entonces, contendrían una pretensión sólo *en cuanto decisiones jurídicas correctas*.

Esta última es la clase de validez que le interesa a Alexy. El problema de la validez jurídica está íntimamente relacionado con el problema de la definición (o conceptualización) del Derecho. Ambas cuestiones serán tratadas enseguida.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 453.



## CAPÍTULO 2. LA TEORÍA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO DE ALEXY

El concepto de Derecho y el concepto de validez son dos preocupaciones centrales en el pensamiento jusfilosófico de Alexy. Sobre el primero, el concepto de Derecho, hay una gran polémica que mantiene en constante conflicto a dos de las posturas teóricas más importantes de la filosofía jurídica: la positivista y la no-positivista.<sup>103</sup> Este conflicto tiene que ver con la cuestión de si es o no sostenible afirmar que en la definición del Derecho se puedan incluir elementos de la moral.

Respecto al segundo, el concepto de validez jurídica, la discusión tiene que ver con las razones que hacen de una norma y de un sistema normativo una norma jurídica y un sistema jurídico. Es decir, sobre las condiciones que se deben satisfacer para declarar jurídicamente válido tanto a un sistema de normas como a una o algunas normas en particular.

A estas dos cuestiones Alexy responde, desde el discurso *no-positivista*,<sup>104</sup> que la relación entre la moral y el Derecho es conceptualmente necesaria y que, por esa razón, el positivismo jurídico que pugna por la separación de conceptos fracasa como teoría general. Para sustentar esta tesis, Alexy apela a su teoría de los derechos fundamentales (particularmente a su teoría de los principios), a su teoría de la argumentación jurídica y a su tesis de la pretensión de corrección. Esta estrategia tripartita arranca con un análisis de las teorías jurídicas más relevantes de la tradición continental y luego determina si los postulados que ellas defienden son suficientes o no para resolver este debate.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Algunos autores prefieren distinguir entre positivismo exclusivo y positivismo inclusivo. Para una exposición de ambos conceptos y su disputa, vid. Wilfrid Waluchow, —Egal Positivism, inclusive versus exclusive”, en E. Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, 2008. Visto en septiembre de 2010 en <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>.

<sup>104</sup> La corriente no-positivista, que a menudo suele denominarse post-positivismo, post-empirismo o neo-jusnaturalismo, se caracteriza por rechazar al empirismo, al formalismo lógico y al método científico como únicos modelos de investigación social y filosófica. En su lugar, recurre a la epistemología y a la ontología (cfr. Robert Alexy, —La naturaleza de la Filosofía del Derecho”, *Aossiciations*, 7, 2003, p. 63-75), a las creencias morales y políticas de quienes realizan las investigaciones y al método inductivo. Al respecto, véase el ensayo de Naomi Head, —What are the dilemmas raised by post-positivism, and which school of critical theory best addressed them?” publicado en <http://serhatuenaldi.com/pdf/postmodernism.pdf>, (visto en agosto de 2010).

<sup>105</sup> Cfr. Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p.13. De aquí en adelante *CVD*.

## 2.1 La tesis de la vinculación y la tesis de la separación

Las dos tesis (o posturas) que resumen el conflicto sobre la clase de conexión que existe entre moral y Derecho son, por un lado, la *tesis de la vinculación* (*Tv*), y por el otro, la *tesis de la separación* (*Ts*).<sup>106</sup> La disputa entre ambas radica en que *Tv* afirma que la relación entre moral y Derecho es de carácter conceptual (o necesaria), mientras que *Ts* sostiene que sí puede haber una relación, aunque sólo de carácter justificativa o evaluativa y nunca de manera necesaria.

### 2.1.1. Tesis de la vinculación

Quienes defienden *Tv* y justifican la inclusión de elementos morales en la definición del Derecho, parecen responder mejor a los dogmas jusnaturalistas que a las exigencias del paradigma positivista.<sup>107</sup> Por esa apariencia es que muchos autores han dado en llamar “jusnaturalistas” a los filósofos que defienden tal vinculación. Sin embargo, esa conjetura no es correcta. Los argumentos del no-positivista coinciden más con el objetivismo científico de los positivistas que con el determinismo naturalista. La única diferencia, que es muy grande, aparece en el hecho de que los no-positivistas incluyen algunas ideas fundamentales de los racionalistas (que es una clase menos general de los ya citados jusnaturalistas). Estos argumentos son la base del pensamiento de algunos filósofos del Derecho, entre ellos Alexy. Las versiones más importantes de estos argumentos son:

1) Aquellas que sostienen que hay una identificación entre el Derecho y la justicia. En este caso, la ley positiva tiene que estar soportada en la ley natural (o de la

---

<sup>106</sup> Cfr. Ernesto Garzón Valdés “Moral y Derecho”, en Rodolfo Vázquez (ed.), *Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 19-55.

<sup>107</sup> Cuando se habla del “paradigma positivista”, se hace alusión al positivismo lógico (o también conocido como empirismo lógico). Este positivismo aparece a finales de la primera guerra mundial, en el primer lustro de la década de los veinte, gracias a un grupo de filósofos, matemáticos y científicos que se propusieron discutir las ventajas de una forma de pensamiento lógico-empírico. Este grupo se reunía en Viena, bajo la dirección del filósofo austriaco Moritz Schlick, por ello fueron llamados “el círculo de Viena”. Analizaban las obras de Hume (sobre la distinción entre ideas *a priori* y las cuestiones de hecho *a posteriori*), de Ernst Mach (acerca de los hechos de la experiencia en primera persona que constituyen el fundamento último del conocimiento), de Bertrand Russell (sus primeras tesis sobre el lenguaje) y del primer Wittgenstein (principalmente el del *Tractatus*). Sus principales características fueron: la defensa del empirismo, el rechazo a la metafísica, y una pretensión unificadora de la ciencia en sus lenguajes y en sus métodos. Algunos de los filósofos más reconocidos de esta corriente son Rudolf Carnap, Kurt Gödel, Karl Popper y Jules Ayer.

naturaleza). Si existiera alguna distinción entre *ser*, *orden* y *valor*, el Derecho sería una simple imposición de poder. Por lo tanto, para que el orden jurídico positivo asegure su legitimidad y conserve su eficacia, debe «respetar la naturaleza de las cosas».<sup>108</sup>

2) Aquellas que identifican la ley injusta con la ley corrupta (o degenerada).<sup>109</sup> Las teorías que defienden estos argumentos sostienen que la justicia es una cualidad clasificatoria del Derecho. Por eso, aunque la ley pueda estar formulada en términos estrictamente prácticos, su contenido debe respetar los valores intrínsecos de la *virtud*.<sup>110</sup>

3) Aquella propuesta por Hart, formulada en su obra *The Concept of Law*,<sup>111</sup> en la que opone al punto de vista interno del Derecho el punto de vista externo. El primero es la condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo, es la razón que tienen los «participantes» para considerar *obligatorio* un sistema jurídico. Por tanto, viene a coincidir con los elementos morales que intervienen en la *voluntad* del hombre cuando considera obligatoria la disposición normativa de un determinado orden jurídico. El segundo tiene que ver más con la eficacia de ese mismo sistema jurídico para cumplir su función, que no es otra cosa que la ordenación de la conducta humana a través de las normas jurídicas.

4) Aquellas que estiman más la relevancia esencial de la pretensión normativa del Derecho. En este caso, el ejemplo más claro es Theodor Viehweg, quien dice que toda la estructura jurídica debe establecer dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo (la *intentio dogmática*), cuya corrección moral «no se puede

---

<sup>108</sup> Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *ibídem*, p. 21.

<sup>109</sup> En su *Summa Teologiae*, Tomás de Aquino pone como ejemplo de ley corrupta aquella que no está de acuerdo con la justicia, y después agrega que «el Derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo»; por ende, el Derecho no es ajeno a la voluntad divina y, aunque procede de una acción humana, tampoco es más positivo que natural. Al respecto, véase el texto completo y un resumen comentado de la *Summa Teologiae* en <http://hig.com.ar/sumat/> (visto en julio de 2010).

<sup>110</sup> Uno de los primeros filósofos en atender a la virtud (*αρετή*) fue Aristóteles, quien aseguró que para la constitución de la ciudad (*πολις*), la justicia (*δική*) es la única fuente de legitimidad (*δίκιος*). Que es la que, con todo, permite el Estado de Derecho o buen gobierno (*εὐνομία*), y favorece a la obtención del único fin que el Estado pretende: la felicidad (*εὐδαιμονία*) de sus ciudadanos. Al respecto, vid. Aristóteles, *La política*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 2ª, 2000.

<sup>111</sup> Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, New York, Oxford University Press, 1961. En adelante *TCL*.

juzgar». <sup>112</sup> A lo que se suma Garzón Valdés, asegurando que la *intentio dogmática* es igual a la pretensión de legitimidad del Derecho. <sup>113</sup> Postura que también retoma Alexy, quien pone en la *pretensión de corrección* el elemento necesario para definir el concepto de Derecho. Con esto se obtendría una vinculación necesaria entre Derecho y moral, pues en el caso de que un orden jurídico no formule una pretensión de corrección, el sistema normativo de que se trate no podrá ser considerado un sistema jurídico. Y en el caso de que se incumpla (o no se satisfaga), es decir, se cometa una contradicción performativa, la pretensión de corrección se considerará jurídicamente deficiente.

5) Aquellas que prefieren el argumento de la razonabilidad práctica o, lo que es igual, la *pretensión de razonabilidad*. Idea que se ilustra con la institucionalización del Derecho, que implica un uso racional dado por la condición humana. A esto Hart lo llama «el contenido mínimo de Derecho natural», y Peter Strawson «nuestro *make-up psicológico*». Asimismo, Neil MacCormick retoma este argumento para afirmar que la conexión «es necesaria entre los conceptos Derecho y moralidad, porque ambos son ejercicios de la *razón práctica*; aunque difieren entre sí debido a que son modos diferentes de ella (pues tienen distintos criterios de validez para las reglas o normas que aplican)». <sup>114</sup> En este mismo sentido, Carlos Nino sostiene que entre normas jurídicas y normas morales existe una relación de identidad de caso: «no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, aunque toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial». <sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> Al respecto, vid. Luis Recaséns-Siches, —*La Tópica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg*», *Diánoia* Núm. 9, 1963, p. 292; y el resumen de la teoría de Viehweg que presenta Manuel Atienza en *Las razones del Derecho*, op. cit., pp. 32-43.

<sup>113</sup> Son equivalente en el sentido del argumento epistemológico que reza: «decir que *S* cree que *P*, es igual a decir que *S* considera a *P* verdadera».

<sup>114</sup> Para un análisis más profundo de la teoría de Neil MacCormick, principalmente sobre su postura argumentativa, sus pretensiones morales en la actividad judicial y la relevancia de la razón práctica, véase L. Suárez Llanos, —*Razón práctica y argumentación en MacCormick: De la descripción a la justificación crítico-normativa*», en *Derechos y Libertades*, núm. 15, época II (junio 2006), p. 173-210. También, para una reflexión acerca de las similitudes entre la teoría de la argumentación de MacCormick y Alexy, véase: Juan Carlos Velazco Arroyo, —*El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*», *Isegoría*, vol. 21, 1999, pp. 49-68.

<sup>115</sup> Carlos Nino, —*Sobre los derechos morales*», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7, Alicante, 1990, pp. 311-325. Esta es la misma crítica que Carlos Nino y Neil MacCormick lanzan contra Hart, pues dicen que si Hart aseguraba que el Derecho era una práctica social dependiente de criterios racionales, no podía entonces negar la vinculación entre Derecho y moral, ya que ambos son conceptos dependientes de la «razón práctica».

### 2.1.2. Tesis de la separación

Contrario a cada una de esas versiones, los *positivistas* prefieren apartar del concepto de Derecho todo elemento moral (y racional), a no ser que se trate exclusivamente de una inclusión en la descripción de su contenido. Las objeciones que se hacen a cada una de las versiones no-positivistas, Alexy las resume en:

1) Se tratan de argumentos no racionales, que convierten a la ciencia del Derecho en una rama de la teología, o de razonamientos falaces que pretenden derivar conclusiones normativas a partir de enunciados descriptivos.<sup>116</sup> La única relación que puede aceptar un positivista es aquella que se limita a diagnosticar la inclusión de elementos morales (o de la moral positiva) en el momento de la descripción de la práctica social que llamamos Derecho.

Sin embargo, esto no es lo que está a discusión, pues nadie negaría (ni positivistas ni mucho menos los no-positivistas) que existe una cierta correspondencia entre el Derecho (sistema jurídico, normas jurídicas, instituciones de adjudicación, etcétera) y la moral (descriptiva o positiva) que se encuentra en juego al momento de señalar las posibilidades sociales que se tendrán en cuenta para conformar el orden legal del Estado.<sup>117</sup>

2) Una norma jurídica, por más injusta que sea, no deja de ser válida; cuando la validez no es una cuestión de grado, como lo es la eficacia, porque no puede decirse de ella que es más o menos válida. Ni tampoco que cuente con más requisitos para ser sancionada que la satisfacción de ciertos procedimientos estrictamente prescritos por la ley.

Es por eso que G. H. von Wright aseguró que la moralidad no debía ser incorporada al orden coactivo del Estado, ya que la moralidad trasciende la legalidad, en

---

<sup>116</sup> Esta postura se deriva de la introducción lógica de Edward Moore, que denominó *falacia naturalista*. Con ella se proscribió la inclusión de juicios normativos a partir de proposiciones puramente descriptivas o, en otras palabras: «a partir de aserciones factuales no se pueden implicar aserciones morales».

<sup>117</sup> Esta maniobra la intentó Kelsen cuando dijo que «la teoría pura del Derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del *positivismo jurídico*; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el *relativismo*. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un Derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta sólo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente». Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*; México, Fontamara, 1993, pp. 33 y 34. En adelante, *TPD*.

el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia.<sup>118</sup> Lo que significa, en pocas palabras, que la moralidad debe quedar como pauta para juzgar la corrección de la ley.

3) El punto de vista interno, dice Rolf Sartorius, «no tiene que ver con actitudes morales de los funcionarios o miembros del sistema».<sup>119</sup> Si los funcionarios simplemente hacen cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y lo ciudadanos en su mayor parte las obedecen, «puede decirse que el sistema jurídico existe», por lo tanto el aspecto volitivo de adhesión a las normas no sería necesario. Consiguientemente, los funcionarios públicos pueden o no estar de acuerdo con las reglas que imponen, sólo que su única tarea, no obstante su desagrado, es mantenerlas.

De esta forma, el sistema jurídico tiene validez de acuerdo a su eficacia; por más que el funcionario que debe obedecerle y cumplir los encargos que las normas jurídicas vigentes le obligan no esté de acuerdo. Su conformidad moral no es, entonces, una condición de validez jurídica.

4) Según Eugenio Bulygin, los casos de contradicción performativa de Alexy no son tales. El carácter prescriptivo, por ejemplo de una constitución, implica que no tiene sentido afirmar que esa constitución puede ser justa o no, como no puede ordenar que alguien (cualquiera) sea rico o pobre. Si se pierde ese carácter prescriptivo y se asume una «declaración política» de la constitución, no hay un error conceptual sino una falla política. Por lo tanto, la pretensión de corrección carece de fundamento.

Hay además otros dos problemas que tiene Bulygin con la idea de la pretensión de corrección. El primero tiene que ver con la clasificación de los sistemas jurídicos, donde ocurre una posible «argumentación circular» sobre la que estaría justificada la pretensión de corrección. Según Bulygin, el argumento de Alexy consiste en que «la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas normativos que se erigen sin su cumplimiento son defectuosos. Y este funcionamiento defectuoso tiene un carácter especial porque está sobre la base de la necesidad de esa pretensión. Así entonces, la necesidad de la pretensión es al mismo tiempo una razón y una consecuencia de esta

---

<sup>118</sup> Véase al respecto un artículo del profesor Lorenzo Peña donde discute algunas obras de von Wright; publicado en línea en <http://digital.csic.es/bitstream/10261/12316/1/VONWRIGH.PDF>, (visto en julio de 2010).

<sup>119</sup> Vid. Rolf Sartorius, «Positivism and the Foundation of Legal Authority»; en Ruth Gavinson (comp.) *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, 1987, p. 51s.

pretensión». <sup>120</sup> Y en este sentido, aunque en otro texto, Bulygin dice que sobre la base de esta interpretación, aplicada ahora a las normas en particular, Alexy cae en una contradicción: afirma que las normas jurídicas *necesariamente* incluyen una pretensión de corrección, aunque tal pretensión no es definitoria del concepto de norma jurídica. Por lo tanto, si no es una característica definitoria, «entonces no es necesaria». <sup>121</sup>

El segundo problema se refiere a la necesidad de incluir elementos morales dentro del concepto de Derecho. Siguiendo a Alexy, la pretensión de corrección, además de ser necesaria, incluye una corrección de índole moral. Lo que liga inevitablemente al Derecho con la moral. Sin embargo, Bulygin cuestiona si todo sistema jurídico incluye siempre alguna, aunque no necesariamente la misma, moral o, más bien, Alexy habla de una moral especial que está incluida en todo sistema jurídico. <sup>122</sup>

Ad 5) Alf Ross aseguraba que siempre «es posible establecer la existencia y describir el contenido del Derecho de un determinado país en un momento determinado con términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conducta y actitudes humanas)». <sup>123</sup> Esta tesis afirma, en especial, que no hace falta recurrir a ideas o principios tomados del Derecho natural o la moral natural. Algo que se aplica en particular a la idea de *validez jurídica*. En la medida en que este término es tomado para significar que el Derecho posee una fuerza moral intrínseca (la ~~—~~ fuerza obligatoria”) que constriñe a los súbditos, no sólo mediante la

---

<sup>120</sup> Eugenio Bulygin, —Alexy between positivism and non-positivism”, Universidad de Buenos Aires, *1<sup>st</sup> Conference on Philosophy and Law. Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010, p. 15. En el original se lee: «*The claim to correctness is necessary because normative systems that raise it without fulfilling it are faulty. And this faultiness has a special character because it is based on the necessity of the claim. So the necessity of the claim is at the same time a reason and a consequence of this claim*».

<sup>121</sup> Eugenio Bulygin, —Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*. Vol. 13, núm. 2 (junio 2000), p. 135. En las páginas siguientes de su artículo, Bulygin sostiene que la necesidad a que alude Alexy, soportada en una conexión cualificante, es «desafortunada». Porque tiene sólo el mérito de ser necesaria si se asume verdadera la distinción entre sistemas jurídicos y normas jurídicas deficientes cuando se incumple la pretensión de corrección. En todo caso, esto sólo sirve como una característica (o dimensión) ideal de los sistemas y de las normas jurídicas, mas no como una propiedad esencial de ellas.

<sup>122</sup> Bulygin se refiere a la moral que tiene en mente Alexy como la moral universalista (*universalistic morality*), basada en una ética del discurso de procedimiento (*procedural discourse ethics*). Y que para intentar demostrar la relación necesaria entre moral y Derecho, Alexy tiene que probar que no sólo existe esa noción específica de moral, sino que además es compartida por todos los legisladores (Eugenio Bulygin, *ibidem*, p. 134).

<sup>123</sup> Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, p. 12.

amenaza de sanciones sino también moralmente, en conciencia; en esa medida el término no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del Derecho.<sup>124</sup>

## 2.2. El concepto de Derecho

Las versiones a favor y en contra de *Tv* y de *Ts* concluyen con la formulación de algunos conceptos de Derecho completamente diferentes. Alexy revisa los elementos más importantes de estos conceptos y elabora una crítica a cada uno de ellos.

### 2.2.1. Conceptos positivistas de Derecho

Cuando se niega que exista una relación de índole conceptual y necesaria entre el Derecho y la moral, sólo quedan como elementos definatorios del Derecho, por un lado, la eficacia social y, por el otro, la estricta legalidad.<sup>125</sup> En cuanto a la *estricta legalidad*, las fuentes que dan legitimidad al Derecho son esencialmente las prácticas sociales y sus consecuencias. A partir de ellas, el concepto de Derecho se define en términos positivos, sin atender a los elementos morales «incontrolables y arraigados en una concepción metafísica»<sup>126</sup> que obligan a la teoría del Derecho a fundirse con la teoría moral. Y respecto a la *eficacia social*, en la definición del Derecho sólo deben emplearse los materiales evidentes: su corpus, las normas promulgadas, sus fines particulares, etcétera, excluyendo de sus líneas el subjetivismo moral de quienes intervienen en la realización práctica de sus propósitos. En ambos casos, *Ts* sirve para defender que no existe ninguna conexión conceptual entre el Derecho y la moral. Es decir, «el Derecho que *es* no es igual ni incluye el Derecho que *debe ser*».<sup>127</sup>

Según el ya citado Alf Ross, es «razonable tomar la expresión ~~positivismo~~ jurídico” en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del Derecho, basado en los principios de una

---

<sup>124</sup> Esta tesis contiene el mismo significado que la proclama de Austin: «La existencia del Derecho es una cosa; otra cosa es su mérito o demérito”. Y en palabras de Alf Ross se traduce como: «El Derecho es un hecho; y un hecho continúa siendo tal le guste a uno o no; y sea que se lo considere en armonía o en conflicto con algunos principios del Derecho natural, cuya verdad se presupone» (Alf Ross, *ibidem*, p. 13).

<sup>125</sup> Para una mayor exposición de ambos conceptos, vid. Alexy, «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral»; *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989.

<sup>126</sup> Hans Kelsen: *TPD*, p. 14. Por cierto, hay que recordar que Kelsen, uno de los positivistas más reconocidos, peleó duro contra la que llamó *la teoría del Derecho natural*, siendo no más que una «metafísica del Derecho, a última hora irracional y no sometida a la lógica».

<sup>127</sup> Alexy: *CVD*, p. 13.



filosofía empirista y *anti-metafísica*». <sup>128</sup> Sin embargo, bajo este posicionamiento no se pretende desconocer a los valores morales objetivos, sino más bien, y únicamente, se intenta engarzar con el objetivo de proteger al concepto de Derecho de incluir en sus líneas términos ambiguos y posibles indeterminaciones. Por eso *Ts* se identifica plenamente con la escuela positivista. Aunque bajo diferentes interpretaciones. Las cuales Alexy resume en dos tipos de conceptos de Derecho: <sup>129</sup>

1) Los primariamente orientados a la *eficacia*. Por un lado están las teorías sociológicas, <sup>130</sup> que privilegian el aspecto externo de la norma (es decir, el comportamiento observable); y por el otro, están las teorías realistas, <sup>131</sup> donde lo determinante es la motivación (cualquiera que ella sea) para su cumplimiento y aplicación. En esta última sólo cuentan las disposiciones psíquicas del sujeto.

2) Los primariamente orientados a la *instauración normativa*. Estos conceptos se encuentran en el ámbito de la teoría analítica del Derecho <sup>132</sup> (que se ocupa del análisis lógico o conceptual de la práctica jurídica, y que está estrechamente vinculado con el punto de vista del participante, especialmente con el del juez). <sup>133</sup>

### 2.2.2. Conceptos no-positivistas de Derecho

La discusión entre positivistas y no-positivistas radica esencialmente en esta cuestión: ¿se tienen que desdoblarse las distintas interpretaciones que surgen a partir de los dos elementos definitorios del concepto de Derecho que proponen los positivistas (legalidad conforme al ordenamiento y eficacia social), para saber si existe o no una

---

<sup>128</sup> Alf Ross, op.cit. p. 11. Se le tiene a la teoría del Derecho natural como metafísica en diferentes sentidos. Por ejemplo, Kelsen la caracteriza diciendo que «no le interesa tanto el conocimiento del Derecho válido, como la justificación del mismo, no tanto su explicación como su glorificación mediante la comprobación de que el Derecho positivo de que se trata concuerda con un orden natural divino o racional, es decir, absolutamente recto y justo» (Kelsen: *TPD*, p. 35).

<sup>129</sup> Vid. Alexy: *CVD*, pp. 22 ss.

<sup>130</sup> Se trata de las definiciones aportadas por Max Weber, Theodor Geiger y Oliver Wendell Holmes; al respecto, vid. *ibidem*, p. 22-23.

<sup>131</sup> Por ejemplo, las de Ernest Bierling y Niklas Luhmann; sobre ambos, vid. *ibidem*, pp. 23-24.

<sup>132</sup> Sobre los alcances de la filosofía analítica en el Derecho, vid. Fernando Salmerón, *Ética analítica y Derecho*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.

<sup>133</sup> Algunos autores que pretenden esta clase de definiciones son John Austin, Hans Kelsen (con su norma básica, que es totalmente indiferente a su contenido y que tiene que ser presupuesta si se quiere interpretar un orden coactivo como orden jurídico) y Hart (que con su regla de reconocimiento pretende identificar al Derecho por referencia a ciertos criterios, especialmente sociológicos, con los que consigue que la existencia de esa regla sea una cuestión de hecho).

vinculación necesaria con algún elemento moral (corrección moral del contenido) que sea de carácter conceptual?

Alexy responde que sí; y también a favor de la existencia de esa vinculación, pues alega que aquellos dos elementos (legalidad y eficacia) no bastan para definir al Derecho. Se debe incluir el de la corrección material para distinguirlo de cualquier otro ordenamiento coactivo, socialmente eficaz y moralmente neutro (como sería el caso, por ejemplo, de un orden de bandidos). Sin embargo, de ninguna forma es aconsejable considerar exclusivamente la corrección en la definición del Derecho, pues se volvería a una noción puramente jusnaturalista o (en una clasificación menos general) jurracionalista. Advertencia que Alexy tiene muy presente. Por lo tanto, el concepto de Derecho que propone no incluye más consideraciones naturalistas, que la inclusión de un elemento que él denomina *la pretensión de corrección*, la cual representará, en última instancia, la conexión conceptual entre el Derecho y la moral.

Para fundamentar esta tesis, Alexy elabora un estudio comparativo entre las dos posiciones en pugna (*Ts* y *Tv*). Asegura que ambas pueden analizarse según los argumentos con base en los cuales se apoyan: argumentos analíticos y argumentos normativos. Son *argumentos analíticos* aquellos que hablan a favor de una necesidad conceptual. Es decir, son los argumentos a partir de los cuales se puede definir algún concepto (por eso también se les llaman argumentos conceptuales o por definición). Estos argumentos corresponden al método lógico deductivo, donde las premisas contienen las hipótesis que se intentan demostrar. Que son, entonces, los argumentos más fuertes y, al mismo tiempo, los más difíciles, pues es más probable que se incurra en falacias (particularmente la *petitio principii*). Los silogismos que se obtienen a partir de esas deducciones, se pueden llamar «conceptualmente necesarios». Son *argumentos normativos*, a diferencia de los anteriores, los que afirman que para determinado concepto se deben incluir ciertos elementos. En este caso, la no inclusión o la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho es necesaria para alcanzar ciertos objetivos o cumplir con una determinada norma. Este tipo de vinculaciones o separaciones, nos dice Alexy, pueden ser llamadas «normativamente necesarias».<sup>134</sup> Son

---

<sup>134</sup> Esta necesidad normativa es más una necesidad *lato sensu*, por lo que es distinta a la necesidad conceptual. De la primera se puede decir que está ordenada, mientras que de la segunda, que es irrenunciable. Al respecto vid. Alexy: *CVD*, p. 28, principalmente la nota 19.

ejemplos de argumentos normativos a favor de *Ts* cuando se dice que «sólo ella conduce a una claridad lingüístico-conceptual o que sólo ella garantiza la seguridad jurídica», y lo son a favor de *Tv* cuando se dice que «con ella pueden solucionarse mejor los problemas de la injusticia legal». En este caso se podría decir de una norma *N* que «ha sido dictada conforme al ordenamiento y es socialmente eficaz que no es Derecho alguno porque lesiona principios fundamentales sin cometer contradicción alguna».<sup>135</sup> En cambio, tendría que ser contradictorio si fuera imposible una conexión conceptualmente necesaria entre moral y Derecho. Alexy, con todo esto, intenta mostrar que tanto *el alcance* como *la fuerza* de los argumentos conceptuales son limitados. Por ello tienen que estar sustentados en argumentos normativos. Su tesis consiste entonces en que «primero, existe una conexión conceptualmente necesaria entre moral y Derecho y, segundo, hay razones normativas que hablan a favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho que, en parte, refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella»; dicho brevemente: que existen conexiones conceptualmente necesarias y normativamente necesarias entre el Derecho y la moral.<sup>136</sup>

Para la fundamentación de esa tesis, Alexy recurre a un marco conceptual en el que distingue: (1) conceptos de Derecho libres de validez y no libres de validez; (2) sistemas jurídicos; (3) puntos de vista; (4) conexiones entre Derecho y moral; y (5) contextos conceptuales y normativos.

(1) *Conceptos de Derecho libre de validez y no libre de validez*. Los primeros no incluyen el concepto de validez, mientras que los segundos sí lo incluyen. En este caso, la validez se identifica exclusivamente como el contexto institucional de promulgación, aplicación e imposición del Derecho. Como ejemplo del primero, puede citarse un orden jurídico perfecto, imaginario, el cual *no* es válido; es decir, no ha sido promulgado o sancionado por Estado alguno; y del segundo, un enunciado como «la norma *N* exige que haga *P*», de

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>136</sup> Contra esta tesis, Bulygin refuta: «*If there are conceptual connections between law and morality, then is no need to resort to normative arguments. Either the element of morality is included in the concept of law, or it is not. If it is included, then normative arguments are superfluous; if it is not included, they are useless. In this question there is no room for grading*» (Bulygin, «*Alexy between positivism and non-positivism*», *op.cit.*, p. 5).

la cual se puede decir que ha cumplido con todo el procedimiento de promulgación para entrar en vigencia.

(2) *Sistemas jurídicos:*

- i. Como sistema de normas, que consiste en un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualquier que sean sus características. Esto es el aspecto externo.
- ii. Como sistema de procedimientos, que es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. En este caso lo que se subraya es el aspecto interno.

(3) *Perspectivas o puntos de vista.* Alexy revisa las dos perspectivas tradicionales con que se estudia al Derecho:<sup>137</sup>

- i. Del participante, del que se parte cuando se involucra en una argumentación acerca de lo que en *este* sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido. El juez, los juristas y los abogados son quienes asumen principalmente esta perspectiva.
- ii. Del observador, donde no interesa cuál es la decisión correcta sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico. Esta perspectiva es propia del científico del Derecho de Kelsen.<sup>138</sup>

(4) *Conexiones entre Derecho y moral.* Que sirven para representar el nivel de trascendencia que tiene el reconocimiento o desconocimiento de ciertos elementos morales al momento de intentar definir al Derecho. Tales conexiones pueden dividirse en dos tipos:

- i. Clasificantes,<sup>139</sup> que indican que las normas (o sistema de normas) que no satisfacen un determinado criterio moral no son normas jurídicas (o sistemas jurídicos).

---

<sup>137</sup> Hay una clara equivalencia entre estas dos perspectivas y el *internal* y el *external point of view* de Hart. Así lo reconoce también Alexy; al respecto vid. Alexy: *CVD*, p.32.

<sup>138</sup> Un científico del Derecho, para Kelsen, sólo tiene interés en la fenomenología de las acciones relevantes para el sistema jurídico; por tanto, nada tiene que ver con los elementos morales que le conducirían a juzgar la bondad o maldad de esas acciones.

<sup>139</sup> En otras traducciones de las obras de Alexy, este término aparece como *cualidad definitoria*.

- ii. Cualificantes, que indican que las normas jurídicas que no satisfacen un determinado criterio moral siguen siendo jurídicas aunque serán consideradas deficientes.

(5) *Contextos conceptuales y normativos*. Los cuales deben agregarse a cada una de las distinciones anteriores.

- i. Conceptualmente necesarios. Cuando no puede negarse su existencia.
- ii. Normativamente necesarios. Cuando se trata de una necesidad de índole obligatoria.

Tomando en cuenta sólo estas cinco distinciones se podrían formular al final treinta y dos tesis diferentes. Sin embargo, con respecto a cada una de ellas, podría enunciarse todavía «la tesis de que existe una relación necesaria entre Derecho y moral o de que no existe esta relación».<sup>140</sup> Obteniéndose así, en total, sesenta y cuatro tesis posibles.<sup>141</sup> De las cuales a Alexy sólo le interesan aquellas que entran bajo el escrutinio de un primer criterio: la inclusión de un concepto no libre de validez, y de un segundo criterio: según la perspectiva del observador y la del participante, cuál de las dos posiciones en conflicto (*Ts* o *Tv*) se sostiene.

1) Según *el punto de vista del observador*. La cuestión a resolver por el positivismo jurídico, que «es un problema de conexión clasificante»,<sup>142</sup> consiste en saber «si una violación de algún criterio moral resta a las normas (o a todo el sistema normativo) el carácter de norma jurídica (o de sistema jurídico)». Si se responde afirmativamente, se tiene que probar que la infracción moral por parte de una norma (o sistema normativo) es suficiente para impedirle tener el carácter de norma jurídica (o de sistema jurídico). Esta tesis «de la pérdida de calidad jurídica en el caso de traspasar un umbral de injusticia» no es otra cosa que *Tv* referida a una conexión clasificante, que puede denominarse, siguiendo la terminología de Alexy, «el argumento de la injusticia».

Lo primero que se tiene que hacer para responder a esa cuestión, es separar la asignación valorativamente neutral del punto de vista del observador a partir, primero, de una norma *aislada* y, después, considerando el sistema jurídico *como un todo*, pues

---

<sup>140</sup> Alexy: *CVD*, p. 33.

<sup>141</sup> No todas ellas, como bien lo advierte Alexy, son realmente distintas. Pues la aceptación de algunos presupuestos implica la aceptación de otros y eso reduce el margen de diferencia entre unas tesis y otras. Lo que finalmente hace innecesario examinar cada una por separado.

<sup>142</sup> Vid. Alexy: *CVD*, p. 34.

no se compromete uno con otro, es decir, no vale lo mismo para una norma lo que vale para todo el sistema de normas.

El argumento de la injusticia que formula Gustav Radbruch permite distinguir, por un lado, *la justicia* y, por el otro, *la seguridad jurídica*. Ese argumento afirma que ésta (la seguridad jurídica) sólo cederá ante aquélla (la justicia) cuando la injusticia llegue a ser tal que resulte *insoportable*.<sup>143</sup> De esta fórmula se infiere una relación conceptualmente necesaria entre Derecho y moral. Sin embargo, tomando a la norma de manera aislada y suponiendo que se asume correctamente la perspectiva del observador, la conclusión a que se llega con el argumento de la injusticia, no es la misma. Ya que el observador no tiene acceso a un posicionamiento crítico, sino que sólo tiene permitido analizar, a partir del marco jurídico al que pertenece la norma, qué es lo que prohíbe, permite u obliga hacer a quien cae en el ámbito de su aplicación. Por ende, lo más que le toca hacer a un observador es comprender bajo una «designación valorativamente neutral» las normas jurídicas que poseen validez conforme al ordenamiento y que tienen en general eficacia social. Por lo tanto, el argumento de la injusticia, aplicado al punto de vista del observador, no representa un puente firme entre Derecho y moral.

Esto sólo deja una posibilidad: averiguar si bajo la misma perspectiva del observador, entre el sistema jurídico como un todo y la moral, existe una relación conceptualmente necesaria. Aquí, a diferencia del caso anterior, no se está preguntando acerca de si una norma (en particular) es jurídicamente válida aun y cuando viola preceptos morales. No, en este caso lo que hay es un observador que se cuestiona sobre si una violación de alguna exigencia moral priva a un sistema normativo del carácter de sistema jurídico. Para esto es preciso advertir dos clases de exigencias morales de las que se puede decir que están en relación necesaria con el sistema jurídico: las conexiones formales y las conexiones materiales.

i. *Conexiones formales*. La moralidad interna del Derecho (*internal morality of law*) de Lon Fuller<sup>144</sup> es un claro ejemplo de esta clase de conexiones. En ésta se incluyen los principios del Estado de Derecho (*legality*) tales como la generalidad

---

<sup>143</sup> Gustav Radbruch es bien conocido por esta «fórmula» que termina (o pretender terminar) con el conflicto entre el Derecho positivo y la justicia. Sobre la fórmula, véase: «El fin del Derecho, de Gustav Radbruch» en [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/Derecho/fin/fin.html#2](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/Derecho/fin/fin.html#2) (visto en julio de 2010).

<sup>144</sup> Al respecto, vid. Philip Mullock, «Discussion. The inner morality of law», en *Ethics*, vol. 84, núm. 4, 1974, pp. 327-331.

de la ley (*generality of law*), la publicidad (*promulgation*) y la prohibición de la retroactividad de la ley (*retroactive laws*).

ii. *Conexiones materiales*. En este caso es Otfried Höffe quien mejor ilustra esta idea a partir de su aseveración de que los sistemas normativos que no satisfacen determinados *criterios fundamentales* de la justicia no son órdenes jurídicos. Y que estos criterios fundamentales pueden entenderse a través del principio de la ventaja distributiva.<sup>145</sup>

Ahora bien, si se usan sólo estas dos conexiones, aún podría predicarse de un orden normativo que cumpla con un procedimiento establecido para la configuración de nuevas reglas (conexión formal), y que, además, justifique esas reglas con base en la necesidad que tienen de cometer ciertos actos para proveerse de medios suficientes para vivir (conexión material o pretensión de corrección), que se trata en efecto de un sistema jurídico. Esta clase de orden normativo lo podemos hallar, por ejemplo, en un grupo de bandidos que, después de aceptar y procurar alguna clase de propósito o fin superior, se vuelve un orden coactivo de dominación.<sup>146</sup> Aquí el concepto de sistema jurídico sería usado única y exclusivamente en un sentido indirecto o metafórico por algún observador, pues cuenta con las características suficientes para no negarle esa atribución por razones definitorias, a pesar de que sólo proteja derechos mínimos. Caso contrario ocurriría si esa justificación material (el propósito u objetivo que intentan conseguir y que está incluido en la pretensión de corrección) no apareciera, pues esta justificación sí representa un elemento clasificatorio en el Derecho.

En resumen, desde la perspectiva del observador y considerando al sistema normativo como un todo, *Ts* puede afirmarse de manera correcta. Sólo en un caso muy

---

<sup>145</sup> Principio que incluye la idea de seguridad colectiva y que a su vez exige, entre otras cosas, la prohibición de matar y de robar (vid. Otfried Höffe, *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, México, Fontamara, 2004, p.13s). La idea de ventaja distributiva también está presente en la obra de Rawls, para quien la «justicia como imparcialidad» (*justice as fairness*) se refiere al hecho de que las estipulaciones surgidas de la situación ideal (en la *original position*) no sean complacientes con determinados intereses. Lo que significa que, aun y cuando se produzcan ventajas para un mayor número de personas, no se debe tolerar que haya quienes se vean perjudicados. Por lo tanto, sólo se tomará como excusa de alguna desigualdad el beneficio de todos en el índice correspondiente de su posición (cfr. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, trad. María Dolores González; 2ª ed., FCE, 1995, p. 151 ss.).

<sup>146</sup> Para la distinción entre órdenes de bandidos y órdenes de dominación, vid. Alexy: *CVD*, p. 38. Ahí mismo véase también los órdenes absurdos, que sería el primero de los dos tipos de órdenes sociales que pone como ejemplo Alexy y que no pueden ser considerados, por razones conceptuales, sistemas jurídicos (independientemente de que puedan lograr una vigencia más o menos duradera).

«extremo y fácticamente improbable» de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, la afirmación de *Ts* sería incorrecta.

2) Según *el punto de vista del participante*. Considerando a un juez, que tiene que pronunciarse sobre algún conflicto dentro de su sistema jurídico, *Ts* no podría justificarse. Para la fundamentación de esta tesis, Alexy propone tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios.

i. *Argumento de la corrección*, que consiste en afirmar que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como los sistemas jurídicos considerados como un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección. Pretensión que puede estar implícita o explícitamente formulada, y que al no satisfacerla, ese sistema jurídico será considerado jurídicamente deficiente. Aquí la pretensión tiene una «relevancia cualificante». Por otro lado, en el caso de que no exista una pretensión de corrección (ni implícita ni explícita), el sistema normativo de que se trate, no podrá ser considerado jurídico. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una «relevancia clasificatoria». Para el caso de normas y decisiones aisladas, la única relevancia que tiene la pretensión de corrección es de índole cualificante. Lo cual parece bastante evidente. Sin embargo, en contra de esas tres consecuencias podría argüirse, desde el positivismo, en las siguientes dos direcciones: en primer lugar aduciendo que una deficiencia en la pretensión de corrección no implica la pérdida de calidad jurídica, es decir, que un defecto de la pretensión de corrección (excepto en el caso límite de que no sea formulada de modo alguno) fundamenta una conexión cualificante, aunque no clasificante. Esta línea de razonamiento conduce al argumento de la injusticia. En segundo lugar, puede sostenerse que «la pretensión de corrección tiene un contenido trivial que carece de implicaciones morales y, por ello, no puede conducir a una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y moral». Esta segunda línea de razonamiento conduce al argumento de los principios.

ii. *Argumento de la injusticia*. Se trata de un argumento que puede referirse a normas aisladas o al sistema jurídico en su totalidad. En lo que respecta a normas aisladas, sostiene que cuando una norma traspasa un determinado umbral de injusticia pierde el carácter jurídico. Su formulación más conocida es la de Radbruch, ya citada.<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> Vid. supra, p. 51.



Alexy se plantea ahora su aceptabilidad desde el punto de vista del participante. Comienza recordando que «la fórmula radbruchiana no dice que una norma pierda su carácter jurídico cuando es injusta». En efecto, el *umbral* es mucho más elevado: debe tratarse de una «injusticia insoportable».

Esta clase de injusticia supone una evaluación interna del Derecho, de modo que sólo podrán realizarla quienes son afectados por sus determinaciones normativas (los participantes). El contexto de aplicación de ciertas normas que son en extremo injustas provoca un rechazo inmediato a su obligatoriedad (*binding*), haciendo que pierdan eficacia.<sup>148</sup> Por ello es fácil concluir que el argumento de la injusticia sí es aplicable a las normas aisladas desde la perspectiva del participante. Ahora, para saber si este argumento es aplicable de igual modo a los sistemas jurídicos considerados como un todo, es decir, determinar si un sistema normativo extremadamente injusto conserva o no su carácter jurídico, Alexy analiza los argumentos de la irradiación («la falta de carácter jurídico de las normas substantivas básicas de un sistema jurídico trae consigo la falta de carácter jurídico de todas las normas típicas del sistema y, en este sentido, ejerce una irradiación sobre ellas»)<sup>149</sup> y del derrumbe («el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema»),<sup>150</sup> y luego afirma que la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce

---

<sup>148</sup> Bulygin discute la conclusión a que llega el mismo Alexy en cuanto a la importancia que tiene el argumento de la injusticia para los sistemas jurídicos en su totalidad y dice: si la única manera de incluir elementos de la moral en un sistema jurídico es mediante la enunciación de una corrección moral, entonces todo orden (incluso el de bandidos) con el sólo hecho de incluir esa corrección sería un sistema jurídico, por más que sea extremadamente injusto o contradiga esa pretensión. «Y si esto es así, lo que está detrás del concepto de Derecho de Alexy, tiene que ver con una condición humana que la moral reprime constantemente: la hipocresía. Esto es, cuando las personas usan como pretexto la corrección moral para cometer actos inmorales, generalmente son llamados hipócritas. Si éste es el caso de los sistemas jurídicos, entonces habrá que preferirse los órdenes de bandidos, porque ellos son menos hipócritas» (Eugenio Bulygin, —Alexy between positivism and non-positivism», op. cit., p. 8). En ese mismo sentido, Brian Bix, en un artículo previo al de Bulygin, explica que el argumento de Alexy toma únicamente en cuenta lo defectuoso o absurdo que puede ser un sistema jurídico si en alguna de sus normas jurídicas se declara *injusto*. En este caso, dice Bix, el argumento de Alexy provoca una confusión innecesaria: confunde el uso lingüístico de los términos con el contenido esencial del Derecho. Vid. Brian Bix, —Rbert Alexy, Radbruch formula, and the Nature of Legal Theory», *Rechtstheorie* 37, 2006, p. 147.

<sup>149</sup> De acuerdo con esta idea, una norma aislada pierde su carácter jurídico no sólo cuando es extremadamente injusta, sino también cuando, como norma típica del sistema, comparte el carácter injusto del sistema. (cfr. Alexy: *CVD*, p. 69).

<sup>150</sup> La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico (Cfr. *ibídem*, p. 71).

a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas.

En otras palabras, Alexy concluye que las consecuencias entre la aplicación del argumento de la injusticia a las normas aisladas y al ordenamiento como un todo son, en lo esencial, idénticas.

iii. *Argumento de los principios.* A diferencia del argumento de la injusticia, el de los principios no apunta a casos de injusticia extrema, sino a la vida jurídica cotidiana. Su punto de partida está constituido por un conocimiento de la metodología jurídica respecto al cual existe acuerdo entre positivistas y no-positivistas. Como dice Hart, todo Derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*).<sup>151</sup> Ese ámbito de apertura del lenguaje del Derecho positivo da lugar a los llamados casos dudosos.<sup>152</sup> Desde el punto de vista de la teoría positivista, sostiene Alexy, «este hecho puede ser interpretado sólo de una manera (...), en el ámbito de apertura el juez tiene que decidir en todos los casos dudosos sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas. En esta medida, está autorizado por el Derecho positivo (de una manera básicamente igual a la del legislador) a crear nuevo Derecho [...]».<sup>153</sup> El argumento de los principios, para contrarrestar esta concepción positivista, sostiene que aun en el ámbito de apertura el juez se encuentra ligado jurídicamente, y lo está de una manera tal que crea una vinculación necesaria entre Derecho y moral.

Para comprender este argumento, es necesario que se enuncie, aunque sea de manera escueta, dado que el análisis más profundo está destinado al capítulo siguiente, la distinción entre reglas y principios que es característica de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. Las *reglas jurídicas* son normas que ordenan una consecuencia

---

<sup>151</sup> La textura abierta (*open texture*) es una característica del lenguaje natural. Es parte de la comunicación de un sujeto o de un grupo con otros sujetos o grupos, y es inevitable (cfr. Fernando Atria, *On law and legal reasoning*, Oxford, 2001, pp. 89-94). Las reglas jurídicas están expresadas en lenguaje natural, por eso (y en la medida que) éste posee una estructura abierta, las reglas jurídicas también la poseen.

<sup>152</sup> Lo que hace ser a un caso «dudoso» es precisamente la ambigüedad (o indeterminación) semántica con que están expresadas las normas jurídicas. El positivismo jurídico, representado por Hart, alega a favor de la discrecionalidad para la solución de estos casos difíciles. Cuando ocurre un litigio que no puede remitirse a (o resolverse por) una regla jurídica clara, previamente establecida, el juez está autorizado a usar su facultad *discrecional* para decidir el caso en uno u otro sentido. Esto, en opinión de Dworkin (y de Alexy), no basta para considerar justificada la respuesta emitida por el juez o por la institución de adjudicación judicial (vid. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londres, 1977, pp. 81s.).

<sup>153</sup> Alexy: *CVD* p. 73.

jurídica «definitiva» una vez que se cumple el supuesto normativo (o sea, una vez satisfechas ciertas condiciones de aplicabilidad). Para ellas no existe tanto problema, pues su método de aplicación es a través de la subsunción. Los *principios jurídicos*, por otro lado, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Lo que equivale a decir que pueden ser cumplidos en diferente grado. Y su método de aplicación, que difiere sobremanera de la clásica subsunción, es la ponderación.<sup>154</sup> Dada esta cualidad, la forma en que Alexy se refiere a ellos es como «mandatos de optimización»; mientras que a las reglas las llama «mandatos definitivos».

Con otras palabras, de acuerdo con el argumento de los principios, a partir de la distinción teórico-normativa entre principios y reglas existe una vía que conduce a una conexión necesaria entre Derecho y moral. Esta vía, según Alexy, está constituida por tres tesis: la tesis de la incorporación, la tesis moral y la tesis de la corrección. La conexión necesaria que puede fundamentarse a partir de ellas tiene algunas peculiaridades: «es de naturaleza conceptual, posee un carácter puramente cualificante, y existe sólo para el participante».<sup>155</sup>

De acuerdo con *la tesis de la incorporación*, todos los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados contienen principios. No obstante, de este hecho no se desprende todavía una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. En efecto, podría objetarse a esta tesis que la incorporación de los principios se basa justamente en el Derecho positivo. Frente a esto, *la tesis moral* sostiene que «la presencia necesaria de principios en un sistema jurídico conduce a una conexión necesaria entre el Derecho y la moral». La validez de la tesis moral depende de que entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección se

---

<sup>154</sup> Para obtener una resolución a través de la subsunción, los únicos elementos que intervienen en la interpretación jurídica, son las otras reglas jurídicas con las cuales alguna podría estar en conflicto. Terminándose su validez cuando se decide que una de ellas es preferible a otra (según los criterios de interpretación: *lex posterior derogat lex priori*, *lex superior derogat lex inferiori* y *lex specialis derogat lex generali*). En el caso de algún principio, además de las reglas, hay que tener en cuenta a los otros principios con los cuales podría entrar en conflicto. De esta manera, una ponderación es necesaria siempre que existan *razones* para tomar decisiones que apunten a direcciones opuestas. Y es necesaria, porque está jurídicamente exigida, ya que los principios son elementos esenciales del sistema jurídico.

<sup>155</sup> Cfr. Alexy: *CVD*, p. 75.

encuentren algunos que pertenezcan a la moral. Y, como bien indica Alexy, eso es precisamente el caso en cuestión.<sup>156</sup>

Llegados a este punto puede aceptarse que existe una conexión necesaria entre el Derecho y *alguna* moral. Sin embargo, lo que realmente se pretende es que con *tv* se haga referencia a una conexión *fuerte* entre el Derecho y la moral. Es decir, que muestre no la vinculación entre el Derecho y *alguna* moral, sino entre el Derecho y *la* moral correcta. *La tesis de la corrección* va a afirmar que sí existe una vinculación de esta clase. Por ende, se trata del resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco del argumento de los principios. Esto significa que «la pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*».<sup>157</sup> Esta pretensión no se limita a que el juicio sea «fundamentable» en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto, sino que se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta».<sup>158</sup>

La conexión entre Derecho y moral a la que se llega mediante la distinción entre reglas y principios es, por tanto, una conexión «en sentido fuerte», que apela a una moral concreta a la que se considera correcta y superior a las demás.

### 2.2.3. El concepto de Derecho de Alexy

Después de evaluar los resultados de su investigación, que aquí se han intentado resumir, Alexy propone un concepto de Derecho que responde al máximo a sus exigencias teóricas:

---

<sup>156</sup> Cfr. *ibidem*, p. 79. En efecto, un positivista podría decir que el hecho de que los principios pertenezcan a alguna moral es compatible con su teoría, puesto que «en casos dudosos el juez tiene que decidir sobre la base de pautas extrajurídicas, lo que incluiría la decisión sobre la base de principios morales» (*ibidem*, p. 80). Según Alexy, con esto no se toca el punto decisivo. Ya que éste «consiste, primero, en que los principios, de acuerdo con la tesis de la incorporación, son necesariamente elementos constitutivos de un sistema jurídico y, segundo, de acuerdo con la tesis moral, incluyen necesariamente algunos que pertenecen a *una* moral. Esta doble característica, la necesaria pertenencia al Derecho y a la moral, significa que la decisión del juez en los casos dudosos tiene que ser interpretada de manera diferente a como se hace en las teorías positivistas».

<sup>157</sup> Esto se complementa con una concepción moral (o racional) de justificación. Ésta sostendría que al Derecho pertenecen no sólo las reglas especiales de la fundamentación jurídica, sino también las reglas generales de la argumentación moral. Lo cual implica que lo que es correcto en el ámbito de la moral, lo es en virtud de estas reglas.

<sup>158</sup> Y continúa Alexy: «De esta manera la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral que se extiende también a los principios subyacentes» (Alexy: *CVD*, p. 82).

«El Derecho es un sistema de normas que (1) formula un pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del Derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección».<sup>159</sup>

Ésta es, como el mismo Alexy dice, una *definición jurídica* del Derecho: «porque parte del punto de vista del participante, y reúne los elementos definitorios del Derecho». Y que además, como bien lo apunta el profesor Juan Cianciardo, las tres partes de la definición se corresponden, respectivamente, con la pretensión de corrección, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios.<sup>160</sup>

### 2.3. La validez no-positivista del Derecho

Los tres elementos del concepto de Derecho (eficacia social, corrección material y legalidad conforme al ordenamiento) provocan resultados diferentes, tanto al momento de intentar definir al Derecho como cuando se aborda la cuestión de su validez. Por lo tanto, según Alexy, a esos tres elementos corresponden tres conceptos distintos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico.<sup>161</sup>

1. *Concepto sociológico de validez.* Su objeto es la validez social. «Una norma vale *socialmente* si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción»<sup>162</sup>. Lo malo con esto es que, debido a que en esta definición el uso de términos ambiguos como «sanción» y «obediencia» produce distintas interpretaciones, su alcance es limitado. En el caso de la *obediencia*, habría que tener en mente qué clase de obediencia incorpora: un comportamiento externo o, además, la presuposición de

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>160</sup> Vid. Juan Cianciardo, «Cognitismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial»; en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 2001.

<sup>161</sup> Los conceptos ético y sociológico tienen la ventaja de ser conceptos puros de validez. O sea que no tienen que incluir necesariamente elementos de los otros conceptos de validez. La situación es distinta tratándose del concepto jurídico, pues éste sí podría combinar elementos de ambos conceptos.

<sup>162</sup> Alexy: *CVD*, p. 87.

determinados conocimientos y motivos. Si se trata de esto último, «entonces uno se enfrenta con el problema de saber qué conocimientos y motivos tienen que estar dados para que pueda hablarse de obediencia de una norma». Una cuestión parecida es la que tiene que ver con la *sanción*, pues así como una norma puede ser obedecida en diferente medida, «su desobediencia puede ser sancionada en medida diferente». Lo que produce, a final de cuentas, que la eficacia social (y con ello la validez social de una norma) sea un asunto de grado. Por ello, la validez social estará referida a otros conceptos que, según esa determinación de grado sea imposible de calcularse mediante simples comparaciones estadísticas, requerirán cuestionamientos empíricos acerca de la eficacia de la imposición de sanciones por parte de un orden dotado de «coacción estatalmente organizada».<sup>163</sup>

2. *Concepto ético de validez.* Su objeto es la validez moral. «Una norma vale *moralmente* cuando está moralmente justificada».<sup>164</sup> Este concepto de validez es el que está detrás de las concepciones naturalistas y racionalistas del Derecho. Por ende, la única fuente de validez que reconoce un sistema jurídico es la corrección material, que tiene que ser demostrada a través de una justificación moral.

3. *Concepto jurídico de validez.* Aquí hay tres posibilidades, la primera sería que en cuanto sólo se consideren elementos de la validez social, se trata de un concepto positivista de la validez jurídica; la segunda sería que si también abarca elementos de la validez moral, se trata de un concepto no-positivista de la validez jurídica; la tercera sería que aun cuando sea posible involucrar elementos de validez social y de validez moral en el concepto de validez jurídica, no se excluye la posibilidad de construir «un concepto de la validez jurídica en *sentido estricto* que se refiera exclusivamente a propiedades específicas de la validez jurídica».<sup>165</sup> Uno se refiere a este último tipo de validez cuando se afirma que cierta norma es dictada de acuerdo al procedimiento previsto, por un órgano competente y que no lesiona una norma de rango superior. Es decir, cuando se dicta conforme al ordenamiento. Este concepto, sin embargo, tropieza

---

<sup>163</sup> Estos conceptos son los tres «conocimientos» de los que habla Alexy: (1) «la validez social es un asunto de grado», (2) «la validez social es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia» y (3) «la aplicación de sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física». Cfr. *ibídem*, p. 88.

<sup>164</sup> *Ídem*.

<sup>165</sup> *Ibídem*, p. 89.

con dos obstáculos: uno interno y otro externo. El *interno* resulta del hecho de que la definición de la validez jurídica «presupone ya la validez jurídica y, en este sentido, parece ser circular».<sup>166</sup> El *externo* consiste en la determinación de la relación que tiene el concepto jurídico de validez con los otros dos conceptos de validez. Para ser congruentes con la esquematización de la obra de Alexy, el problema externo será el primero en analizarse.

### 2.3.1. El problema externo de la validez

En cuanto a la relación entre validez jurídica y validez social, aplica lo mismo que se dijo acerca del argumento de la injusticia: lo que vale para todo el sistema de normas no tiene necesariamente que valer para las normas aisladas.<sup>167</sup> Por ello, se considerarán primero los sistemas normativos y luego las normas aisladas.

1) Sistema de normas. «La condición de validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces *en general*, es decir, valgan socialmente».<sup>168</sup> Ya que las normas aisladas de un sistema jurídico válido (válido según este criterio), aun y cuando pierdan su validez social no afectan la validez de todo el sistema jurídico,<sup>169</sup> se tiene que considerar un caso extremo donde dos sistemas de normas recíprocamente incompatibles entran en competencia (dentro de un mismo territorio y afectando a los mismos sujetos). Esta situación ocurre, por ejemplo, en situaciones de guerra civil, revolución o secesión. Aquí la cuestión a resolver es qué sistema de normas vale durante el período de competencia o lucha política.<sup>170</sup> Al respecto, Alexy provee tres soluciones. La primera es que no valga como sistema de normas ninguno de los dos sistemas en conflicto, puesto que carecen ambos de eficacia

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 89, 95ss. Es circular porque del hecho de que una norma sea dictada de acuerdo a procedimiento y por un órgano competente, se debe presuponer ya la validez jurídica. En todo caso, la validez jurídica del ordenamiento, que prescribe el procedimiento y otorga competencia a un órgano, es necesario para considerar la validez jurídica de una norma posterior. Esta validez conduce, en pocas palabras, al problema de la norma fundamental de Kelsen. Problema que se tratará más adelante; vid. *infra*, pp. 63ss.

<sup>167</sup> Vid. *supra*, pp. 50s.

<sup>168</sup> Alexy: *CVD*, p. 90.

<sup>169</sup> El único caso en que se puede afirmar que un sistema jurídico en su totalidad perdió su validez a causa de sus normas jurídicas, es cuando, en general, esas normas dejan de ser eficaces, es decir, no son obedecidas o no se aplica sanción en los casos de desobediencia (Cfr. *idem*).

<sup>170</sup> No produce polémica la pregunta de qué vale después del triunfo de una u otra parte, pues lógicamente el sistema de normas que se terminó imponiendo es el único sistema de normas que, en general, es eficaz.

social. La segunda consiste en afirmar que ya vale el sistema de normas que se terminará imponiendo, aunque todavía no se sepa cuál es. La tercera es que el viejo sistema de normas conserva su validez (aunque ya no su eficacia) durante todo el enfrentamiento, hasta que alguno de los dos resulte ser el que consiga, en general, eficacia social. Si atendemos a esta última respuesta, o inclusive a las dos anteriores, el hecho de que un sistema de normas tenga que imponerse para ser considerado socialmente válido, dice poco acerca del concepto de validez. Porque, «un sistema de normas que no se impone frente a otros sistemas coactivos normativos no es, en general, eficaz».<sup>171</sup>

2) Normas aisladas. «Una norma dictada conforme al ordenamiento de un sistema jurídico en general socialmente eficaz no pierde su validez jurídica por que no sea a menudo obedecida y su desobediencia sea sancionada sólo raras veces».<sup>172</sup> En este caso, con una marcada distancia en relación con lo que ocurre con los sistemas jurídicos, la eficacia social no es la condición necesaria para predicar su validez jurídica. No obstante, sostiene Alexy, sí será necesario que esa norma presente al menos un «mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia».<sup>173</sup> En este sentido se puede hablar de normas sujetas a procedimientos de derogación, que son indispensables cuando una norma presenta una disminución en ese mínimo de eficacia.

Ahora, por lo que respecta a la relación entre validez jurídica y validez moral, lo más sustancial ya se ha dicho (cuando se trató la crítica de Alexy a los conceptos positivistas del Derecho).<sup>174</sup> Lo que sigue es sólo una exposición breve de los resultados obtenidos a partir de aquel análisis. Resultados que se confrontarán con ambas posibilidades, en cuanto normas aisladas y sistemas de normas.

1) Sistemas de normas. Ningún sistema de normas que olvide formular una pretensión de corrección (sea implícita o explícitamente) podrá valer jurídicamente. Sobre esto no hay mayor discusión, puesto que en la realidad «los sistemas jurídicos existentes formulan generalmente una pretensión de corrección, por menos justificada que ella esté».<sup>175</sup> Los problemas surgen, en cambio, cuando ya formulada una pretensión de corrección, ella no es satisfecha en una medida tal que el sistema de normas tiene que

---

<sup>171</sup> Alexy: *CVD*, p. 91.

<sup>172</sup> Ídem.

<sup>173</sup> Ibídem, p. 92.

<sup>174</sup> Vid. *supra*, p. 42-45.

<sup>175</sup> Alexy: *CVD*, pp. 92s.



ser clasificado como injusto. Aquí parece plausible utilizar el argumento de la injusticia. Con lo que se podría afirmar que la fórmula de Radbruch puede aplicarse de manera semejante a como se hizo cuando el conflicto entre validez social y validez jurídica.<sup>176</sup> O sea, asegurando que un sistema normativo pierde su validez jurídica cuando, en general, es extremadamente injusto. Sin embargo, después del análisis de la tesis de la irradiación y de la tesis del derrumbe,<sup>177</sup> ya no es permitido pensar en esta solución. El argumento de la injusticia está destinado exclusivamente al campo de las normas aisladas. Sólo sería posible pensar en este argumento, como bien señala Alexy, si fueran tantas las normas que estuvieran en una situación tal de injusticia, que no quedarán las mínimas necesarias para considerar existente a ese sistema jurídico.<sup>178</sup>

En resumen, por lo que respecta a los sistemas jurídicos considerados como un todo, su validez jurídica depende más fuertemente de la validez social que de la validez moral. Esto es, un sistema jurídico puede conservar su existencia como tal a pesar de que, en general, no sea justificable moralmente. (Salvo cuando haya de negárseles el carácter jurídico a tantas normas particulares –según el argumento de la injusticia, que desaparezca el número mínimo de normas necesario para la existencia de un sistema jurídico). En cambio, si no tiene al menos el mínimo de eficacia social, se derrumba como sistema jurídico. Con base en esto, los tres elementos definitorios del Derecho: legalidad conforme al ordenamiento, eficacia social y corrección material, mantienen no una relación cualquiera, sino una relación jerárquica.<sup>179</sup>

2) Normas aisladas. Como ya se dijo, las normas aisladas pierden su carácter jurídico (y con ello su validez jurídica) cuando son extremadamente injustas. Y también pierden su validez jurídica, cuando no poseen un mínimo de eficacia o de probabilidad de eficacia. A partir de lo cual se puede inferir que, «los papeles de la validez social y de la validez moral dentro del marco del concepto de la validez jurídica son estructuralmente iguales cuando se trata de normas aisladas».<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> Vid. supra, p. 54.

<sup>177</sup> Vid. supra, pp. 54s.

<sup>178</sup> Aunque esto no sería a causa de la aplicación del argumento de la injusticia directamente sobre el sistema normativo, sino «una consecuencia de las consecuencias de aplicación del argumento de la injusticia a normas aisladas» (Alexy: *CVD*, p. 93).

<sup>179</sup> Cfr. Alexy: *CVD*, p. 94.

<sup>180</sup> Alexy: *CVD*, p. 95.

### 2.3.2. El problema interno de la validez

Aunque ya se dijo que el problema interno de la validez jurídica en estricto sentido es la aparente circularidad que se presenta al momento de incluir en la definición de validez elementos que, conceptualmente, requieren la presuposición de la validez jurídica, hay que considerar al «instrumento más importante» que permite superar esa circularidad: *la norma fundamental*. De la cual pueden distinguirse tres tipos diferentes: la analítica, la normativa y la empírica. «La versión más importante de la norma fundamental analítica se encuentra en Kelsen, la más importante de la normativa en Kant y de la empírica en Hart».

1) *La norma fundamental analítica*. Según Kelsen, «la razón o fundamento de validez de un norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho».<sup>181</sup> Por lo tanto, para que un conglomerado de normas se pueda clasificar como sistema de normas jurídicas necesita de una norma fundamental. La cual, dice Alexy, «es una norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico, fuera de ella misma».<sup>182</sup> O sea, con otras palabras, es una norma fundamental en virtud de que su validez «no puede derivarse de otra norma superior». En consecuencia, todas aquellas normas que procedan de esa norma fundamental, por ese sólo hecho, gozan de plena validez.<sup>183</sup> Para la constatación de la validez jurídica de esa norma fundamental, hay que tener en cuenta dos factores: que haya sido *realmente promulgada* y que cuente con *eficacia social*. Sin embargo, ambos elementos conducen a un problema. Intentan justificar un paso lógicamente falaz: pasar de una premisa fáctica a una consecuencia normativa. Es decir, concluir de un ser un deber ser.<sup>184</sup> La *premisa fáctica* (el ser) en este

---

<sup>181</sup> Kelsen, *Teoría general del Derecho y del estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, p. 130.

<sup>182</sup> Alexy: *CVD*, p. 95.

<sup>183</sup> «Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden» (Kelsen, op.cit., p. 131).

<sup>184</sup> Esta clase de deducciones conduce a un error lógico que desde el siglo XVIII David Hume entendió como «un salto ilegítimo que se pretendía dar entre prescripciones normativas y proposiciones descriptivas», lo que ahora se conoce como la «ley humeana» (vid. David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, Lib. II sec. 3 y Lib. III sec. 1, Madrid, Alianza, 1988). Más adelante, ya en el siglo XX, George Moore llamó «falacia naturalista» a esta clase de silogismos lógicamente incorrectos que, a su vez, conducen a valoraciones o juicios axiológicos equivocados (vid. George Moore, *Principia Ethica*, op.cit., p. 10); sobre la distinción entre ambos argumentos (el de Moore y el de Hume), véase Pablo E.

argumento es tanto la legalidad como la eficacia social, mientras que la *consecuencia normativa* (el deber ser) es la pretendida validez jurídica de la norma fundamental.<sup>185</sup> Para Kelsen es evidente que las normas jurídicas tienen una característica esencial que les impide confundirse con cualquier otro elemento normativo (como la moral, por ejemplo). Esta característica, su obligatoriedad, procede de una interpretación, la cual viene a ser la respuesta a la pregunta de

«qué es lo que constituye la unidad en una pluralidad de normas jurídicas [...]. Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del Derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas aunque no —como se ha sostenido erróneamente— el contenido de las mismas. Sólo cuando se presupone la norma fundamental se pueden interpretar determinados actos humanos como actos jurídicos, es decir, como actos productores de normas jurídicas, y considerar a las normas jurídicas como el sentido de estos actos».<sup>186</sup>

En otras palabras, para Kelsen, decir que un sistema jurídico o una norma jurídica son válidos (o sea, decir que son precisamente un sistema jurídico o una norma jurídica) implica decir que ellos están *justificados* o que son *obligatorios*. El problema con esta posición es que todo el sistema jurídico depende de una norma suprema (o, para ser consistentes con Kelsen, de una norma fundamental). Y esa norma fundamental tiene en todo momento la autoridad y el reconocimiento suficiente para irradiar obligatoriedad a todas las normas que sean aprobadas de acuerdo al método de publicidad prescrito, sin que ello signifique que su validez dependa de su contenido.<sup>187</sup>

---

Navarro, «Normas condicionales y falacias naturalistas», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, Alicante, 2007, pp. 601-616.

<sup>185</sup> Cfr. Alexy: *CVD*, p. 97.

<sup>186</sup> Kelsen: *TPD*, pp. 20s.

<sup>187</sup> Ante esto Carlos Nino presenta su objeción diciendo que «si la ciencia jurídica fuese tan descriptiva y valorativamente neutra como Kelsen piensa que debe ser, debería limitarse a describir y quizás a imponer consistencia a las normas que los jueces suelen aceptar (las normas eficaces), sin que esta actividad tuviera ninguna consecuencia sobre la cuestión de qué normas los jueces deberían aceptar», Carlos Nino, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 23.

2) *La norma fundamental normativa.* Aunque Kant no habla (explícitamente) de una norma fundamental, ni tampoco ocupa el centro de su filosofía, no hay razones suficientes para dudar que haya pensado «claramente *la idea* de una norma fundamental: [...] puede, pues, pensarse una legislación externa que contuviese sólo muchas leyes positivas; [aunque] luego debería preceder una ley natural que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, la competencia para vincular a los demás a través de su propio arbitrio)». <sup>188</sup>

Estas son las propiedades esenciales de una norma fundamental. Se trata de una norma que precede a las leyes positivas y que, con ello, fundamenta la competencia del legislador para dictarlas y, así, su validez. La diferencia con Kelsen estriba en que la norma fundamental de Kant no es solamente un presupuesto epistemológico sino *una ley natural*. <sup>189</sup> Lo que demuestra una vinculación muy fuerte con el pensamiento jurracionalista de la validez del Derecho. Logrando así una propuesta que puede entenderse como *el deber moral* de la obediencia al Derecho. Propuesta que, como bien lo acota Alexy, <sup>190</sup> enmarca la norma fundamental de Kant dentro de los linderos de su Filosofía del Derecho y ésta, a su vez, inmersa en su filosofía moral. Lo cual exigiría, para hacer un análisis más o menos exhaustivo, una exposición que abarcara (al menos *a grosso modo*) las líneas principales de su pensamiento. Sin embargo, esto no es materia de este trabajo ni de esta investigación.

Lo más que se puede hacer al respecto es enunciar las razones que ofrece Kant a favor de su norma fundamental y su contenido. Esta norma fundamental está requerida por la necesidad de establecer un Derecho positivo. Y a su vez esta necesidad es característica de la tradición contractualista de su época (siglo XVII). Para Kant, todos aquellos derechos basados en la razón existen ya en el estado de naturaleza, aunque todavía no están asegurados. <sup>191</sup> Para garantizar esos derechos básicos propone que el

---

<sup>188</sup> Alexy: *CVD*, p.116

<sup>189</sup> Una ley natural es aquella cuya obligatoriedad puede ser conocida *a priori* por la razón, y que no requiere de una legislación externa.

<sup>190</sup> Alexy: *CVD*, p. 117.

<sup>191</sup> Cuando se asume un punto de vista más general, y no limitándose a sucesos o terrenos concretos, sostendría Kant, se puede caer en la cuenta de que la especie humana transita de un estado primitivo a una *Sociedad Civil* conformada por leyes que vindican la libertad humana y al mismo tiempo aseguran la sana convivencia entre sus miembros. Desgraciadamente esta constatación no está soportada por elementos empíricos que demuestren la existencia de una causa que permita definir el *progreso hacia mejor* como su consecuencia ineludible; tan sólo una aproximación moral es la que llama a los pueblos a

Derecho reúna los principios fundamentales del comportamiento social del hombre y los ubique muy por encima de las pretensiones particulares de cada uno.

Sin embargo, y no obstante la aparente conexión de esta tesis con la moral, la norma fundamental de Kant, asegura Alexy, tampoco reacciona favorablemente a la evaluación de su *contenido material*. Es decir, no toma en cuenta el contenido moral que aparentemente recoge en su fundamentación. Más bien, podría sostenerse que en Kant «la norma fundamental está exclusivamente orientada hacia la seguridad y la paz jurídicas».<sup>192</sup> Lo que vale jurídicamente es únicamente aquello que, orientado por los principios prácticos de la razón, condiciona a los hombres a obedecer al poder legislativo efectivamente existente, sin tener en cuenta cuál haya sido su origen. Para evidenciar este punto, es posible transcribir su argumento: «Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico».<sup>193</sup>

Esta frase, en la que desconoce Kant el derecho de resistencia de los pueblos, abre el camino a varias interpretaciones. Se podría sostener, por una parte, que la formulación estricta de su norma fundamental responde con mayor ventaja al pensamiento político de su tiempo: el estado autoritario. Sin embargo, no es tan malo, porque bastaría con agregarle el argumento de la injusticia y se obtendría un concepto de validez un poco menos legalista. Si no es así, por otra parte, la norma fundamental de Kant es mucho más positivista que la de Kelsen: la norma fundamental de Kelsen dice que puede interpretarse como norma jurídicamente válida toda norma promulgada (y eficaz) si así se lo desea y que de aquí no surge ninguna obligación moral; todo lo contrario a lo que promete la norma fundamental de Kant: en caso de no ser restringida su formulación, se tiene que interpretar toda norma promulgada y eficaz como norma jurídicamente válida con independencia del hecho de que así se desee o no, y además, existe una obligación moral a obedecer toda norma de este tipo.<sup>194</sup>

3) *La norma fundamental empírica*. La regla de reconocimiento de Hart es, por antonomasia, la norma fundamental empírica. Y aunque todas las críticas que lanza

---

darse el mejor Derecho, que sea por sí mismo justo y moralmente bueno (cfr. Emmanuel Kant, *Filosofía de la Historia*, trad. Eugenio Ímaz, México, 2ª, FCE, 1979, p. 39).

<sup>192</sup> Alexy: *CVD*, p. 118.

<sup>193</sup> Emmanuel Kant, *La Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 4ª, 2005, p. 151.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 120.

Alexy contra esta versión hartiana de la norma fundamental, quedaron ya expuestas en la misma crítica que se le hizo a Kelsen, todavía hay algunas cosas que se pueden decir. La norma fundamental en Hart recibe el nombre de “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*), y se parece en algunos aspectos a la norma fundamental de Kelsen.<sup>195</sup> La mayor discrepancia, que está en el uso terminológico de ambos, reside en el diferente status que Hart le asigna a su norma fundamental. Y las coincidencias, que son bastantes y muy evidentes, se pueden demostrar a partir de la función que otorga, en este caso Hart, a la regla de reconocimiento: «contiene los criterios para la identificación de reglas (en Kelsen son “normas”, en Hart son “reglas”) como Derecho válido». Por lo tanto, ella contiene las razones y los criterios para otorgar validez jurídica a todas las demás “reglas” del sistema. Otro parentesco con la versión kelseniana, reside en la manera como se llega a ella. Se tiene que rastrear preguntando una y otra vez por la validez, o sea a través de una reconstrucción escalonada del sistema jurídico.<sup>196</sup>

Por otro lado, una diferencia con la norma fundamental de Kelsen, reside en el hecho de que en Hart la pregunta acerca de si existe una regla de reconocimiento y la cuestión acerca de cuál es su contenido son de índole empíricas:<sup>197</sup> «la regla de reconocimiento existe sólo como una compleja, aunque concordante práctica, de las cortes, de los funcionarios y de los particulares en la identificación del Derecho con respecto a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho».<sup>198</sup>

Es correcto decir que, en razón a esto, la regla de reconocimiento tiene *existencia* más no *validez*. Es el criterio de validez de todas las demás reglas, aunque ella misma, como criterio supremo de validez, no es válida.<sup>199</sup> Uno puede encontrarla en la forma como los participantes en un sistema jurídico identifican las reglas como Derecho válido. Sin embargo, fracasa como presupuesto de validez toda vez que su teorización

---

<sup>195</sup> Cfr. *ibídem*, p. 121; también, y principalmente, cfr. Hart: *TCL*, p. 245.

<sup>196</sup> Esto se muestra claramente con el ejemplo que ofrece Hart (y que también cita Alexy), donde la regla de reconocimiento logra identificarse, después de varios cuestionamientos a la validez de cierto sistema jurídico, hasta llegar al origen de todo: «*What the Queen in Parliament enacts is law*» (Hart: *TCL*, p. 103 s.).

<sup>197</sup> Cfr. *ibídem*, p. 121.

<sup>198</sup> «*the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact*» (Hart: *TCL*, p. 107).

<sup>199</sup> Cfr. Alexy: *CVD*, p. 122.

empírica la limita al momento de «aprehender adecuadamente el problema propiamente dicho de toda teoría de una norma fundamental, es decir, el paso del ser al deber ser».<sup>200</sup>

### 2.3.3. El concepto de validez de Alexy

Aunque Alexy no proporciona una definición de validez jurídica, sí ofrece (a partir de todo su análisis) una idea bastante concreta de lo que ella representa para la dimensión teórica del Derecho. Alexy busca tanto en los argumentos normativos como en los argumentos conceptuales justificar una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Inicia con la idea de que ambos tipos de argumentos deben servir como razones sustentables de *Tv*. Después recoge la distinción clásica de Hart entre puntos de vista interno y punto de vista externo (en Alexy: del participante y del observador), para incluir su *pretensión de corrección (claim of correctness)* como argumento de carácter analítico, sobre el cual estaría soportada una relación conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral.

En general, la teoría de Alexy respecto a la validez del Derecho se reconstruye a través de dos enfoques: primero, con base en la teoría de la argumentación jurídica, las pautas morales tienen que ver estrictamente con los principios de la razón práctica. Esto implica la aparición de elementos racionales en la función práctica del Derecho; y después, con base en la teoría de los derechos fundamentales, la relación que encuentra entre Derecho y moral apela a la pretensión de corrección que es, en última instancia, un elemento clasificatorio tanto de todo el sistema jurídico como de las normas jurídicas consideradas de manera aislada.

Una esquematización de la teoría de la validez de Alexy aplicada a una sola norma quedaría:

Si la norma (N) satisface los criterios (C<sub>1</sub>)... (C<sub>n</sub>), entonces (N) tiene validez jurídica.

Esos criterios de validez son: un mínimo de reconocimiento social (eficacia), su promulgación conforme al ordenamiento (legalidad) y que no sean en extremo injustas (de acuerdo al argumento de la injusticia). Considerando además que, si esa norma viola

---

<sup>200</sup> Ídem.

la pretensión de corrección que necesariamente debe formular el sistema jurídico al que pertenece, será una norma jurídicamente deficiente.

Por otro lado, asumiendo el punto de vista del participante y tratándose de sistemas normativos considerados de manera global, la validez jurídica sólo se podrá declarar si (primero) formula, ya sea implícita o explícitamente una pretensión de corrección y (segundo) goza en general de eficacia social, es decir, se impone coactivamente ante cualquier otro sistema normativo con que el cual pueda entrar en conflicto.<sup>201</sup>

En conclusión, la teoría de la validez jurídica de Alexy se apoya en la relación interna que mantienen, por un lado, *la teoría del discurso práctico* (con su tesis del caso especial y de la pretensión de corrección)<sup>202</sup> y, por el otro, *la teoría de los derechos* (en particular, su teoría de los principios). De este modo, el argumento a favor de una conexión conceptual entre el Derecho y la moral está cerrado.

---

<sup>201</sup> Cfr. *ibídem*, pp. 123-126.

<sup>202</sup> Cfr. Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1ª, 1993, p. 56. Además, «la conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad puede transportarse al Derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Si esta tesis es verdadera, se podría establecer una relación necesaria entre el Derecho y la moral directamente válida para los sistemas jurídicos modernos» con base en una moral universalista que se encuentra expresada «en los derechos básicos y en los principios de la democracia» (*ibídem*, p. 55).



### **CAPÍTULO 3. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE ALEXY**

En su *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>203</sup> (*Theorie der Grundrechte*), Alexy propone una división teórico-estructural de los derechos de nivel fundamental claramente influida por la obra de Dworkin.<sup>204</sup> Esta nueva propuesta se identifica en la doctrina contemporánea como la *teoría de los principios*. Con esta teoría, Alexy intenta mostrar que las normas de derecho fundamental deben clasificarse en reglas y principios. Las reglas son normas jurídicas generales, orientadas a la realización de un deber jurídico definitivo; y los principios son razones jurídicas que orientan la acción de los deberes jurídicos. Bajo este criterio, Alexy define a las primeras como mandatos definitivos y a los segundos como mandatos de optimización.

La teoría de los principios que defiende Alexy se ocupa de esta una nueva tipología de los derechos fundamentales; y como se verá más adelante, es el objeto sobre el que trabaja la fórmula de ponderación. Para tenerlo claro de una vez: si se acepta la teoría de los principios, se acepta la ponderación como el método para la solución de sus conflictos.

#### **3.1. La distinción entre reglas y principios**

La división de los derechos fundamentales que prometía Dworkin con su *Taking Rights Seriously* (1977), y sobre la que ahora trabaja Alexy, es un intento por responder a uno de los grandes problemas identificados en la teoría del Derecho y que tiene que ver con la insuficiencia de las *reglas* para garantizar respuestas a todos los casos que tienen lugar en la vida práctica de un sistema jurídico.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2ª ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. En adelante *TDF*. Esta obra monumental de Alexy sigue las sendas de Jhering, Savigny, Kantorowitz, Kelsen, Radbruch (en la corriente continental) y de Austin, Hohfeld, Hart y Dworkin (en la corriente anglosajona), o sea, pertenece a la tradición analítica del Derecho (Alexy: *TDF*, p. XXVII) y su objetivo es «aclarar cuál es concepto, la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales» (ídem, p. XXIX).

<sup>204</sup> Una breve exposición de algunas de las conexiones entre la teoría de los principios de Alexy y la propuesta antipositivista de Dworkin, puede verse en David Sobrevilla, *La Filosofía del Derecho alemana actual de orientación racionalista*, México, Fontamara, 2008, pp. 110-113; también en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 6-15.

<sup>205</sup> Vid. Ronald Dworkin, «Casos Difíciles», *Critica*, 14, Cuadernos de Filosofía, trad. Javier Esquivel, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981, pp. 5-82.

A partir de la teoría de los derechos de Dworkin, «la discusión en torno a la distinción entre reglas y principios, y sus implicaciones para la teoría de la aplicación jurídica, la estructura del sistema jurídico, la relación entre el Derecho y la moral y la dogmática jurídica, en especial la dogmática de los derechos fundamentales, ha sido objeto de un insoslayable conjunto de investigaciones».<sup>206</sup> Pues como bien lo señala David Sobrevilla,

«Ronald Dworkin fue quien primero comprendió el Derecho como un sistema o modelo de reglas y principios. [...] Según [Dworkin] el modelo de las reglas del positivismo estaba caracterizado por tres tesis fundamentales: (1) que los sistemas de reglas consisten en reglas especiales que se identifican no en razón de su contenido sino de su origen o procedencia (*test of pedigree*), diferenciándose de reglas que no son válidas o que son extrajurídicas. (2) Lo que es el Derecho se determina exclusivamente sobre la base de estas reglas. Si ellas no fijan una decisión judicial, los jueces tienen un cierto margen de discrecionalidad para resolver el caso. Y (3) que las obligaciones jurídicas y los derechos sólo existen en razón de estas reglas».<sup>207</sup>

En contraste, para el mismo Dworkin el modelo de los principios posee las siguientes características:

«(1) los sistemas jurídicos contienen, al lado de reglas principios. Los principios se diferencian de las reglas, por las siguientes características: (a) porque en tanto que las reglas tienen el carácter de ser aplicables o no (*all or nothing*), en cambio los principios están sujetos a la ponderación y tienen la propiedad del peso (un peso mayor o menor frente a otros principios). (b) las reglas tienen una validez estricta, en tanto los principios pueden ser desplazados por otros principios. (2) los jueces no tienen un margen de decisión sino que cuando se presentan casos difíciles se encuentran sometidos a los principios. [...] (3) los jueces no crean derechos a través de sus decisiones sino que fijan derechos políticos ya existentes».<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 94.

<sup>207</sup> David Sobrevilla, «El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy», *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1996, pp. 97-113.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 99s.

Esta forma de comprender a las normas de derecho fundamental tiene la ventaja de colmar, en una gran medida, las lagunas normativas que se presentan cuando las normas entendidas como reglas no tienen una prescripción clara para un hecho real determinado.

Según Alexy, las normas jurídicas prescriben el *deber ser* de acuerdo a los *criterios* que los derechos fundamentales establecen. Por lo tanto, y considerando que únicamente los principios pueden contener tales criterios, las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Si son principios, esas normas deben entenderse como *mandatos de optimización* que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas).

Esta clasificación de las normas de derecho fundamental,<sup>209</sup> se apoya en las teorías materiales del contenido de los derechos fundamentales: «*la liberal*», «*la democrática*» y «*la del estado social*». En todas ellas prima la idea de una asignación de significado al contenido de las normas de derecho fundamental. Luego se vinculan con los criterios que determinan el contenido de las disposiciones de derecho fundamental mediante un análisis de su estructura normativa. De esta forma se combate la teoría absoluta del contenido esencial<sup>210</sup> que propone un modelo *subsuntivo puro* para la aplicación de las normas de derecho fundamental.

Para considerar la estructura de las normas de derecho fundamental, se puede recurrir a diferentes distinciones teórico-estructurales. La distinción entre reglas y principios sólo es una de ellas. Y en opinión de Alexy, es la más importante:<sup>211</sup>

«Esta distinción representa la base de la teoría de la fundamentación jusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la

---

<sup>209</sup> Que una norma sea considerada de derecho fundamental, refiere Alexy, es algo que depende de la argumentación de derecho fundamental que sea posible aducir a su favor (cfr. Alexy: *TDF*, pp. 53s.). Sobre el análisis que hace Alexy de las normas de derecho fundamental y las disposiciones de derecho fundamental, véase: Alexy: *TDF*, pp. 46-55.

<sup>210</sup> Las teorías del contenido esencial sostienen que es posible determinar un «núcleo básico» de los derechos fundamentales, universalmente aplicable y correcto en todas las circunstancias, incluyendo aquellas que provengan de cambios sociales o tecnológicos. En esto conviene ver a Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 111-115. Aquí mismo, Rubén Sánchez Gil anota la distinción entre teorías del contenido esencial «absoluta» y «relativa». La noción de proporcionalidad sugerida por Alexy vendría a ser parte de esta última.

<sup>211</sup> Alexy: *TDF*, p. 63.

dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites a los Derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre Derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos Derechos en el sistema jurídico [...]. Constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los Derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos fundamentales».<sup>212</sup>

Para alcanzar a comprender la magnitud de esta forma de estructurar a las normas de derecho fundamental, hace falta una distinción precisa entre lo que es una regla y lo que es un principio. Además, es necesario hacer explícita la manera en que unas y otros se comportan.

### **3.1.1. Los criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios**

Se debe tener presente que la distinción entre reglas y principios ha de considerarse exclusivamente en el ámbito de las normas. Esto significa que tanto las reglas como los principios son normas que ordenan lo que es debido. Ambas pueden ser formuladas con las expresiones deónticas básicas: «la obligación», «el permiso» y «la prohibición». Además, los principios, al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios de deber ser; sólo que son razones de diferente tipo. Luego entonces, la distinción entre reglas y principios, como se mencionó antes, es una distinción entre dos tipos diferentes de normas.

Para decidir si las normas jurídicas de derecho fundamental pueden dividirse en reglas y principios, Alexy analiza dos de los criterios tradicionales que han sugerido esa división:

1) *El criterio de generalidad*: «los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo».<sup>213</sup> Para la determinación de un principio, con base en este criterio, los juristas observan de las normas su génesis (si son creadas o desarrolladas), la explicitud de su contenido

---

<sup>212</sup> Ídem.

<sup>213</sup> Ibídem, p. 65.

valorativo, la referencia a la idea de Derecho o a un Derecho supremo y su importancia para el ordenamiento jurídico.

2) *El criterio de fundamentación*: las reglas y los principios se diferencian en la medida en que son fundamentos de reglas (justificación de directivas) o son reglas en sí mismas. O si se trata de normas de argumentación o de comportamiento.<sup>214</sup>

Con base en estos criterios, se pueden formular tres tesis: la primera diría que la distinción entre reglas y principios es vana «debido a la pluralidad existente en la realidad» de casos en los que pueden combinarse normas con alto grado de generalidad, que no fueran inmediatamente aplicables, que no hubieran sido establecidas expresamente, que tuvieran un contenido valorativo, que mantuvieran una estrecha relación con la idea del Derecho, que fueran de gran importancia para el Derecho y que se aplicaran como fundamento de ciertas reglas y como criterio para la evaluación de argumentaciones jurídicas. La segunda tesis diría que la distinción existe, aunque sólo sería de grado, sobre todo atendiendo al criterio de generalidad. Pues entre más general fuese su carácter, más cerca de ser un principio estaría. La tercera tesis, aún más ambiciosa que las dos anteriores, admite que las normas sí pueden dividirse en reglas y principios y que tal división no se debe sólo a una diferencia gradual sino a una diferencia *cualitativa*.

Para Alexy esta última tesis es la correcta. Y a partir de ella, elabora tres tesis más con las cuales hace visible su pretensión. Tal pretensión se refiere a que los principios jurídicos expresan la idea de optimización, y que es legítimo formularlos como mandatos de optimización;<sup>215</sup> con lo que los principios se distinguirían sustancialmente de las reglas.

---

<sup>214</sup> Aquí vendrían a coincidir Manuel Atienza y Ruíz Manero (vid. Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 16-21). Ambos afirman: «[los] principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas [...] por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos [...]» (ibidem, p. 18).

<sup>215</sup> Ésta no es la única forma de entender a los principios. Hay una postura que les niega la cualidad de optimización por considerarla falsa, y sea esto por ser exagerada o insuficiente. Al respecto, vid. ídem.

### 3.1.2. Tres tesis para apoyar la distinción entre reglas y principios

1) *La tesis de la optimización.* De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios,<sup>216</sup> los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por eso son *mandatos de optimización*. Y se caracterizan, primero, por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y, segundo, porque la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En este caso, el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Por otro lado están las reglas, que son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla tiene validez, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella ordena, ni más ni menos. Por eso se dice que las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Ellas son, por lo tanto, *mandatos definitivos*. En razón de esto se puede concluir que, entre reglas y principios, hay una distinción cualitativa y no sólo de grado.<sup>217</sup> Con esto se acredita la tercera tesis formulada por el criterio de fundamentación.<sup>218</sup>

La restricción de un principio por parte de reglas puede darse en dos supuestos distintos:

*Supuesto a)* Cuando una regla adscrita al sistema jurídico establece claramente que, satisfechas determinadas condiciones generales, se debe dar cumplimiento a una regla y no a un principio. Aquí se trata, en pocas palabras, de una regla de validez que fundamenta la aplicación de otra regla. En lenguaje analítico, dicha restricción puede anunciarse cuando es válida una regla *R* que restringe al principio *P*. Para que esto suceda, debe tener validez una regla de validez *R'* que dice que la regla *R* precede a *P*, sin que importe el nivel de satisfacción requerido por *P* y el requerido por *R*.

*Supuesto b)* Cuando, dadas ciertas circunstancias, la validez de una regla adscrita al sistema jurídico cede su aplicación a favor de un principio. Esto sucede en los casos donde la validez del principio desplaza la validez de la regla. De nuevo en lenguaje

---

<sup>216</sup> Cfr. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op.cit. p. 221ss.

<sup>217</sup> Cfr. Alexy, *Tres escritos*, op.cit., p. 95s.

<sup>218</sup> Cfr. *supra*, p. 74.

analítico, esta restricción ocurre cuando  $R$  no tiene validez estricta. Entonces es válido un principio de validez  $P'$  que, bajo determinadas circunstancias, permite que  $P$  desplace o restrinja a  $R$ .<sup>219</sup>

En el caso de las reglas, la cosa es más sencilla, ellas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. En todo caso, si una regla tiene validez jurídica, entonces no hay otra opción que hacer lo que ella dispone (ordena, prohíbe o permite). Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

2) *La tesis de la colisión*. La distinción entre reglas y principios es más evidente cuando se consideran las colisiones entre principios y los conflictos entre reglas. Para demostrar esto es necesario considerar un lugar común a los conflictos y a las colisiones: la aplicación independiente de dos normas jurídicas que conduce o puede conducir a resultados incompatibles, es decir, «a dos juicios jurídicos concretos de deber ser jurídico que estarían en contradicción».<sup>220</sup>

Los conflictos entre reglas se solucionan, por un lado, mediante la introducción de una cláusula de excepción a una de las reglas o, por otro lado, si se declara la invalidez de una de ellas.<sup>221</sup> Y en este caso, es decir en el de invalidez de normas jurídicas, es donde tienen relevancia los criterios de interpretación judicial. Criterios que, como ya se mencionó antes, son: «*lex posterior derogat lex priori*», «*lex superior derogat lex inferiori*» y «*lex specialis derogat lex generali*».<sup>222</sup>

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Dos principios entran en colisión cuando, por ejemplo, según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, eso mismo está permitido. Alguno de los principios, en este caso, tiene que ceder ante el otro. Lo que no es igual a la declaración de invalidez del principio que cedió ante el otro; ni tampoco significa que se deba introducir una cláusula de excepción para restringir la aplicación de ese principio. Lo único que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, mientras que bajo otras circunstancias, puede resultar lo contrario. Esta relación de precedencia (o

---

<sup>219</sup> En este caso, la precedencia de  $P$  no sólo depende de que haya un principio  $P'$  que sea más fuerte que  $R$ , sino que además necesita ser más fuerte que un principio  $P_R$  que es el principio que da validez a la regla. Y éste tiene que ser menor que  $P'$ , que es el principio que otorga validez a  $P$  (Cfr. Alexy: *TDF*, p. 68, especialmente la nota 24).

<sup>220</sup> Alexy, *Tres escritos*, op.cit., p. 96.

<sup>221</sup> Cfr. Alexy: *TDF*, p. 69.

<sup>222</sup> Cfr. supra, p. 56, nota 154.

preferencia) no significa más que el deber de aplicar la consecuencia jurídica prevista por un principio en lugar de la prevista por el otro.

Para esta característica esencial de los principios a que se refiere Alexy, al igual que Dworkin, se emplea la *metáfora del peso*.<sup>223</sup> Esto quiere decir que los principios, atendiendo a las peculiaridades del caso en cuestión, tienen más peso que otro(s) y, por ende, prima el que se considera de mayor peso. Esto puede resumirse en una *ley de la colisión*, según la cual «las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad».<sup>224</sup>

La expresión formal de esta ley quedaría así:

Si el principio  $P_1$  precede al principio  $P_2$  bajo las circunstancias  $C$ :  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ , y si la consecuencia jurídica  $R$  se produce a partir de  $P_1$  bajo las circunstancias  $C$ , entonces adquiere validez una regla en la que  $C$  es el supuesto de hecho y  $R$  la consecuencia jurídica:  $C \rightarrow R$ .<sup>225</sup>

Lo que esta ley de la colisión demuestra es que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia estrictamente condicionadas.<sup>226</sup> Aquí la tarea de la optimización es fundamental, pues consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta, para que, una vez consideradas todas las cosas, se pueda formular una regla que, una vez incluyendo las condiciones de precedencia, se pueda incluir al catálogo de excepciones o de criterios de invalidez en ocasión de un caso en concreto. De todo esto se sigue que las reglas y los principios no están separados unos de otros. Pues la realización de una ponderación, que sirva a la fundamentación de una regla que tenga en cuenta los

---

<sup>223</sup> Esta idea de la dimensión de peso fue originalmente desarrollada por Dworkin (*Taking Rights Seriously*, op.cit., p. 26s.). Los conflictos entre reglas tienen lugar en la dimensión de la validez jurídica; mientras que las colisiones de principios, dado que sólo pueden entrar en colisión principios válidos, tienen lugar «más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso».

<sup>224</sup> Alexy, *Tres escritos*, op.cit., pp. 99 s.

<sup>225</sup> Alexy, *Tres escritos*, ibídem, p. 100. Esta última fórmula, que está en posibilidad de convertirse en regla, se lee: dadas las circunstancias de hecho  $C$  (que serían el supuesto de esta regla), será válida la consecuencia jurídica  $R$ .

<sup>226</sup> Alexy: *TDF*, p. 73.



principios que juegan en sentido contrario, es razón necesaria para la existencia de otras reglas.<sup>227</sup>

Para comprender mejor cuál sería el alcance de una regla construida a partir de una relación de precedencia condicionada, véase el siguiente ejemplo: considérese la situación en que un principio  $P_1$  conduce a una decisión incompatible con el principio  $P_2$ , bajo determinadas circunstancias  $C$ . El esquema de posibilidades, tomando en cuenta únicamente las opciones de precedencia condicionada,<sup>228</sup> demuestra que hay dos alternativas posibles:<sup>229</sup>

- (1)  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (2)  $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

(1) y (2) son relaciones de precedencia condicionadas, a partir de las cuales se tiene que decir cuál tiene aplicación al caso. Para esto sería necesario considerar las consecuencias de cada situación y relacionar la vinculación normativa de cada principio, o sea, determinar cuál de los principios tiene mayor peso.

De las opciones (1) y (2), la respuesta sugiere: si se satisfacen las condiciones  $C$ , para (1), el principio  $P_1$  precede al principio  $P_2$ . Y en el caso de (2), dadas las circunstancias  $C$ , el principio  $P_2$  precede al principio  $P_1$ . Dando lugar, en ambos casos, a la posibilidad de formular una regla que disponga los supuestos de (1) y de (2).

3) *La tesis de la ponderación.* La definición de los principios, como mandatos de optimización, implica el principio de proporcionalidad.<sup>230</sup> Esta relación tiene la forma de una implicación lógica,<sup>231</sup> pues los principios tienen como definición su optimización, es decir, exigen su máxima realización posible (según las posibilidades fácticas y jurídicas), y de esto se trata precisamente el principio de proporcionalidad. Esta implicación, en otras palabras, representa lo siguiente: que el principio de

<sup>227</sup> Cfr. Alexy, *Tres escritos*, op.cit., p. 101.

<sup>228</sup> Se pueden considerar también las relaciones de precedencia incondicionadas (llamadas «abstractas» o «absolutas») y que no requieren considerar circunstancias particulares, pues tienen aplicación inmediata, asimilándose más a las reglas. Sobre esto, vid. Alexy: *TDF*, pp. 73s.

<sup>229</sup> Alexy enlista cuatro alternativas (ibídem, p. 73). Las primeras dos serían relaciones absolutas y las otras dos, las que aquí se presentan, son relaciones condicionadas.

<sup>230</sup> Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 3ª, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 566ss.

<sup>231</sup> Por ello, «quien objeta la teoría de los principios objeta igual al principio de proporcionalidad». Alexy, *Tres escritos*, op.cit., p. 101.

proporcionalidad, con sus tres subprincipios, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, son el condicional de la definición de los principios como mandatos de optimización, es decir, son el antecedente de la definición de principios jurídicos.

En relación con las posibilidades fácticas, los subprincipios de idoneidad y necesidad son la base de la determinación de esa máxima realización. De ambos subprincipios se puede esquematizar su aplicación de la siguiente manera (tomando en cuenta que el examen más detallado se presentará en el siguiente capítulo).

Por lo que hace al *subprincipio de idoneidad*, supóngase:

Si se adopta una medida  $M$ , que representa una intervención en la libertad de profesión y oficio ( $P_1$ ), para favorecer la protección a los consumidores ( $P_2$ ), aunque ella no es idónea para ello, entonces puede omitirse  $M$  sin originar costos para la protección de los consumidores  $P_2$ . La optimización de  $P_1$  y  $P_2$  exige entonces que no se adopte  $M$ .

En cuanto al *subprincipio de necesidad*, la situación puede ser:

Una medida  $M_1$  que está prohibida en relación con los principios  $P_1$  y  $P_2$ , si existe una medida alternativa a ella, por ejemplo  $M_2$ , que favorece el principio  $P_2$  en una forma equivalente a  $M_1$ , aunque interviene menos intensamente en el principio  $P_1$ .

En el caso del *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, su origen es la máxima realización (u optimización) en relación con las posibilidades jurídicas. Principalmente con aquellos principios que juegan en un sentido contrario. A esto Alexy lo llama *ponderación*.<sup>232</sup> Y la ponderación «resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro, es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro». Ante estos casos, puede formularse una *ley de la ponderación*, que ordene:

---

<sup>232</sup> Alexy, *Tres escritos*, op.cit., p. 103.

«Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro». <sup>233</sup>

En síntesis, a partir de las tres tesis que presenta Alexy a favor de la teoría de los principios, se puede concluir que las normas jurídicas de derecho fundamental o bien son reglas o bien son principios.

### **3.1.3. Sobre “Los criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios”.**

Después de haber presentado las tres tesis de Alexy que pugnan por la diferenciación entre reglas y principios dentro de un sistema normativo, conviene señalar una serie de criterios (cuatro exactamente) que permiten identificar las ventajas de la conceptualización de las reglas y de la conceptualización de los principios y la manera en que ambos deben ser entendidos. Esto además es una ampliación de los dos criterios tradicionales que alegan a favor de la distinción.

1) *En cuanto a su generalidad.* Alexy afirma que «[l]os principios suelen ser relativamente generales porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo». <sup>234</sup> Y según esta afirmación, la característica de los principios es algo más que ser sólo generales (o abstractos). Una vez que los principios, entendidos de esa forma, son referidos a los límites del mundo real y normativo, se puede hablar de un *sistema de reglas diferenciado*. <sup>235</sup> Sistema que no es idéntico al modelo de principios que intenta defender Alexy.

2) *En cuanto a su génesis.* «el hecho de que como normas *surgidas naturalmente* puedan ser contrapuestas a las normas *creadas* se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de expedición detallada de normas y, de decisiones judiciales». <sup>236</sup> En general, son concepciones más o menos difundidas de *cómo debe ser* el Derecho.

---

<sup>233</sup> Ídem.

<sup>234</sup> Alexy: *TDF*, p. 84.

<sup>235</sup> Ídem.

<sup>236</sup> *Ibídem*, p. 85.

3) *En cuanto a su contenido valorativo*. «En tanto razones para reglas, a menudo técnicas, los principios permiten conocer su contenido valorativo más fácilmente que [las reglas]; en tanto razones básicas para numerosas reglas, los principios tienen una importancia fundamental, en lo que se refiere a su contenido, para el ordenamiento jurídico». <sup>237</sup> Esto queda más claro si se recuerda que los principios contienen los criterios de validez (y algunos además formulan la *pretensión de corrección*) de los sistemas jurídicos.

4) *En cuanto a la idea del Derecho*. La característica primordial de los principios, es que tienden a llevar la fundamentación siempre de lo general a lo cada vez más especial. Los principios en su conjunto forman una constelación de normas en la que se expresa el deber ser ideal que se desprende de cada disposición de derecho fundamental interpretada en sentido amplio, es decir, el conjunto de todos los contenidos normativos que se podría adscribir *prima facie* a cada disposición; conjuntamente, las reglas expresan determinaciones de ese deber ser ideal que ha sido ya relacionado con principios contrapuestos y ha adquirido así su concreción definitiva. La existencia de reglas jusfundamentales garantiza las exigencias de seguridad jurídica, de determinación y de claridad en el sistema de los derechos. No obstante, cuando las reglas no bastan para decidir los casos, porque éstos plantean incertidumbres jurídicas que desbordan la explicitud semántica de las reglas, se genera una laguna de racionalidad <sup>238</sup> que sólo puede ser colmada mediante fundamentaciones construidas sobre la base de las normas fundamentales, aunque interpretadas y aplicadas esta vez a modo de principios.

### 3.2. El carácter *prima facie* de las reglas y de los principios

Una de las principales *propiedades* tanto de las reglas como de los principios, es su diferente carácter *prima facie*. <sup>239</sup> Como se ha repetido varias veces, los principios

---

<sup>237</sup> Ídem.

<sup>238</sup> Sobre este concepto, véase Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 40, 1992, pp. 19ss. Para una exposición de la crítica que hace Luis Prieto Sanchís y Aulis Aarnio a la teoría de los principios de Alexy, vid. Juan Cianciardo, «Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, México, 2003, pp. 897-906.

<sup>239</sup> Sobre la opción de abandonar el concepto de *prima facie* a favor de una simple distinción entre «*what one has obligation to do*» y aquello «*what one ought to do all things considered*», que propone J. Searle («Prima Facie Obligation», en J. Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, 1978, pp. 84ss.), vid. Alexy: *TDF*, p. 79.

«ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*».<sup>240</sup>

Esto significa que, por ejemplo, aunque en un caso particular un principio  $P_1$  valga preferentemente ante otro principio  $P_2$ , es decir,  $P_1$  tiene mayor peso que  $P_2$  (que es una razón que juega en sentido contrario a  $P_1$ ), no tiene que valer  $P_1$  definitivamente para todos los casos en que pueda aplicarse. Por el contrario, se tienen que examinar las circunstancias del caso para decidir si las razones de  $P_1$  no son desplazadas por otras razones de otros principios, en este caso, del principio  $P_2$ . «Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas».<sup>241</sup>

Tratándose de reglas, la cosa es distinta. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, se puede afirmar que contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades fácticas y de las posibilidades jurídicas. Si esta determinación fracasa por imposibilidades fácticas o estrictamente del ámbito jurídico, o bien se hace necesario declarar su invalidez o simplemente se le reconoce una excepción para su aplicación; si éste no sea el caso, de la regla se puede decir que tiene «validez definitiva».

En razón de esto podría pensarse, entonces, que las reglas tienen, todas, un carácter definitivo; y los principios, todos, un mismo carácter *prima facie*. Coincidiendo así con el modelo de Dworkin. Hay que recordar que el modelo de Dworkin afirma que las reglas, cuando tienen validez, son aplicables de una manera todo-o-nada (*all-or-nothing*), «mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección aunque no tienen como consecuencia necesariamente una determinada decisión».<sup>242</sup> Sin embargo, para Alexy este modelo es demasiado simple. Él prefiere un modelo que haga más clara la diferencia entre reglas y principios.

El carácter *prima facie* de las reglas aparece según las circunstancias particulares del caso. Si es necesario introducir una cláusula de excepción a una regla, entonces pierde su carácter definitivo. Esa cláusula no tiene que ser con razón únicamente de otras

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>241</sup> *Ídem*.

<sup>242</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op.cit., pp. 24ss.

reglas, porque bien podría deberse a la disposición normativa de un principio. De cualquier forma, no se pueden delimitar exhaustivamente todas las excepciones a que daría lugar una regla. «Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción».<sup>243</sup>

Sin embargo, este carácter *prima facie* de las reglas, es totalmente distinto al carácter *prima facie* de los principios. Un principio es desplazado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. Mientras que en el caso de las reglas, tienen que esperarse a que el principio opuesto derrote al principio que apoya a las reglas y que desplace a los principios que ordenan que se debe cumplir con las reglas que provienen de una autoridad legítima y que, en el caso de apartarse de ellas, deben fundamentarse las razones para hacerlo. Estos últimos pueden llamarse, dice Alexy, «principios *formales*».<sup>244</sup> Y de aquí depende que tan fuerte o débil sea el carácter *prima facie* de las reglas. Cuanta mayor preferencia otorgue un sistema jurídico a los principios formales, mayor será el carácter *prima facie* de sus reglas.

En el caso de los principios, como ya se dijo, el carácter *prima facie* se muestra de forma distinta:

«El carácter *prima facie* de los principios puede reforzarse introduciendo una carga de argumentación a favor de determinados principios o determinados tipos de principios. [...] con la suposición de una carga de la argumentación en beneficio de determinados principios, no se equipara su carácter *prima facie* con el de las reglas. Tampoco una regla que establece una carga de la argumentación libera de la necesidad de establecer, en el caso concreto, las respectivas condiciones de precedencia. Tiene sólo como consecuencia que cuando se dan razones igualmente buenas o en caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el otro. Esto refuerza, por cierto, el carácter *prima facie* del principio favorecido por una regla que establece una carga de la argumentación. Sin embargo, el carácter *prima facie* de las reglas, que se apoya en el hecho de una disposición ya tomada autoritativamente o transmitida, es algo básicamente diferente y esencialmente más fuerte».<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Ídem. También véase ahí la posibilidad de introducir una limitación que tenga por objeto prohibir a un sistema jurídico incluir excepciones a las reglas.

<sup>244</sup> Ibídem. p. 81

<sup>245</sup> Ibídem, pp. 81s.

Estas cargas de la argumentación, como se verá en el siguiente capítulo,<sup>246</sup> corresponden al tercer elemento fundamental del principio de proporcionalidad. Anticipando su significación, se puede decir que cuando el método de ponderación, que es la alternativa argumentativa con que se resuelven las colisiones entre principios, no ofrece un resultado inequívoco, es decir, no se inclina la balanza hacia una de las dos (o más) opciones que se consideran como soluciones al caso, entonces se puede recurrir a las cargas de la argumentación para tomar una elección que favorezca a un principio sobre otro. Las cargas de la argumentación tienen la obligación de incorporar razones de mayor fuerza para justificar esa elección. Estas razones también deben considerarse en el supuesto normativo de la regla de precedencia.

### 3.2.1. Las reglas y los principios como razones

Las reglas y los principios, como se ya se advirtió, son razones, sólo que de diferente tipo. «Los principios son *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son *razones definitivas*».<sup>247</sup> Ambas, o sea los principios y las reglas, son razones *para* la acción o razones *para* normas.<sup>248</sup> Si son razones para normas, pueden ser razones para normas universales (abstractas-generales) y/o para normas individuales (juicios de deber ser jurídico concretos).

El punto de vista tradicional de la teoría del Derecho ha preferido distinguir a los principios como razones para reglas y a las reglas como razones para juicios concretos de deber ser (normas individuales). Lo cual, dice Alexy, es incorrecto. Es más claro ver a ciertas reglas como razones de otras reglas y a principios como razones para juicios concretos de deber ser. Lo único admisible para Alexy de esta distinción típica de los principios como razones para reglas es que hace evidente que entre principios y reglas hay un carácter diferente cuando se tratan de razones para juicios concretos de deber ser.

---

<sup>246</sup> Vid. infra, pp. 126ss.

<sup>247</sup> Alexy: *TDF*, p. 82.

<sup>248</sup> J. Raz es quien ha defendido que las normas son razones para la acción (Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres, Oxford University Press, 1975, pp. 15ss.). Alexy, ampliando la noción de Raz, asegura que tanto los principios como las reglas son razones para las normas, y que sólo de una forma mediata son razones para la acción. Por tanto y «al ser vistas las reglas y los principios como razones para normas, la relación de fundamentación queda limitada a cosas de una sola categoría, lo que facilita su manejo, sobre todo su análisis lógico» (ibidem, pp. 82s.).

Por ejemplo, «cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como ocurre cuando ella es válida, [y] es aplicable y no admite ninguna excepción, entonces es una *razón definitiva*. Si este juicio concreto de deber ser tiene como contenido el que a alguien le corresponde un derecho, entonces este derecho es un *derecho definitivo*».<sup>249</sup> Para el caso de los principios, que son *razones prima facie*, únicamente se puede decir que establecen *derechos prima facie*.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que para la determinación de algunas reglas, son necesarias las razones que las justifican. Esto es, siempre que un principio sea, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio será una razón para una regla. Y en esos casos, los principios que sirvieron de razones para esas reglas tienen la misión de hacer una declaración de precedencia a partir de la cual, dadas las circunstancias de un caso en particular, se pueda formular como una regla de carácter definitiva y, si fuera el caso, como un derecho definitivo.

### 3.3. Tres objeciones al concepto de principio

Aunque hay una multiplicidad de posiciones sobre el tipo de normas que debe contener un sistema jurídico, las principales teorías del Derecho entienden que en la realidad la existencia de principios es innegable. Sin embargo, donde pueden ocurrir ciertas objeciones es en razón al *tipo* de concepto de principio que se mantenga: la primera dice que las colisiones entre principios son solucionables mediante la declaración de invalidez de uno de los principios (*la objeción de la invalidez*), lo cual haría del concepto de principio algo idéntico al concepto de regla; la segunda dice que existen principios absolutos que en ningún caso podrían pensarse en una relación de preferencia con otros principios (*la objeción de los principios absolutos*); y la tercera que dice que el concepto de principios es tan amplio, y por lo tanto inútil, porque abarca todos los intereses que pueden ser tomados en cuenta en las ponderaciones (*la objeción de la amplitud*). Alexy considera cada una de ellas y resuelve que en ninguna existe suficiente fuerza como para abandonar su concepto de principio.

1. *La objeción de la invalidez*. Esta objeción refiere a que algunos principios, que pudieran aparecer en un sistema jurídico, tendrían que ser declarados inválidos. Si, por

---

<sup>249</sup> *Ibidem*, p. 83.



ejemplo, un principio fuera tan contradictorio con los valores de un sistema jurídico dado, no tendría caso preguntarse cuándo será preferente a otros principios y cuándo será desplazado por ellos, más bien tendría que ser despedido del sistema jurídico. Sin embargo, esta objeción no es buena. Hay dos posibles formas de entender a las normas, y a sus conflictos en sentido amplio. La primera, como normas pertenecientes a un sistema jurídico, la segunda, como normas que intentan pertenecer a un sistema jurídico, o sea, que pretenden ser declaradas válidas. Si se trata de este segundo grupo de normas, el presupuesto básico sería la teoría de la validez jurídica que defiende Alexy, y la objeción tendría que remitirse entonces a los criterios de validez. Si, en cambio, se trata del primer grupo de normas, la ley de la colisión tiene plena congruencia, pues de lo que se trata es de resolver el conflicto entre normas que son válidas, es decir, entre normas que pertenecen ya al sistema jurídico. Por lo tanto, son colisiones que se dan dentro del ordenamiento jurídico.

2. *La objeción de los principios absolutos.* Si existiera algún principio que tuviera la cualidad de ser absoluto, esto es, de ser tan fuerte que no hubiera posibilidad de ser precedido por otro principio, y sólo estuviera a condición de los límites fácticos, el teorema de la colisión no sería aplicable. Aquí se deben considerar dos supuestos: o el principio es absoluto porque precede a todos los demás principios, o es absoluto porque tiene carácter definitivo. En el primer supuesto, tal principio se tendría que poner a prueba en todas las circunstancias posibles donde tenga aplicación, para demostrar que no es susceptible de ponderaciones. Como eso no es posible, lo más que se puede decir de él es que, hasta ahora, es un principio con un alto grado de certeza, del que muy pocas razones jurídico-constitucionales pueden invalidar su preferencia.<sup>250</sup> Si se tratara del segundo supuesto, donde el principio es más parecido a una regla, se tiene que tomar en cuenta que puede deberse a que su formulación, al igual que algunas reglas, contiene una apertura semántica que dificulta hallar casos donde ese principio tenga que ceder ante otros.

---

<sup>250</sup> Sobre el ejemplo que pone Alexy del principio de “dignidad humana” y las posibles ocasiones en que puede ser (y ha sido) derrotado, vid. Alexy: *TDF*, pp. 87ss.

3. *La objeción de la amplitud.* Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes (o derechos) colectivos.<sup>251</sup> Y el hecho de que un principio se refiera a bienes colectivos «significa que ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfagan, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, ciertos criterios que van más allá de la validez o la satisfacción de los derechos individuales».<sup>252</sup> Sin embargo, esto es falso. Sería tanto como aceptar que los bienes colectivos superan a todos los derechos individuales o que los derechos individuales son lo mismo que los bienes colectivos. Quizás esto sea así en la teoría de Dworkin, donde el concepto de principio es más restringido y está aún más vinculado con el concepto de derechos individuales, pues los principios son razones, diría Dworkin, para derechos individuales.<sup>253</sup> Alexy opta por no escoger este concepto, y afirma que «no es indispensable ni funcional vincular al concepto de principio con el concepto de derecho individual», ni con el concepto de bienes colectivos. Más vale usar un concepto amplio, que no por ello omnicompreensivo, de *principio*.

### **3.4. La teoría de los principios y el principio de proporcionalidad**

Ya se dijo que existe una conexión lógica entre la teoría de los principios que defiende Alexy y el principio de proporcionalidad.<sup>254</sup> Y se dijo además que esa relación tiene la forma de una implicación lógica. Ahora es necesario explicar en qué consiste esa relación lógica.

Hay posibilidades fácticas y jurídicas que tienen que ser consideradas cuando se pretende que se aplique el contenido normativo de un principio. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad, demuestran el carácter de los principios como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas; mientras que el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido demuestra el carácter de los principios como mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas.

---

<sup>251</sup> Sobre las cuatro relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos que hace Alexy, vid. *ibídem*, p. 90; nota 79.

<sup>252</sup> *Ídem*.

<sup>253</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op.cit., pp. 82ss.

<sup>254</sup> Bernal Pulido, por ejemplo, se refiere a esta relación como «las dos caras de la misma moneda» (cfr. Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 621).

Para comprender la función que cumple el *subprincipio de necesidad*, es útil considerar un ejemplo simple.<sup>255</sup> Imagínese una situación donde hay en juego sólo dos principios y dos sujetos jurídicos: el Estado y el ciudadano. La caracterización de tal situación sería la siguiente:

«El Estado fundamenta la persecución del fin  $F$  con el principio  $P_1$ , o, en otras palabras,  $F$  es idéntico a  $P_1$ . Existen, por lo menos, dos medios,  $M_1$  y  $M_2$ , que son igualmente idóneos para lograr o promover  $F$ .  $M_2$  afecta menos intensamente que  $M_1$ , o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma de derecho fundamental con carácter de principio,  $P_2$ . Bajo estos presupuestos, para  $P_1$  es igual que se elija  $M_1$  o  $M_2$ .  $P_1$  no exige que se elija  $M_1$  en lugar de  $M_2$  o  $M_2$  en lugar de  $M_1$ . En cambio, para  $P_2$  no es igual que se elija  $M_1$  o  $M_2$ . En cuanto principio,  $P_2$  ordena una optimización tanto en relación con las posibilidades fácticas, como en relación con las posibilidades jurídicas. En relación con las posibilidades fácticas,  $P_2$  puede ser realizado en una medida mayor que si elige  $M_2$  y no  $M_1$ . Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el supuesto de la validez tanto de  $P_1$  como de  $P_2$ , sólo está permitido elegir  $M_2$ . Está prohibido elegir  $M_1$ ».<sup>256</sup>

En esta situación, se considera *necesario* que se adopte la medida  $M_2$  que representa menor afectación al principio  $P_2$  y que sirve para conseguir el fin  $F$  que persigue el Estado mediante el principio  $P_1$ .

Ya con esto es más sencillo inferir en qué consiste el *subprincipio de idoneidad*. En esta misma situación,

«Si  $M_1$  no es idóneo para la promoción u obtención del fin  $F$  exigido por  $P_1$  o idéntico a  $P_1$ , entonces  $P_1$  no exige la adopción de  $M_1$ , es decir, para  $P_1$  es igual si se adopta  $M_1$  o no. Si, en estas circunstancias,  $M_1$  afecta la realización de  $P_2$  entonces, en lo que concierne al respecto de la optimización con relación a las posibilidades fácticas,  $M_1$  está prohibido por  $P_2$ ».<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Para los límites que se presentan en el subprincipio de necesidad cuando las condiciones de aplicación son más complejas, es decir, en «constelaciones más complejas» donde, por ejemplo, hay más de dos principios o más de dos sujetos, vid. Alexy: *TDF*, p. 93, nota 86.

<sup>256</sup> *Ibidem*, pp. 93s.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 94.

Esto hace evidente cómo el subprincipio de idoneidad se sigue del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Ahora bien, por cuanto hace al *subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido*, o «el mandato de ponderación», la relación es con el carácter de los principios como mandatos de optimización en consideración con las posibilidades jurídicas.

«Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de la colisión.<sup>258</sup> Dado que está ordenado aplicar los principios válidos, cuando ellos son aplicables, y que para su aplicación en los casos de colisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, entonces, el carácter de principio de las normas de derecho fundamental implica que está ordenado llevar a cabo una ponderación cuando ellas entran en colisión con otros principios contrapuestos».<sup>259</sup>

Por tanto, y a partir de este razonamiento, es válido afirmar, como lo hace Alexy, que el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido o mandato de ponderación, «es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental».<sup>260</sup>

### **3.5. La teoría de los principios y la teoría de los valores**

Es necesario considerar una relación aparentemente conceptual que el mismo Alexy tiene presente cuando defiende su teoría de los principios. La relación que existe entre los principios y los valores. Los principios entendidos como normas adscritas de derecho fundamental y los valores como juicios axiológicos.

Se puede entender la vinculación entre principios y valores en un doble sentido: «por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su

---

<sup>258</sup> Vid. *supra*, p. 77.

<sup>259</sup> Alexy: *TDF*, p. 92.

<sup>260</sup> Ídem. Esto se expondrá con más detalle en el siguiente capítulo.

equivalente en la realización gradual de los valores». <sup>261</sup> Esto permitiría que los enunciados sobre principios puedan reformularse en enunciados sobre valores sin que pierdan alguno de los dos su contenido especial.

No obstante estas similitudes, hay también notorias diferencias. Alexy utiliza «la división de los conceptos prácticos de von Wright» para referirse a ellas. Según von Wright, los conceptos prácticos se dividen en tres grupos: conceptos deontológicos, axiológicos y antropológicos. <sup>262</sup>

1. *Los conceptos deontológicos* son los de mandato, prohibición, permiso y derecho a algo. Lo característico en estos conceptos es que ellos pueden referirse exclusivamente al concepto de mandato o de deber ser.

2. *Los conceptos axiológicos*, se caracterizan no porque su concepto fundamental sea un deber ser, sino más bien una definición de lo bueno. La variedad de conceptos axiológicos depende de las circunstancias del contexto en que se empleen; así, por ejemplo, se puede tratar de un concepto axiológico de lo bello, de lo valiente, de lo económico, etcétera.

3. *Los conceptos antropológicos* son los de voluntad, interés, necesidad, decisión, acción, entre otros. <sup>263</sup>

Estos tres conceptos, asegura Alexy, son los que se encuentran en el centro de la discusión en el ámbito de la filosofía práctica, por un lado, y en el ámbito de la teoría del Derecho, por el otro. Su tesis consiste en tratar a los principios en el nivel de los conceptos deónticos, es decir, como mandatos que ordenan algo, y entonces serían mandatos de optimización. Mientras que a los valores, tratarlos exclusivamente en el nivel axiológico.

Para ubicar este nivel axiológico, Alexy acude al término «valor» y a sus dos posibles usos o acepciones: (1) cuando se dice que algo *tiene* un valor y (2) cuando se dice que algo *es* un valor.

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>262</sup> Henrik von Wright, *The Logic of Preference*, Edinburg University Press, 1963, p. 7. También puede verse, J. Raz, *Practical Reason and Norms*, op.cit., pp. 11ss.

<sup>263</sup> Sobre la reducción que puede hacerse de los conceptos antropológicos a conceptos axiológicos y deónticos, vid. Alexy: *TDF*, p. 119, nota 162. Y sobre la relevancia que la expresión «*interés*» tiene para el Derecho, especialmente cuando se caracteriza como «*interés jurídico*», vid. *ídem*.

(1) La expresión «algo tiene cierto valor» hace referencia a un *juicio de valor*.<sup>264</sup> Y a su vez, estos juicios de valor pueden ser divididos en tres grupos: los clasificatorios, los comparativos y los métricos. Se hace un juicio de valor *clasificadorio* cuando se cataloga, por ejemplo, a una determinada Constitución como buena o mala. Esto significa que el uso clasificatorio de los juicios de valor sirve para distinguir ciertos objetos a partir de su bondad, maldad o neutralidad. Los juicios de valor *comparativos* son usos más diferenciados. Con estos juicios sólo se puede predicar algún valor en razón de otro objeto, es decir, en una relación de comparación. Así, por ejemplo, se puede decir «la Constitución *X* es mejor que la Constitución *Y*» o «las dos Constituciones son igualmente buenas». Y ambos enunciados expresan una relación de preferencia, en la primera proposición, o de equivalencia, en la segunda proposición. Por su parte, los juicios de valor *métricos* son aquellos que nos sirven para determinar el valor exacto de un objeto. En ellos es mucho más precisa la valoración, pues se acude a procedimientos de medición.

(2) Para saber qué significa que algo *sea* un valor, es necesario, como dice Alexy, diferenciar los objetos de los criterios de valoración. Puede hacerse *valoraciones* de, por ejemplo, «objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones».<sup>265</sup> Y puede hacerse uso de *criterios de valoración* según determinadas condiciones del objeto, y entonces podría alegarse, por ejemplo de un automóvil, su seguridad, su velocidad, su comodidad, su precio, su economía, su belleza...

El objetivo es siempre lograr una *valoración total* de un determinado objeto. Lo que obliga a establecer entre ellos una relación. En el ejemplo del automóvil, sería impreciso decir de él que se trata de un valor en sí mismo. Se trata, mejor dicho, de un objeto susceptible de valoración, que tiene diferentes valores según sea el criterio que se use. Por lo tanto, son a los criterios de valoración y no a los objetos a los que deben llamarse «*valores*». Y esto no es por capricho, sino también por razones sistemáticas y de acuerdo al uso generalizado del lenguaje, ya que es poco frecuente decir de un automóvil que sea un *valor* superior a otro. Lo que sí se dice con más frecuencia es que

---

<sup>264</sup> Aquí cabe una primera distinción entre valor y principio. Un juicio de valor, que sirve para decir que algo tiene tal valor, es claramente distinto de un juicio de obligación, que sirve para decir que algo es debido.

<sup>265</sup> Alexy: *TDF*, p. 122.

con respecto al criterio de seguridad, de velocidad, de comodidad, etcétera, tal automóvil es más eficiente o menos eficiente, que no es igual a designarlo como valioso o disvalioso.

«Las valoraciones pueden basarse en uno o en varios criterios de valoración». Y en todo caso servirán para resolver alguna colisión que entre dos objetos pudiera suscitarse. Así por ejemplo, en el mismo caso del automóvil, si alguien adujera mayor valor, o simplemente dijera que ese automóvil es «bueno» porque responde con mayor eficacia al criterio de la seguridad, estaría llevando a cabo una valoración de acuerdo tan sólo con uno de los criterios de valoración. Además, es preciso decir que los automóviles pueden cumplir con el criterio de seguridad en diferente grado. Eso exigiría que al decir de un automóvil que es mejor que otro según el criterio de seguridad, se esté diciendo que es mejor porque cumple con ciertos estándares de seguridad, o bien que satisface en grado máximo el criterio de seguridad.

En general, dice Alexy, debe reservarse la catalogación de algo como «bueno» sólo hasta que se haya hecho una valoración total. Y para poder justificar una valoración total deben haberse considerados todos los *criterios de valoración*, que son los criterios que juegan en sentido opuesto. Además de estos criterios hay otros que no tienen un contrapuesto, y que son, como en el caso de las reglas, aplicables sin necesidad de ponderación, y que Alexy llama *reglas de valoración*. Una regla de este tipo tendría la siguiente forma: «Si el automóvil ostenta el grado de seguridad  $i$ , entonces es bueno». Y, en el caso de que la regla contenga presupuestos de valoración, su forma sería: «Si  $x$  ostenta las propiedades  $F_1, \dots, F_n$ , entonces  $x$  es bueno».

Esto demostraría que la diferencia estructural entre reglas y principios también se da en el nivel axiológico. «A los principios corresponden los criterios de valoración; a las reglas, las reglas de valoración».<sup>266</sup>

En el caso de los juicios de valor métricos, dice Alexy, es posible también demostrar que tienen como base criterios de valoración. Volviendo al caso del automóvil, el grado de seguridad puede marcarse en una escala de 0-1. Y si el automóvil

---

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 123. Esta afirmación Alexy la representa con un esquema (vid. *ibidem*, p. 124). En ese esquema aparecen las *normas axiológicas* y las *normas deontológicas*, que indican, como lo advierte Alexy, dos caminos distintos de llegar a una norma jurídica.

se encuentra en una posición de 0,7 puede significar, entonces, que ese automóvil satisface el criterio de seguridad en una medida ventajosa.<sup>267</sup>

Los juicios de valor comparativos, «son los que mayor importancia tienen para el derecho constitucional. La relación entre ellos y los criterios de valoración conduce a la determinación de la relación entre principio y valor».<sup>268</sup> Para constatar esto se requiere seguir el análisis que hace Alexy de una situación donde se pretende valorar mejor dos situaciones distintas según el criterio de la libertad de prensa. Para una situación  $S_1$ , en la que la libertad de prensa se realiza en una medida mayor que en  $S_2$ ,  $S_1$  tiene que ser valorada como mejor que  $S_2$ . La *medida mayor* no tiene que ser expresada en números.

« $S_1$  puede realizar en mayor medida que  $S_2$  la libertad de prensa porque está caracterizada por *circunstancias* que no se dan en  $S_2$ . Así, por ejemplo, una situación  $S_1$  en la que está protegido incondicionalmente el secreto de redacción, tiene que valorarse como mejor que una situación  $S_2$  en la que dicho secreto no se protege ilimitadamente. Según el criterio de valoración de la seguridad exterior, lo contrario tendría validez. Dado que no es posible renunciar a ninguno de los dos criterios de valoración, y está excluido un cálculo sobre la base de una metrificación, queda sólo la ponderación».<sup>269</sup>

En todo caso, la situación que tiene preferencia por ser mejor que otra o la mejor, sólo es mejor o la mejor *prima facie*. Ya que para ser mejor de manera definitiva, se requiere una valoración total, en la que se tengan en cuenta todos los criterios de valoración que se consideran válidos.

### 3.5.1. Diferencia entre principios y valores

«Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es lo debido en definitiva».<sup>270</sup> La diferencia,

---

<sup>267</sup> Alexy advierte de una vez que esta clase de metrificaciones en el Derecho constitucional no son posibles (Cfr. ídem).

<sup>268</sup> Ídem.

<sup>269</sup> Ídem.

<sup>270</sup> Ídem.



evidente ya, es que los principios tienen un carácter deontológico y los valores un carácter axiológico.

Esta diferencia no es vaga, ya que la competencia que le corresponde al Derecho no es de carácter axiológico, sino de carácter estrictamente deontológico. Y aunque no hay problema en pasar de la constatación de una determinada solución como siendo *la mejor* desde el punto de vista del derecho constitucional, a la constatación de que dicha solución es *lo debido* constitucionalmente, «[s]i se presupone que este paso es posible, también es perfectamente posible partir, en la argumentación jurídica, del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios».<sup>271</sup> Sin embargo, sigue siendo el modelo de los principios preferible al modelo de los valores por cuanto en aquél, o sea el de los principios, ya se expresa claramente una solución de deber ser. Y se puede ir más allá. En el mismo escenario de argumentación jurídica que señala Alexy, es mejor tener como fundamento la expresión de una solución por ponderación a partir de principios que de valores, porque el paso de un juicio axiológico, que sería el resultado de una ponderación en el modelo de los valores, a un deber ser es mucho más complicado que si en todo el razonamiento se tienen presupuestos deontológicos, que están, como se ha visto, expresados por principios.

### **3.6. Principios como mandatos de optimización, principios en estricto sentido y directrices**

Una de las críticas más importantes que se han hecho a la teoría de los principios de Alexy, particularmente a su concepción de principios como mandatos de optimización, es la que aparece en distintas obras de Juan Ruíz Manero y Manuel Atienza, donde ambos enfatizan la posibilidad de clasificar no sólo entre reglas y principios a las normas jurídicas de derecho fundamental, sino, más precisamente, clasificarlas entre reglas de fin, reglas de acción, principios en estricto sentido y directrices o normas programáticas.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> Ídem.

<sup>272</sup> Juan Ruíz Manero, «Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, Alicante, 2005, pp. 342-365. En una exposición más amplia de esta crítica, vid. Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009; y también vid. Manuel Atienza y Ruíz Manero, *Ilícitos atípicos*, op.cit., pp. 16-21.

En cuanto a las reglas, no hay mayor variación entre la definición de Alexy y la de Ruíz Manero y Atienza.<sup>273</sup> Caso contrario cuando se trata de los principios. Según Ruíz Manero, debido al carácter institucional del Derecho,<sup>274</sup> las normas de derecho fundamental, con carácter de principio, tienen dos vertientes:<sup>275</sup> por un lado, las normas que incorporan razones de corrección, es decir, la realización de ciertas acciones que están en una relación conceptual con ciertos estados de cosas que se les atribuye un valor último (por ejemplo, la libertad de expresión); y por el otro lado, las normas que funcionan como pautas que incorporan razones finalistas, o sea, que ordenan la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetos colectivos valiosos (por ejemplo, el pleno empleo) y que, a su vez, ordenan la realización de aquellas acciones que sean idóneas para producir esos estados de cosas. El primer grupo de normas son, para Ruíz Manero y Atienza, los *principios en estricto sentido*; mientras que el segundo grupo de normas son las *directrices*.<sup>276</sup>

Con base en esto, Ruíz Manero asegura:

«la necesidad de deliberación, común a todos los principios, se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: en el primer caso (principios en sentido estricto), se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios eventualmente concurrentes; determinada esta prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso (directrices o normas programáticas), se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices».<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> Ruíz Manero define a las reglas como conteniendo condiciones de aplicación de *forma cerrada* y a los principios según sus condiciones de aplicación estuvieran indeterminadas o se presentaran de *forma abierta* (cfr. Juan Ruíz Manero, op.cit., p. 343). La primera definición coincide sustancialmente con la formulación de Alexy de las reglas como mandatos definitivos (vid. supra, p. 72).

<sup>274</sup> El carácter institucional del Derecho es algo en lo que Alexy claramente está de acuerdo, particularmente en lo que respecta a la dogmática jurídica.

<sup>275</sup> No sólo se justifica la división por razones estructurales, es decir, por cómo están organizados sus elementos, sino también por «la manera como pretenden incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios, o sea, las razones para actuar de que pretenden proveer» (Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, op.cit., p. 89).

<sup>276</sup> Cfr. Juan Ruíz Manero, op.cit., p. 342.

<sup>277</sup> Juan Ruíz Manero, ibídem, p. 346.

Con esa distinción, asegura Ruíz Manero, «la teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta [...] distorsionadora en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, [aunque] perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices».<sup>278</sup>

El problema con esta afirmación de Ruíz Manero es que da por supuesto que la distinción entre principios en estricto sentido y directrices es correcta. Lo cual no se ve con tanta claridad cuando se toma la mejor versión de la teoría de los principios de Alexy.<sup>279</sup> Según Alexy, los principios, todos, tienen un carácter *prima facie* que se determina según las posibilidades fácticas y jurídicas que juegan en sentido contrario. Las reglas son mandatos definitivos, que no requieren de peso, ponderación o procedimiento de aplicación más que la subsunción a partir de cánones o criterios de interpretación. Los principios en estricto sentido que enuncian Atienza y Ruíz Manero lo serían si y sólo si se incluyera en su formulación (o en su enunciado normativo, para decirlo en términos de Alexy) una cláusula de “a menos que” (*unless*) que no aparece en las normas de derecho fundamental que usa Ruíz Manero para ilustrar su tesis.<sup>280</sup>

Según Gloria Lopera, los principios como mandatos de optimización, en la definición de Alexy, deben ser entendidos en dos formas distintas:

1. Como intensidad de la aplicación: en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo, tal y como sucede en la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un estado de cosas. Esto es igual a los principios como directrices según la versión de Atienza y Ruíz Manero.

2. Como frecuencia de la aplicación: es el sentido de la exigencia de dar cumplimiento en la mayor medida posible respecto de aquellos principios cuyo objetivo no admite una realización aproximativa. Por ejemplo, no matar, no discriminar, etcétera. Es una exigencia de cumplimiento en el mayor número de ocasiones posibles. Esto coincide con los principios que prescriben la realización de acciones, o principios en estricto sentido para Atienza y Ruíz Manero.

---

<sup>278</sup> Manuel Atienza y Ruíz Manero, *Las Piezas del Derecho*, op.cit., p. 11.

<sup>279</sup> Al respecto, vid. Gloria Patricia Lopera, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, Alicante, 2004, pp. 211-243.

<sup>280</sup> Para los ejemplos, véase Juan Ruíz Manero, op.cit., pp. 344s.

Con base en esta explicación, la caracterización de los principios como mandatos de optimización abarcaría tanto a las directrices (que prescriben estados de cosas) como a los principios en estricto sentido (que prescriben acciones).<sup>281</sup> Si Alexy no precisa de hacer una distinción entre principios en sentido estricto y directrices (como lo demandan Manuel Atienza y Ruíz Manero) es porque el concepto de principio que defiende no lo exige. Además, el método de argumentación que requieren los principios (o mandatos de optimización) tampoco lo reclama.

### 3.7. El modelo de sistema jurídico de tres niveles

En la propuesta de Alexy es claro que no puede sostenerse una teoría fuerte de los principios (que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos) que determinara unívocamente la decisión jurídica de un caso concreto. Por el contrario, lo que su propuesta intenta es sostener una teoría débil de los principios. Una teoría semejante alude al hecho (elemento fáctico del argumento) de que los principios son irrenunciables para la conformación y funcionamiento de un sistema jurídico racional. Ellos identifican los valores (elemento axiológico del argumento) que desea proteger y garantizar.

En consecuencia, la tentación que ofrece Alexy al nuevo paradigma constitucional es el reconocimiento de dos núcleos distintos de comprensión de los sistemas jurídicos: por una parte, los sistemas jurídicos como sistemas de normas, es decir, de reglas y de principios; y, por otra parte, los sistemas jurídicos como sistemas de procedimientos.

La realización de esta separación conduce a un modelo del Derecho de tres niveles: el primer nivel, de reglas; el segundo nivel, de principios; y el tercer nivel, de procedimientos. Con ellos aún no alcanza para dar una *única* respuesta correcta a los casos concretos; sin embargo, es el modelo de mayor grado de racionalidad y de mayor relevancia teórica para la nueva doctrina jusfundamental.

Hay que tener claro que Alexy no aceptaría que los primeros dos niveles se confundieran con la que él mismo llama separación *indirecta* de reglas y de principios. La primera separación indirecta, la de los principios, tiene lugar, como ya se dijo,

---

<sup>281</sup> Cfr. Patricia Lopera, *ídem*.

cuando se habla de valores, de disposiciones que establecen fines, de fórmulas abreviadas o de reglas que establecen cargas argumentativas. La segunda separación indirecta, la de las reglas, ocurre cuando se dice que la constitución debe ser tomada en serio como ley o que es posible llevar a cabo fundamentaciones deductivas (en el ámbito de los derechos fundamentales). «En ambos casos se trata de separaciones indirectas de carácter institucional».<sup>282</sup>

Salvada esta confusión, Alexy defiende la idea de que al lado ~~pasivo~~ del sistema jurídico (conformado por las reglas y los principios), se le debe agregar un lado ~~activo~~: el de los procedimientos. Este nivel se refiere a los procedimientos argumentativos que se emplean en las situaciones jurídicas (legislativas o judiciales, por ejemplo). Dado que la búsqueda de la teoría de la validez de Alexy es la incorporación del concepto de razón práctica a la definición de sistema jurídico, «este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad».<sup>283</sup> Por lo que

«[c]omo sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en, y guiadas por, reglas por medio de las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas. En tanto que la tesis de la conexión se refiere al sistema jurídico como sistema de normas, se refiere a los resultados o productos de algún proceso de creación. Se puede decir, consecuentemente, que la tesis de la conexión, en esta versión, se refiere a las *externalidades* del sistema jurídico. Por otra parte, se envuelven aspectos *internos* si se propone que hay conexiones necesarias entre el sistema jurídico como procedimiento y la moral».<sup>284</sup>

La relación, entonces, que se produce entre el sistema jurídico entendido como un sistema de procedimientos y la tesis de la vinculación (*Tv*), revisada en el capítulo anterior, es todavía más evidente. Además, como bien se explica en la cita anterior, la colocación de un tercer nivel en el sistema jurídico puede ser vista tanto en el proceso de creación (o formulación) del Derecho como en el proceso de su aplicación.

El nivel de las reglas y el nivel de los principios han sido expuestos a lo largo de este capítulo, y el último, el nivel de los procedimientos, fue presentado de manera

---

<sup>282</sup> Cfr. Alexy: *TDF*, p. 64

<sup>283</sup> Alexy: *CVD*, p. 173.

<sup>284</sup> Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, op.cit. p. 42.

general en el primer capítulo; por lo que sólo queda pendiente un aspecto fundamental de la metodología argumentativa que propone Alexy y que demuestra la racionalidad del procedimiento en la toma de decisiones jurídicas de relevancia constitucional: la ponderación de principios.

Alexy propone a la ponderación de principios como una alternativa para solucionar no todos, aunque sí la mayoría de las colisiones entre principios. Convirtiéndolo así en el método que resuelve favorablemente la cuestión de si es o no posible justificar racionalmente los juicios de valor. Y dado que este método, como se verá enseguida, satisface las exigencias de la razón práctica, puede considerarse el colofón de su teoría de la argumentación jurídica.

## CAPÍTULO 4. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

La ponderación de principios es la parte central de este proyecto de investigación. En este capítulo se intentará dar cuenta de sus elementos fundamentales<sup>285</sup> y de los problemas centrales que deben ser resueltos antes de considerarla como método para la solución de colisiones entre principios.<sup>286</sup>

Para comenzar el análisis, es necesario recordar, tal y como se mencionó en el capítulo anterior, que la teoría de los principios de Alexy tiene implicaciones irrenunciables con su propuesta argumentativa: desde (1) la distinción entre reglas y principios, en el caso de las normas jurídicas de nivel fundamental, hasta (2) la función conceptual de los principios como mandatos de optimización.

En el caso de (1), diseccionar las normas de derecho fundamental en reglas y principios es, en pocas palabras, el reconocimiento de un modelo constitucional democrático que acepta la apertura del lenguaje y del contenido normativo. Esto conduce al entendimiento de que no todos los derechos fundamentales establecen condiciones cerradas o definitivas para su aplicación. Estas son características distintivas, según Dworkin, porque:

«Ambos conjuntos de normas conducen a decisiones individuales respecto de la obligación jurídica en circunstancias particulares, aunque difieren en el carácter de la dirección que dan. Las reglas son aplicadas en una forma de todo o nada. Si se dan los hechos que establece una norma determinada, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que establece debe ser aceptada, o no lo es, y por tanto no contribuye en nada a la decisión [...] Sin embargo, esta no es la forma [...] en que los principios [...] trabajan. Incluso aquellos que se ven más como reglas no establecen consecuencias jurídicas que se sigan de forma automática cuando las condiciones previstas se cumplen [...] Los principios tienen una

---

<sup>285</sup> Son elementos fundamentales de la ponderación los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido; mientras que de este último: la *ley de la ponderación*, la *fórmula del peso* y las *cargas de la argumentación*. Todos ellos se trabajarán a lo largo de este capítulo.

<sup>286</sup> Alexy reconoce como problemas básicos del método de ponderación: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. La *legitimidad* de la ponderación es la consecuencia lógica de su *racionalidad*: «Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones» (Alexy: *TAJ*, p. 457). Por su parte, la racionalidad de la ponderación, depende de la *estructura*. Por lo tanto, sobre ésta seguirá la investigación.

*dimensión* que las reglas no –la dimensión del peso o de importancia. Cuando los principios chocan [...] quien debe resolver el conflicto tiene que considerar el peso relativo de cada principio».<sup>287</sup>

Con respecto a (2), o sea a la concepción de los principios como mandatos de optimización, es posible utilizar los cuatro criterios con que García Figueroa<sup>288</sup> resume su significación:

1. *Gradualidad*. Los principios ordenan que algo se realice –en la mayor medida posible”. Lo cual sugiere una satisfacción de mayor o menor grado; satisfacción que se encuentra determinada por las posibilidades fácticas y jurídicas.<sup>289</sup>

2. *Optimización*. Afirmar que el cumplimiento de los principios ordenan que algo se realice –en la mayor medida posible”, implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino *el más alto posible* en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas.

3. *Deber ser ideal*. El mandato de optimización que incorpora los principios cobra sentido desde la perspectiva de un –deber ser ideal” que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, aun cuando en su formulación no han sido plasmadas las condiciones o circunstancias fácticas y jurídicas que condicionan su aplicación. Precisamente, diría el mismo García Figueroa, «en no incorporar dichas condiciones radica su connotación de deber ser –ideal”».<sup>290</sup>

4. *Carácter prima facie*. El mandato que incorporan los principios no es definitivo sino sólo *prima facie*. Esto significa que sólo alcanzarán a ser mandatos definitivos una

---

<sup>287</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op.cit., p. 24. En el original se lee: «Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision [...] But this is not the way [...] principles [...] work. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met [...] Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance. When principles intersect [...] one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each [...] Rules do not have this dimension».

<sup>288</sup> Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 186s.

<sup>289</sup> Una objeción a esta presunta peculiaridad de los principios se puede ver en «aquellas conductas que por su naturaleza sólo admiten ser cumplidas o no (p. ej. respetar la vida ajena)» (Patricia Lopera, op.cit., p. 216).

<sup>290</sup> García Figueroa, op.cit. Sobre la distinción entre pretensión de deber ser ideal de los principios y el deber ser real o definitivo de las reglas, vid. Alexy: *TDF*, p. 133 (nota 48).



vez que, consideradas todas las cosas, se establezca la medida ordenada de su satisfacción para cada caso.

En síntesis, ambas tesis, la separación reglas/principios y la caracterización de los principios como mandatos de optimización, son condiciones necesarias para comprender la forma argumentativa de la ponderación. Por lo tanto, si se aceptan ambas tesis se acepta la ponderación. De esta forma, cualquier decisión que surja con motivo de alguna colisión entre principios, tiene que pasar, forzosamente, por un método de ponderación.

#### 4.1. Subsunción y ponderación

El procedimiento más usual para argumentar a favor de una decisión judicial es la adecuación del caso concreto al enunciado normativo, o sea, llevar a cabo una subsunción judicial. Esto, sin embargo, sólo ocurre en los casos fáciles donde la norma jurídica establece clara y definitivamente las condiciones fácticas y jurídicas que se tomarán en cuenta, esto es, cuando se trata de una *regla jurídica* válida:

«la fórmula jurídica mediante la cual se aplican las reglas es la subsunción. Las reglas contienen mandatos definitivos. Por esta razón, cuando ocurre la conducta que prevén, debe hacerse lo que las reglas han prescrito, ni más ni menos. Es decir, la conducta debe ser subsumida bajo el supuesto de hecho de la regla pertinente y debe imputarse la consecuencia prevista por ésta. Por el contrario, si las condiciones previstas por el supuesto de hecho de una regla no se presentan, ésta no debe aplicarse. Sólo de esta forma puede entenderse la forma de aplicación *todo o nada*».<sup>291</sup>

La estructura de una subsunción judicial, completada con las reglas de saturación, Alexy la representa de la siguiente manera:<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 580.

<sup>292</sup> Hay que recordar que la forma básica del argumento silogístico de la justificación interna que propone Alexy, la regla J.I.1, sólo contiene tres elementos: dos premisas (la premisa mayor, que es la norma jurídica interpretada, y la premisa menor, que es el supuesto de hecho) y una conclusión (cfr. supra, p. 23). La forma del argumento silogístico que aquí se presenta es la forma más extensa. En ella se incluyen lo que Alexy ha llamado «reglas (o premisas) de saturación».

- |  |   |
|--|---|
| 1. (x) (Tx → ORx)                            | 1. Quien comete homicidio calificado debe ser sancionado severamente.   |
| 2. (x) (M <sup>1</sup> x → Tx)               | 2. Quien mata alevosamente, comete homicidio calificado.                |
| 3. (x) (M <sup>2</sup> x → M <sup>1</sup> x) | 3. Quien se aprovecha de la indefensión, mata alevosamente.             |
| 4. (x) (Sx → M <sup>2</sup> x)               | 4. Matar a un sujeto mientras duerme es aprovecharse de su indefensión. |
| 5. Sa  | 5. →x <sup>2</sup> mató a →y <sup>2</sup> mientras dormía.              |
| 6. ORa (1)-(5)                               | 6. →x <sup>2</sup> debe ser sancionado severamente.                     |

En este caso sólo se tiene que interpretar qué es un homicidio calificado, qué se tiene por actuar alevosamente y si la conducta del sujeto →x<sup>2</sup> encuadra en el supuesto que se considera acto alevoso.<sup>293</sup> Aquí no hace sentido preguntarse por los principios que juegan en contra, si el principio de libertad del sujeto que asesinó y el principio de derecho a la vida del sujeto asesinado están en colisión. Es evidente que en este supuesto, se trata de un caso relativamente fácil: decidible a partir de reglas.

Hay otros casos, en cambio, donde la decisión no está determinada por una regla, sino por un principio, es decir, cuando el deber jurídico no lo contiene una regla jurídica sino un principio jurídico; para estos casos se necesita lo que Alexy llama *la ponderación de principios*.<sup>294</sup> Como ya se mencionó, los principios, a diferencia de las reglas, no son mandatos definitivos, sino mandatos de optimización. Ellos ordenan ser realizados en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas, que serán determinadas por las razones (también fácticas y jurídicas) que juegan en sentido contrario. En la ponderación se toman en cuenta estas razones fácticas y jurídicas que juegan en contra y se determina con exactitud, en qué medida son fáctica y jurídicamente realizables.

---

<sup>293</sup> Para esto son necesarios los argumentos o cánones interpretativos; vid, supra, pp. 26-31.

<sup>294</sup> Es importante señalar una posible inconsistencia en la terminología que usa Alexy (o al menos en la que aparece en las traducciones que se han hecho de su obra al castellano): la «ponderación», tal y como está definida en Alexy, comprende sólo el último de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, es decir, el de la proporcionalidad en estricto sentido. Sin embargo, como se ha expresado en esta parte, la «ponderación» también refiere al principio de proporcionalidad. Bernal Pulido (en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit.) ha procurado aclarar este enredo diciendo que: con el término «principio de proporcionalidad» se engloba a los tres subprincipios y se deja exclusivamente a la «ponderación» como sinónimo del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

Para los efectos expositivos de este trabajo, se preservará la inconsistencia de Alexy. Además, como bien lo ha señalado Manuel Atienza en el Seminario de Argumentación Jurídica (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 18 de octubre de 2010), «Los términos *ponderación* y *principio de proporcionalidad* son intercambiables. A fin de cuentas lo importante es el concepto y no las palabras».

Este procedimiento es racional en la medida en que es coherente (1) con el concepto de principio jurídico y (2) con la estructura normativa de los derechos fundamentales. (1) dice que los principios son mandatos de optimización, lo cual implica el principio de proporcionalidad. Y (2) dice que los principios, al no contener disposiciones normativas definitivas, de aplicación *todo o nada*, en el caso de que se encuentren en colisión, deben ser satisfechos en la mayor medida posible, tomando en cuenta el daño que esa maximización puede causar a otros principios. Y la forma de realizar esta operación, según la propuesta de Alexy, es por medio de la ponderación o del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

El principio de proporcionalidad incluye tres subprincipios (o *máximas parciales*): *adecuación* (o idoneidad), *necesidad* y *proporcionalidad en estricto sentido* (o ponderación).<sup>295</sup> La idoneidad y la necesidad se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, y la ponderación con relación a las posibilidades jurídicas.

Para adelantar algo acerca de la operatividad de los tres subprincipios, basta con una idea general:<sup>296</sup> el subprincipio de idoneidad (o adecuación) consiste en analizar una medida (o la imposición de alguna conducta por parte de la autoridad legislativa) que persigue una finalidad jurídica aceptable (es decir, que coincide con el objetivo que el principio establece). Esto significa que la autoridad debe decidir si esa medida es adecuada, o sea, si el medio es el idóneo para lograr el fin.

El subprincipio de necesidad consiste en determinar si la medida propuesta (que es idónea para los fines jurídicos) es la más benigna de entre todas las medidas que pueden cumplir con el mismo fin. Esto es, elegir de entre todas las medidas alternativas la que permita la mayor realización del principio que la exige con el menor daño. Por lo tanto, se requiere saber si existen otras formas con las que se satisfaga el propósito constitucional y que restrinjan en menor medida la afectación (si es que la hay) de otro(s) bien(es) jurídico(s) que estén en juego.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Cfr. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op.cit., p. 61. El nombre de “máximas parciales” es menos recurrente en la bibliografía de Alexy, y sin embargo más común en trabajos de algunos críticos como el caso de Patricia Lopera (vid. Patricia Lopera, op.cit.).

<sup>296</sup> Los tres subprincipios serán trabajados con mayor amplitud en las siguientes páginas.

<sup>297</sup> Sobre esta última advertencia, vid. Jaime Araújo Rentería, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, en *Anuario de Derecho Constitucional*

Por último, el juicio de proporcionalidad en estricto sentido (o ponderación)<sup>298</sup> es el procedimiento argumentativo orientado a definir el peso relativo de los principios que entran en colisión<sup>299</sup> bajo determinadas circunstancias a efecto de determinar cuál de ellos prima en ese caso concreto. Esto exige que se compare la restricción de un principio con la importancia de la realización del otro.

El juicio de ponderación puede dividirse a su vez en tres etapas: (1) donde se establecen los grados de insatisfacción o de afectación del primer principio, (2) donde se establece la importancia de la satisfacción del segundo principio (o de los principios contrarios al primero) y (3) donde se establece que la importancia de la satisfacción del último principio (o principios) justifica la insatisfacción o afectación del primer principio.<sup>300</sup>

La ponderación, recuerda Bernal Pulido, es un procedimiento mediante el cual se determina la relación de precedencia entre los principios en colisión:<sup>301</sup> «En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en [colisión] y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto».<sup>302</sup> Por lo tanto, es válido afirmar que según sean las circunstancias específicas de la colisión, el resultado de la ponderación será que uno de los principios cederá su satisfacción ante otro, y en consecuencia, el principio que precede al otro, o que tiene mayor peso, será el que establezca lo que se debe jurídicamente. Sin embargo, esto no es definitivo. La precedencia conseguida por medio

---

*Latinoamericano*, 12, Montevideo, t. II, 2006, pp. 853–877. En las obras de Alexy que tratan sobre el principio de proporcionalidad, las medidas (que pueden ser tanto diligencias como imperativos) las ejemplifica con casos legislativos. Por ello en la mayoría de las ocasiones se hablará de medidas legislativas. Por el contrario, cuando hace referencia al subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido (o ponderación), Alexy ocupa ejemplos del paradigma judicial (es decir, de las resoluciones que emiten los Tribunales Constitucionales). Esta parece ser una deficiencia en la exposición de su método.

<sup>298</sup> El principio o máxima de proporcionalidad es, para Alexy, «idéntico a la ley de ponderación» (Alexy: *TDF*, p. 529).

<sup>299</sup> Para optimizar o *realizar en la mayor medida posible* algún principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. La forma que toma esta contrastación se llama, en el lenguaje de Alexy, *colisión entre principios*. Como bien lo señala Bernal Pulido, «Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas [simultáneamente] como soluciones para el caso» (Bernal Pulido, «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, Alicante, 2003, p. 2).

<sup>300</sup> Cfr. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op.cit., p. 78.

<sup>301</sup> Cfr. Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 581; también vid. Alexy: *TDF*, pp. 137ss.

<sup>302</sup> Carlos Bernal Pulido, ídem. En el texto original aparece «conflicto», en lugar de «colisión». Se hace aquí la corrección para conseguir armonía con el lenguaje que emplea Alexy.

de la ponderación no se guardará para siempre o para todos los casos en que aparezcan en colisión los mismos principios. Puede ser que bajo otras circunstancias, el principio que en esta ocasión resultó vencido, tenga mayor peso o precise una mayor satisfacción. Lo más que significa esta relación de precedencia es lo que en la jurisprudencia se puede utilizar como regla general para la interpretación de una norma.

#### **4.2. El principio de proporcionalidad y los tres subprincipios**

El principio de proporcionalidad, y los subprincipios que le integran, no son principios en el sentido en que se definen a los principios jurídicos, o sea a las normas jurídicas cuando imponen un deber *prima facie* y su realización depende de las consideraciones fácticas y jurídicas, es decir, cuando son mandatos de optimización. Por el contrario, el principio de proporcionalidad (con sus tres subprincipios) es un conjunto de reglas que ordenan ser cumplidas cuando ocurren los supuestos para su aplicación (en los llamados *casos difíciles*) y que prohíben ser aplicadas cuando dichos supuestos no se presentan (cuando se trata de *casos fáciles*, decidibles a partir de reglas).<sup>303</sup> La obligación de considerar este nivel de argumentación está justificada, como se mencionó en el capítulo anterior, por la implicación que existe entre los principios jurídicos y el principio de proporcionalidad.<sup>304</sup> O en otras palabras, la exigencia jusfundamental que prescribe tomar en cuenta las disposiciones normativas contenidas en los principios es, al mismo tiempo, una exigencia para considerar el principio de proporcionalidad.<sup>305</sup>

La función del principio de proporcionalidad consiste en tomar en cuenta todas las razones que juegan en sentido contrario a la realización de una norma de derecho fundamental con carácter de principio. Para cumplir esta función requiere de los tres subprincipios de proporcionalidad. El subprincipio de idoneidad y el de necesidad

---

<sup>303</sup> Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 597; también vid. Manuel Atienza, —Avueltas con la ponderación—, §3 (s/p), en línea: <http://www.enfoquederecho.com/sites/www.enfoquederecho.com/files/images/Atienza.pdf>.

<sup>304</sup> Según Alexy: «El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquél» (Alexy: *TAJ*, p. 459).

<sup>305</sup> Lo mismo dice Manuel Atienza: «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 principios de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico» (Manuel Atienza, —Avueltas con la ponderación—, op.cit.).

implican un análisis de las razones que determinan las posibilidades fácticas, mientras que el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido (o ponderación), sirve para contrastar las razones atinentes a las posibilidades jurídicas.

#### 4.2.1. El subprincipio de idoneidad

El primer subprincipio, el de *adecuación* o *idoneidad* (*Grundsatz der Geeignetheit*), exige que se tomen o adopten medidas únicamente si promueven o sirven a algún propósito u objetivo prescrito por las normas de derecho fundamental.<sup>306</sup> Cualquier otra medida, que no satisfaga este requisito, será desechada por desproporcionada.

Por ejemplo, «si un medio *M*, adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional. Lo mismo sucede si la falta de adecuación se refiere a la relación de *M* con cualquier otro objetivo». De esto se sigue que una medida *M* que no tiene por objeto favorecer a la máxima realización de algún principio, es desproporcionada, o no es idónea. Por ende, «el subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos».<sup>307</sup>

Es claro que el límite de mayor importancia al momento de asignar idoneidad a una medida es la relevancia fáctica que tiene para optimizar o realizar en el mayor grado posible un principio. Esto significa que, para decirlo con Alexy, «el nexo que existe entre el principio que establece el fin a realizarse y la medida adoptada para conseguir su realización, es de carácter causal empírico».<sup>308</sup> Con lo que se evita considerar medidas que sean idóneas para la obtención del fin o para la máxima realización del principio sólo por especulación o por creencias metafísicas.

En este mismo sentido, se puede advertir que si bien es cierto que las posibilidades para alcanzar una finalidad exigida por un principio son de diferente tipo, los medios

---

<sup>306</sup> Cfr. Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, trad. Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 57.

<sup>307</sup> Alexy: *TDF*, p. 525. Para considerar que la medida es idónea, también podría limitarse a fines inmediatos. Sobre esto, vid. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 718-722.

<sup>308</sup> *Ibidem*, pp. 111s.

sólo serán idóneos si responden por lo menos a dos criterios objetivos: (1) los avances científicos de la época y (2) las convicciones sociales generales.<sup>309</sup>

#### 4.2.2. El subprincipio de necesidad

En el subprincipio de *necesidad* (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), la situación es bastante similar a la anterior. Este subprincipio exige que de entre dos medios (o más) que sean igualmente idóneos para promover un derecho fundamental o un bien colectivo, «debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa».<sup>310</sup> Esto es, si hay dos medidas  $M_1$  y  $M_2$ , y ambas son idóneas para promover el derecho contenido en el principio  $P_1$ , debe elegirse la medida  $M_1$  o  $M_2$  que interfiere menos con el (o los) principio(s) que puedan verse afectados con la aplicación de tal medida. En pocas palabras, «este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos, sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado».<sup>311</sup>

El subprincipio de necesidad, por lo tanto, tiene la tarea de discriminar entre las distintas alternativas (o medidas) que se consideran idóneas para la realización de un principio. Por ejemplo, si la medida  $M_1$  que promueve la realización del principio  $P_1$  es idónea (porque sí cumple con dicha promoción), aunque lesiona un principio  $P_2$  con el que interfiere de manera directa, sólo será *necesaria* si no hay otra medida  $M_2$  que cumpla la misma promoción, y que no lesione o lesione menos que  $M_1$  a  $P_2$ .

Así como ocurre con el subprincipio de idoneidad, «mediante este subprincipio se lleva a cabo una selección de medios». Sin embargo, por responder ambos (idoneidad y necesidad) a una relación de medios/fines, la valoración de qué medio es idóneo y qué medio afecta menos, resulta de un enjuiciamiento que supone problemas de pronóstico a veces complicados.<sup>312</sup> Dado el caso, por ejemplo, de una situación donde hay dos medios que son idóneos para la promoción de un derecho de protección, y ninguno de

---

<sup>309</sup> Cfr. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 732ss. Aunque Alexy no se ha pronunciado en algún sentido respecto a este punto, es útil tener en mente la restricción de objetividad que señala aquí Bernal Pulido.

<sup>310</sup> Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, op.cit.

<sup>311</sup> Alexy: *TDF*, p. 526.

<sup>312</sup> La dificultad no tiene que ver con «los márgenes de acción estructurales», sino con «los márgenes de acción cognitivos» (Alexy: *TDF*, p. 527). Estos márgenes de acción cognitivos refieren a una serie de problemas epistémicos, por ejemplo: (1) saber cuáles son los medios que favorecen a un cierto derecho, (2) determinar si son idóneos, luego (3) definir en qué medida afectan a los otros derechos y por último (4) calcular ese nivel de afectación.

ellos parece afectar menos al derecho de defensa, el legislador que tiene la obligación de adoptar cierta medida, está autorizado a elegir cualquiera de los dos medios sin mayor obstáculo.<sup>313</sup>

En otras palabras, si existe alguna medida alternativa  $M_2$  que cumpla con ambas exigencias: es igual de idónea que la medida  $M_1$  y, al mismo tiempo, afecta menos que  $M_1$  al derecho fundamental, entonces  $M_1$  debe considerarse no necesaria, y por lo tanto, su adopción sería inconstitucional.

De este análisis se puede constatar el engarzamiento de tres pasos: (1) la elección de los medios alternativos, (2) el examen de su idoneidad y (3) el examen de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental.

Para que tenga sentido realizar el subprincipio de necesidad, se requiere la existencia de medios alternativos a la medida que se considera óptima (o idónea). Esto es obvio: si no existen medios alternativos que hagan posible la reducción de la afectación del principio en colisión, no tiene caso hacer un examen de necesidad. Lo mismo se puede decir para aquellos medios que no son idóneos. En todo caso, como bien lo apunta Bernal Pulido, «la búsqueda de medios alternativos puede ser interminable; este empeño únicamente conoce los límites de la imaginación».<sup>314</sup>

Aquí es donde puede verse un espacio para la discrecionalidad del juzgador (que tiene el deber de decidir aplicar una medida u otra) y la del legislador (que debe seleccionar una medida que favorezca a la obtención de un fin constitucional), al momento de abarcar una mayor cantidad de medios alternativos y juzgar respecto a su necesidad. Sin embargo, este margen de discrecionalidad está sujeto, entre otros, a los medios probatorios aportados por los conocimientos científicos, tecnológicos, dogmáticos y generales que existan en ese momento.

#### **4.2.3. El subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido**

Como ya se ha repetido varias veces, los principios como mandatos de optimización «no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las

---

<sup>313</sup> En caso de que se tratara de un juicio y no de una acción legislativa, la situación podría aparecer idéntica. Si las medidas sugeridas comprenden la misma idoneidad, el juez estaría autorizado a elegir entre cualquiera de ellas.

<sup>314</sup> Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 742.



posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas»;<sup>315</sup> y para lograr la mayor realización posible de esta última relación, es necesario considerar a los principios o derechos que juegan en sentido contrario.

Esta labor la cumple el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad: el principio de proporcionalidad en estricto sentido o ponderación (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Este principio, como lo señala Alexy, es idéntico a la ley de ponderación, que establece:

«Cuanto mayor sea 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».<sup>316</sup>

Siguiendo esta ley, el procedimiento de ponderación puede dividirse en tres pasos. El primero de ellos tiene por objeto definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y el tercer paso precisa si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para facilitar la determinación del grado de afectación de los principios, Alexy elabora una escala de tres valores: *leve*, *medio* y *grave*. Los tres rangos pueden designarse con las tres letras «*l*», «*m*» y «*g*», respectivamente.

Respecto del primero y del segundo paso, estos son, el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del principio opuesto, pueden expresarse con esas valoraciones de *l*, *m*, o *g*. Si se usa la expresión « $P_i$ » como variable para el principio cuya intervención o afectación se examina, entonces la intensidad de la intervención en esa variable puede denotarse como « $IP_i$ ».<sup>317</sup> Como la intensidad de la interferencia que se pretende calcular sólo concierne a un caso concreto, sujeto a condiciones o circunstancias particulares, Alexy decide usar «*C*» para explicitar

---

<sup>315</sup> Alexy: *TDF*, p. 529.

<sup>316</sup> Ídem.

<sup>317</sup> Conviene recordar que todo el procedimiento ponderativo tiene márgenes estrictamente relativos al caso en concreto, es decir, no rebasa los límites del caso en que se está ponderando. Los principios, como ya se dijo, tienen un peso abstracto; este peso no determina de antemano cuándo un principio precede a otro, sino que sólo sirve como presupuesto para realizar la ponderación.

esa relevancia. De esta forma, surge la siguiente sintaxis: « $IP_iC$ », donde  $I$  representa la intensidad y  $P_i$  el principio cuya intervención se examina en el caso concreto  $C$ .

Para calcular la importancia del segundo principio « $P_j$ », Alexy usa la expresión « $W$ »<sup>318</sup> y la acompaña de la misma « $C$ » que se refiere al caso concreto donde se requiere decisión. Con estas expresiones, la importancia concreta de  $P_j$  puede denotarse como « $WP_jC$ ». De esta forma, la contrapartida de « $IP_iC$ » es « $WP_jC$ ».

Al establecer ambas variables, «todavía no se ha respondido la pregunta de cuál es la importancia concreta de  $P_j$ . Sólo se ha establecido que dicha importancia depende de las circunstancias del caso concreto».<sup>319</sup> Los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión, son: la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y su no ejecución tienen para los principios relevantes.

Aun así, después de todo esto, ya se tienen en frente los objetos sobre los que recaerá la valoración de  $l$ ,  $m$  o  $g$ . Por consiguiente, los dos primeros pasos de la ley de la ponderación, pueden llevarse a cabo: la valoración de « $IP_iC$ » como  $l$ ,  $m$  o  $g$  y la valoración de « $WP_jC$ » como  $l$ ,  $m$  o  $g$ . La cuestión que ahora queda pendiente tiene que ver con la forma en que se desarrollará el tercer paso, o sea, la forma en cómo ambas variables se pondrán en relación.<sup>320</sup>

Con base en el modelo triádico propuesto por Alexy, hay tres alternativas posibles en las que  $P_i$  adquiere precedencia:

- (1) « $IP_iC$ »:  $g$  / « $WP_jC$ »:  $l$
- (2) « $IP_iC$ »:  $g$  / « $WP_jC$ »:  $m$
- (3) « $IP_iC$ »:  $m$  / « $WP_jC$ »:  $l$

Para estos tres casos, es válida la relación de precedencia condicionada que se expresa como  $(P_i \mathbf{P} P_j) C$ , y que recibe una lectura conforme a la ley de la colisión antes

---

<sup>318</sup> Alexy usa la « $W$ », del alemán *Wichtigkeit* (o importancia), a diferencia de la « $I$ », porque con la primera alude a la importancia de la satisfacción de un principio, mientras que con la segunda designa la intensidad de la afectación en el principio opuesto.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 536.

<sup>320</sup> Se puede plantear una objeción, poco acertada, respecto a que dos valores no se pueden poner en relación. Esto Alexy lo supera por medio de una simple consideración: esas valoraciones son valores constitucionales que pueden entrar en conflicto y los cuales representan una ganancia o una pérdida en los derechos fundamentales, por ende, son *comparables* y *commensurables* entre sí (cfr. Alexy: *TAJ*, pp. 474ss.).

expuesta.<sup>321</sup> Ahora bien, a estos tres casos donde prima  $P_i$ , le corresponden tres casos más donde el que prima es  $P_j$ :

(4) « $IP_iC$ »:  $l$  / « $WP_jC$ »:  $g$

(5) « $IP_iC$ »:  $m$  / « $WP_jC$ »:  $g$

(6) « $IP_iC$ »:  $l$  / « $WP_jC$ »:  $m$

En estos últimos, por el contrario, adquiere validez la relación de precedencia condicionada ( $P_j \mathbf{P} P_i$ )  $C$ . No obstante los seis casos anteriores, donde puede establecerse una relación de precedencia condicionada con base en la escala triádica de  $l$ ,  $m$  o  $g$ , hay que agregar otros tres casos de empate:

(7) « $IP_iC$ »:  $l$  / « $WP_jC$ »:  $l$

(8) « $IP_iC$ »:  $m$  / « $WP_jC$ »:  $m$

(9) « $IP_iC$ »:  $g$  / « $WP_jC$ »:  $g$

Estos últimos tres casos son lo que originan «la posibilidad de que exista un margen estructural para la ponderación».<sup>322</sup> Esto ocurre cuando no es posible determinar, como en los casos (1)-(6), una relación de precedencia condicionada; por consiguiente, no hay más opción que contrastar los principios por medio de un método de argumentación más específico. Justo en este escenario tienen relevancia especial las cargas de la argumentación, que se explicarán más adelante.

Para conocer las razones jurídicas que permiten una relación semejante, se requiere de una argumentación racional que, en Alexy, tiene la ventaja de representarse numéricamente. La fórmula que se usará para contrastar los pesos específicos de los principios opuestos, que Alexy llamará «la fórmula del peso», se presenta de la siguiente manera:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

Con « $G$ », Alexy se refiere al peso concreto de  $P_i$ , es decir, al peso de  $P_i$  bajo las circunstancias del caso concreto  $C$ . Que el peso concreto de  $P_i$  sea el cociente que resulta

<sup>321</sup> Vid. supra, p. 77.

<sup>322</sup> Alexy: *TDF*, p. 538.

de dividir la intensidad de la intervención en este principio entre la importancia del principio contrario, significa que el peso concreto de un principio es un peso relativo. La anotación « $P_{i,j}$ » alude a tal relatividad. «El peso de  $P_i$  es el peso concreto de  $P_i$  relativo a  $P_j$ ».

Cuando uno intenta referirse al peso abstracto de los principios, es posible incluir las anotaciones « $GP_iA$ » y « $GP_jA$ ». Sin embargo, esto sólo es útil —como bien lo señala el mismo Alexy<sup>323</sup> si tales pesos abstractos son distintos; si son iguales, se eliminan mutuamente y no tiene importancia incluirlos en la fórmula. Considerando los pesos abstractos, la fórmula quedaría:<sup>324</sup>

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA}$$

Ahora, para realizar las operaciones correspondientes en la fórmula, conviene usar algunas expresiones numéricas. Alexy sostiene que es «relativamente fácil, y al mismo tiempo altamente instructivo, tomar los valores  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , es decir, 1, 2 y 4» como cantidades para sustituir a los tres rangos  $l$ ,  $m$  y  $g$ , de la escala triádica.<sup>325</sup> También explica que es mucho más complicado trabajar con escalas cardinales, por ejemplo de 0-1,<sup>326</sup> que con una escala geométrica (como la de  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ ) para expresar esos valores. Una vez que se acepta trabajar con esta escala de valores, el peso concreto de  $P_i$ , o sea, ( $GP_{i,j}C$ ) se puede establecer mediante la asignación de 1, 2 y 4 tanto a  $IP_iC$  como a  $WP_jC$ . Por lo tanto, «la cifra que debe atribuirse a cada magnitud se determina de acuerdo con la valoración, como leve, medio o grave, de la intensidad de la intervención y del grado de importancia».<sup>327</sup>

<sup>323</sup> Alexy: *TDF*, p. 539; especialmente la nota 64.

<sup>324</sup> Donde el « $\cdot$ » se usará para indicar la operación aritmética de la multiplicación.

<sup>325</sup> Alexy: *TDF*, p. 540. En sentido crítico, Manuel Atienza afirma que la pretensión de racionalidad que sugiere Alexy con el uso de herramientas matemáticas, es una deficiencia de «carácter retórico»: «Lo que él (Alexy) 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» (Manuel Atienza, «Vueltas con la ponderación», op.cit., §3.1.).

<sup>326</sup> Cfr. Alexy: *TDF*, p. 540, la nota 65. Alexy rechaza la posibilidad de trabajar con una escala de 0-1 dividida en tres, que arroja como resultado:  $l$  con valor de  $\frac{1}{6}$ ,  $m$  con valor de  $\frac{1}{2}$  y  $g$  con valor de  $\frac{5}{6}$ , porque «las diferencias entre  $l$  y  $m$ , por un lado, y entre  $m$  y  $g$ , por otro, serían iguales, y este hecho tendría ciertas consecuencias aritméticas. En la construcción de un *cociente*, dichas consecuencias originan distorsiones inadmisibles» (idem).

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 541.

Realizando las divisiones para cada una de las expectativas previstas de valoración, en una situación en la que  $P_i$  es precedente, el peso concreto ( $GP_{i,j}C$ ), ya con la asignación de estos valores, da los siguientes resultados:  $g/l$  (ó  $\frac{4}{1}$ ) = 4,  $g/m$  (ó  $\frac{2}{1}$ ) = 2 y  $m/l$  (ó  $\frac{2}{1}$ ) = 2. Que en una lectura *in extenso*, no significa más que

«un principio tiene un peso concreto especialmente elevado (4), si se le imponen intervenciones profundas (g), a causa de una razón relativamente poco importante (l) [...]. El peso relativo disminuye (a 2), si la intervención profunda (g) se produce en razón de una importancia media de la satisfacción del principio contrario (m). El mismo valor (2) se obtiene en el caso de una intervención media (m), frente a la cual sólo puede ser aducida una razón de poca importancia (l)». <sup>328</sup>

Con esto se puede ver claramente que los únicos supuestos en que el principio  $P_i$  no será precedente, es cuando su resultado sea inferior a 1. Los valores de  $P_i$ , en tales casos, son:  $l/g = \frac{1}{4}$ ,  $m/g = \frac{1}{2}$  y  $l/m = \frac{1}{2}$ . A la conclusión que estos valores conlleva le corresponde una interpretación semejante a la del caso anterior, sólo que a la inversa.

A estos seis casos, se les debe agregar los otros tres supuestos donde las valoraciones arrojan un empate. Aquí aparece «el margen de acción estructural», <sup>329</sup> como le llama Alexy. <sup>330</sup>

Para evitar en gran medida la aparición de esos casos de empate, es posible «refinar» aún más la escala triádica con un modelo iterativo, de intermedios y extremos, que terminaría teniendo nueve valores distintos: (1) *ll*, (2) *lm*, (3) *lg*, (4) *ml*, (5) *mm*, (6) *mg*, (7) *gl*, (8) *gm* y (9) *gg*. Lo que expresan cada una de estas valoraciones compuestas sobre las intervenciones que se le pueden hacer a un principio  $P_i$ , se lee: «muy graves (*gg*), medianamente graves (*mg*) y menos graves (*gl*), intervenciones de media intensidad que se sitúan en el límite superior (*mg*), en el ámbito medio (*mm*) y en el

<sup>328</sup> Ídem.

<sup>329</sup> Cuando se intentan tomar en consideración aspectos materiales en la conformación de los criterios de validez de un sistema jurídico, se vuelve indispensable la contrastación entre valores y objetivos, principalmente entre aquéllos que ocurren en el nivel fundamental; Alexy señala el problema que ocurre cuando suceden casos de empate, como en los últimos tres supuestos mencionados, donde el legislador (o el juez) tienen autorizado un cierto margen de discrecionalidad, «margen de acción estructural» (ibídem, pp. 542 s.), con el que puede resolver elegir entre un medio y otro.

<sup>330</sup> Ibídem, p. 523-546.

límite inferior (*ml*), e intervenciones leve que se ubican en un ámbito superior (*lg*) y medio (*lm*), así como intervenciones muy leves (*ll*)». <sup>331</sup>

Pese a lo atractivo de este modelo que seguramente resuelve gran cantidad de empates, lo cierto es que no los resuelve todos. Intentar evadir los casos de empate mediante refinamientos o, en el peor de los casos, excluyendo caprichosamente la posibilidad de que éstos se presenten, entorpece la labor de un procedimiento racional de argumentación. <sup>332</sup> Esto significa, por tanto, que el margen de discrecionalidad que resulta de estos casos, escasos, está plenamente justificado en la medida que «los derechos fundamentales no son una materia que pueda dividirse en segmentos tan finos, de tal modo que se suprima la posibilidad de que existan empates estructurales [...] en la ponderación, o de tal modo que estos se hagan prácticamente insignificantes». <sup>333</sup>

Lo más que se puede decir a favor de la reducción de casos en que pueda hallarse algún empate, es que ésta no infringe materialmente el valor conceptual de la ponderación, sino sólo aproxima a su fin: la decisión racionalmente justificada. Para los casos restantes de empate, la decisión a favor o en contra de cierta medida no es cuestionable. «Esto quiere decir que en realidad existe un margen para la ponderación, entendido como un margen de acción estructural del Legislador y de la Jurisdicción». <sup>334</sup>

Este margen de acción estructural no es el único que persiste en la implementación del método de ponderación. Quedan pendientes también aquellos casos en que (1) la norma jurídica de derecho fundamental no es clara al momento de establecer los contenidos mínimos de protección y en los que (2) simplemente es un problema de no saber cuáles son esas posibilidades fácticas que se oponen a la realización máxima de un principio. (1) coincide con lo que Alexy llama «margen de acción epistémico de naturaleza normativa», <sup>335</sup> que tiene lugar «cuando no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el Legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración». (2) afecta la verdad de las

---

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 544.

<sup>332</sup> Un procedimiento semejante tendría que tomar en cuenta las ventajas y las limitaciones generales y específicas de las reglas que lo constituyen; sobre esto vid. Alexy, *Derecho y Razón Práctica*, op.cit., pp. 59-63.

<sup>333</sup> Alexy: *TDF*, p. 546.

<sup>334</sup> *Ídem*.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 548.

premisas empíricas. Cuando la decisión se justifica aduciendo que los medios son idóneos y necesarios para la consecución de tal fin o para la protección de cierto derecho, se está diciendo que no hay posibilidad de que exista otro medio más idóneo y que dañe menos a los principios que colisionan con la adopción de tal medida. Esto, desde luego, tiene que ver con las posibilidades cognitivas de los seres humanos y por ende, es un problema epistémico que no tiene solución en el marco de una teoría de la argumentación jurídica. Tan sólo es un factor más a tener en cuenta.

Con todo lo anterior, Alexy acepta que «los derechos fundamentales ofrecerían una mayor protección, si no se reconociera un margen de acción epistémico al Legislador».<sup>336</sup> Lo que en realidad provoca, ya en el plano de su teoría de los principios, que la idea de «mayor realización posible» quede supeditada a los alcances de estas dos cuestiones epistémicas.

Para contrarrestar el peso que tienen ambas cuestiones (por demás indecidibles), es necesario, como lo hace Alexy, recurrir a un principio formal (o procedimental) que establece (en jerarquía constitucional) la competencia del legislador para decidir en tales casos. Su competencia, usando el lenguaje de Schmitt, no es jurídica sino legítima.<sup>337</sup> Esto significa que su competencia deviene del principio democrático.<sup>338</sup> Este principio es de carácter formal, porque no establece ningún contenido, sino sólo señala quién debe establecer dicho contenido. De aquí se puede inferir que haya casos en los que el principio material (que dice sobre qué se va a decidir) y este principio formal (que dice quién debe decidir) entren en colisión.<sup>339</sup> Alexy explica dos formas extremas en que puede resolverse este problema:<sup>340</sup> (1) si se da supremacía al principio material, «en

---

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>337</sup> Se trata de la distinción schmittiana entre Estado legal y Estado legítimo (para una breve síntesis de la obra y pensamiento de Schmitt, vid. Antonella Attili, «De la ciencia jurídica a la teoría política: la noción de soberanía de Carl Schmitt», en Elisabetta Di Castro (coord.), *Estudios Filosóficos. Platón, Aristóteles, Carl Schmitt*, México, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, FFyL-IIF-UNAM, 2005, pp. 63-98). Evidentemente no hay razones para anclar las pretensiones de Alexy con las afirmaciones teóricas de Schmitt, ni con el decisionismo tan ampliamente difundido de éste último.

<sup>338</sup> Vid. Alexy: *TDF*, pp. 408-416 (donde Alexy aborda el problema de la estructura y la exigibilidad judicial de los derechos de protección).

<sup>339</sup> El principio material «excluye *prima facie* que el Legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en una premisa empírica insegura, desfavorable para el derecho fundamental» (*Ibidem*, p. 551); mientras que el principio formal «exige exactamente *prima facie* que el Legislador tenga dicha competencia» (*idem*).

<sup>340</sup> Esta colisión refleja la discusión ya clásica entre el constitucionalismo (particularmente la noción de derechos fundamentales) y la democracia. Sobre esto, vid. Alexy, «Basic Rights and

todos los casos en que sus decisiones afectaran de algún modo a los derechos fundamentales, al Legislador sólo le estaría permitido basarse en premisas sobre cuya verdad existiera certeza». <sup>341</sup> Tal restricción impuesta a un órgano de acción, trae como consecuencia que no se puedan perseguir los fines legítimos de un Estado constitucional y democrático, pues como el mismo Alexy intuye, resulta imposible prever todas las afectaciones que una decisión de carácter político pueda tener para las esferas jurídicas y sociales de un Estado. De manera opuesta, (2) si se da prioridad al principio formal, «significaría que se permitiría al Legislador llevar a cabo intervenciones extraordinariamente intensas en los derechos fundamentales, aun cuando tan sólo estuviesen basadas en pronósticos elevadamente inciertos». <sup>342</sup> Esto supone que, en aquellos casos, que no son pocos, donde la duda sobre la certeza de una decisión definitiva insinúa un margen de acción demasiado amplio, es tolerable. Sin embargo, para el fin de salvaguardar los derechos fundamentales, por el contrario, es inaceptable. <sup>343</sup>

(1) y (2) son anulables por resultar incompatibles con los propósitos de un estado constitucional democrático. Ello obliga, entonces, a considerar los puntos intermedios que se encuentran entre ambos extremos: el primero exige que se tenga siempre un grado de certeza para cada una de las intervenciones a los derechos fundamentales y el segundo exige que las intervenciones en esos derechos fundamentales respondan a varios grados de certeza.

Este último es el que considera Alexy. En todo caso, la teoría de los principios es compatible con la idea de que a mayor grado de intervención, mayor debe ser el grado de certeza de las premisas empíricas. A partir de esto, se puede formular una «segunda ley de la ponderación»:

---

Democracy”, en Jürgen Habermas, “Procedural Paradigm of Law”, *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, pp. 227-238.

<sup>341</sup> Ídem.

<sup>342</sup> Alexy: *TDF*, p. 552.

<sup>343</sup> Cfr. ídem.



«Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención».<sup>344</sup>

La primera ley de la ponderación aquí enunciada,<sup>345</sup> se refiere en estricto sentido a la intensidad de la afectación (o de la no satisfacción) que se le infringe a un principio cuando se decide a favor de cierta intervención que se requiere para realizar en mayor grado al principio con el que entra en colisión. Esta segunda ley de la ponderación, por su cuenta, alude sólo al peso de dicha intervención.<sup>346</sup>

Para incluir este margen de acción epistémico, en la fórmula del peso que elabora Alexy, basta con agregar la anotación «S», que representa «la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización de  $P_i$  y para la realización de  $P_j$  en el caso concreto (C)».<sup>347</sup> Sin embargo, la escala tríadica en la que se medirán estas apreciaciones empíricas, no obedece a la misma lógica que en el caso de la medida de afectación. Pues en este caso se trata de tener el mayor grado de certeza. Por lo tanto, la asignación numérica correspondiente a cada una de las valoraciones abstractas quedaría así: al grado de certeza o seguridad ( $g$ ) se le asigna el valor  $2^0$  (1), al grado de justificable o plausible ( $p$ ) el valor  $2^{-1}$  ( $\frac{1}{2}$ ) y al grado de no evidentemente falso ( $-e$ ) el valor  $2^{-2}$  ( $\frac{1}{4}$ ). La variable que representa este margen de acción epistémico, puede denotarse como « $SP_iC$ » y « $SP_jC$ ». La fórmula del peso, entonces, puede ampliarse de esta forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Para que funcione esta fórmula, se deben sustituir (o despejar) las variables por el número correspondiente según los valores asignados. Resolviendo, primero, el peso específico del primer principio ( $GP_{i,j}C$ ) y luego, el peso específico del segundo

<sup>344</sup> Ídem. Alexy llama a la primera ley de la ponderación «ley material de la ponderación» y a la segunda «ley epistémica de la ponderación», en tanto que la primera se refiere al contenido de las razones que apoyan la intervención, y la segunda a su posibilidad epistémica (ídem).

<sup>345</sup> Vid. supra, p. 110.

<sup>346</sup> Cfr. Alexy: *TDF*, p. 553.

<sup>347</sup> Ibídem, p. 554, nota 97.

principio ( $GP_{j, iC}$ ).<sup>348</sup> Esto lleva (debe llevar) a una solución: que el peso específico de uno de ambos principio sea mayor que el peso específico del otro. Y a partir de ahí, se podrá justificar la afectación o no satisfacción del principio de menor peso en beneficio del principio de mayor peso.

### 4.3. El principio de proporcionalidad en la solución de colisiones entre principios

Para tener en claro cuál es la ventaja argumentativa del principio de proporcionalidad, es necesario recurrir a tres ejemplos prototípicos en la obra de Alexy. Todos ellos resueltos por la Corte Constitucional de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*). Los tres ejemplos corresponden a las tres etapas del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido o ponderación.<sup>349</sup>

#### a) *Idoneidad*

El subprincipio de idoneidad sirve para determinar si una limitación a un principio o a un derecho fundamental es admisible constitucionalmente. Esto se logra decidiendo si efectivamente (o sea, fácticamente) sirve para favorecer a otro derecho fundamental.<sup>350</sup>

El caso es el siguiente:

«un peluquero había colocado una máquina de tabaco [expendedora de cigarrillos] en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el «conocimiento técnico profesional indispensable» para ejercer la actividad comercial de que se tratara.

<sup>348</sup> Para calcular este peso específico, basta con intercambiar las variables de la fórmula. O sea, pasar las variables del dividendo al divisor, así:

$$GP_{j, iC} = \frac{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}{IP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}$$

<sup>349</sup> Estos casos, que utiliza Alexy como ejemplos, aparecen en su *Teoría de los derechos fundamentales*. Vid. Alexy: *TDF*, pp. 524-546.

<sup>350</sup> Cfr. *supra*, p. 107.

Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran ciertos conocimientos necesarios para ser comerciante. El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este Alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el artículo 12.1 LF. Su fundamentación se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud. En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio». <sup>351</sup>

En este caso se ven claramente dos principios encontrados: el principio a la libertad de profesión y oficio ( $P_1$ ) y el principio de protección a los consumidores ( $P_2$ ). También se destaca una medida que, aparentemente, sirve a la consecución del principio  $P_2$ : la prueba de conocimientos técnicos ( $M$ ). Sin embargo, tras el análisis que hizo el Tribunal Constitucional, se declaró a  $M$  inconstitucional por lesionar e impedir la realización de  $P_1$  y no favorecer efectivamente a  $P_2$ . O como lo explica Alexy, «si se omite  $M$ , no se originan costes ni para  $P_2$  ni para  $P_1$  y, en cambio, si se adopta  $M$ , si resultan costes para  $P_1$ ». <sup>352</sup>

#### b) *Necesidad*

Este subprincipio exige que el sacrificio impuesto a un principio, con la adopción de cierta medida, sea necesario; es decir, que no exista otro medio alternativo menos

---

<sup>351</sup> Alexy: *TDF*, pp. 524 s. La sentencia: *BVerfGE 19, 330-Sachkundenachweis*.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 525.

lesivo para ese principio y que sea igual de idóneo para la realización del principio que lo justifica.<sup>353</sup>

El caso es el siguiente:

«Una ordenanza del Ministerio Federal para la juventud, la familia y la salud, establecía la prohibición de que circularan en el mercado, dulces y confites, que si bien contuvieran cacao en polvo, estuvieran hechos esencialmente de arroz inflado y, por lo tanto, no fueran productos de chocolate que cumplieran todas las exigencias. El fin de esa ordenanza era proteger a los consumidores de posibles errores a la hora de comprar este tipo de productos. El Tribunal Constitucional Federal consideró que una prohibición de circulación semejante si era idónea para proteger a los consumidores [...] Sin embargo, la prohibición de introducir la mercancía en el comercio no era necesaria, porque existía un medio igualmente idóneo [aunque] menos restrictivo. Se trataba del deber de marcar y etiquetar estos productos [...]».<sup>354</sup>

Aquí se trata de los mismos dos principios en pugna que en el caso anterior. Por un lado, el principio de libertad de profesión y oficio ( $P_1$ ) y el principio de protección a los consumidores ( $P_2$ ). Y dos medidas idóneas: la prohibición de circulación de las mercancías ( $M_2$ ) y el deber de marcar y etiquetar los productos ( $M_1$ ). Si se considera aisladamente  $P_2$ , es igual si se adopta  $M_1$  o  $M_2$ . Pues ambas medidas son idóneas para realizar al máximo posible la protección garantizada. Sin embargo, cuando se mira a  $P_1$ , no hay tal indiferencia.  $M_1$  lesiona menos a  $P_1$  que  $M_2$ . De esto se sigue, para decirlo con Alexy, que «desde la perspectiva de las posibilidades fácticas ( $M_1$  o  $M_2$ ),  $P_1$  puede realizarse en una mayor medida por medio de la elección de  $M_1$  que con la de  $M_2$ , sin que con ello se produzcan costes para  $P_2$ . Por consiguiente, la optimización de  $P_1$  o  $P_2$  prohíbe adoptar  $M_2$ ».<sup>355</sup>

---

<sup>353</sup> Cfr. supra, pp. 108s.

<sup>354</sup> Alexy: *TDF*, p. 526. La sentencia: *BVerfGE 53, 135-Schokoladenosterhase*.

<sup>355</sup> Ídem.

c) *Proporcionalidad en estricto sentido o ponderación*

Este subprincipio, compuesto de la *ley de la ponderación* y la *fórmula del peso*, indica que sólo serán admisibles las intervenciones a un principio, si la importancia de la satisfacción del principio opuesto lo justifica.<sup>356</sup>

El caso es el siguiente:

«La popular revista satírica TITANIC llamó primero «asesino nato» (*geb. Mörder*) y luego, en una edición posterior,<sup>357</sup> «crippado» (*krüppel*), a un oficial de la reserva que era tetrapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista TITANIC, en razón de una demanda instaurada por el oficial de reserva, a pagar una indemnización de 12.000 Marcos Alemanes. La revista TITANIC interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto, entre la libertad de expresión de la revista implicada (art. 5.1 apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (art. 2.1 LF en conexión con el art. 1.1 LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como «dura», es decir, como una intervención grave en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento. Paralelamente, el apelativo de «asesino nato» se interpretó en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista TITANIC. [...] Este contexto excluye entrever en este apelativo un «vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor». Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad media [2], e incluso tal vez sólo una intensidad leve [1]. Esto es correlativo a una importancia media [2] y quizás sólo leve [1] de la protección que se logra por medio de la indemnización».<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Cfr. *supra*, p. 109-119.

<sup>357</sup> Que más bien fue la respuesta a una acusación presentada por parte del oficial del ejército.

<sup>358</sup> Alexy: *TDF*, p. 532. La sentencia: *BVerfGE 86, 1-TITANIC/'geb. Mörder'*.

Aquí aparecen en colisión el principio de libertad de expresión con el derecho al honor. Respecto a la primera parte de la sentencia recurrida (o sea, a la parte donde aparece la expresión «asesino nato»), el Tribunal Constitucional consideró que la condena a pagar la indemnización era desproporcionada debido a que la intervención en el principio de libertad de expresión era más grave que la afectación en el derecho al honor. Esto supone que, para que estuviera justificada esa intervención, la afectación al derecho al honor debía ser, por lo menos, grave (4). Cosa que evidentemente no ocurría con la expresión «asesino nato».

Por el contrario, respecto a la segunda parte de la sentencia (donde se le llama «tullido»), la consideración tenía otro matiz. Utilizar este tipo de expresiones o apelativos «vulnera gravemente el derecho al honor»<sup>359</sup> del oficial. Esto sugiere que, dada la gravedad producida en el derecho al honor, la protección de este derecho mediante indemnización es de gran importancia. Por lo tanto, frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. La decisión que pronunció el Tribunal Constitucional respecto al amparo interpuesto por la revista TITANIC, fue conceder fundamento al alegato relacionado con la primera parte de la sentencia (donde aparece la expresión «asesino nato») y desestimar como carente de fundamento la segunda parte (donde se usa el oprobio «tullido»).

Hay que tomar en cuenta que la decisión a que llegó el Tribunal Constitucional puede representarse mediante la fórmula del peso. Aunque este análisis no lo presenta Alexy en su obra, conviene hacer el intento y adscribir a cada variable una asignación numérica, respetando los rangos de la escala triádica, para la primera parte de la sentencia, y de la escala refinada, para la segunda parte.

Así quedaría entonces la primera parte de la sentencia, donde al oficial del ejército en reserva se le llama «asesino nato». Para esto hay que considerar las circunstancias particulares del caso, que son, entre otras, que el uso de este apelativo no representa una lesión en el derecho al honor del oficial debido al uso satírico que la expresión denuncia, y que además no es el único caso en que ha sido usado este calificativo por parte de la

---

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 533. La reflexión anotada en la sentencia se encuentra también en ídem: «llamar tullido a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como una humillación y expresa una falta de respeto».

revista. Primero se resolverá el peso específico del principio de libertad de expresión ( $P_i$ ) en relación con el derecho al honor ( $P_j$ ), bajo las condiciones propias del caso ( $C_1$ ):

$$GP_{i,j}C_1 = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{1 \cdot 4 \cdot 0.5} = \frac{16}{2} = 8$$

Y después, la evaluación de  $P_j$  con respecto a  $P_i$ :

$$GP_{j,i}C_1 = \frac{1 \cdot 4 \cdot 0.5}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{2}{16} = 0.125$$

La importancia y la intervención de los principios (valorados con 1 y 4 respectivamente), refieren una clara intervención al principio de libertad de expresión y una relativamente poca satisfacción (o importancia) en el derecho al honor si se adopta la medida propuesta (que en este caso es la sanción por concepto de indemnización). El peso abstracto de los principios podría anularse de antemano, pues se representan con la misma asignación de valor (4 y 4). Las apreciaciones empíricas (o grado de certeza) que dicha intervención representa, puede considerarse como más cierta para la libertad de expresión (se trata de pagar una multa que afectaría financieramente a la revista, también dejaría una precedente para futuras demandas que provocaría una pérdida general a la libertad de expresión, etcétera) y menos clara para el oficial del ejército, pues la sátira recurrente con que emplea la revista el término “asesino nato” no es suficiente para dañar su imagen pública. Los valores, por tanto, se asignaron como plausible  $p$  (0.5) y seguro  $g$  (1), respectivamente.

Ambos resultados producen una regla de precedencia condicionada: que el principio  $P_i$  es preferible al principio  $P_j$  bajo las circunstancias particulares del caso ( $C_1$ ). Tal regla puede enunciarse así:  $(P_i \mathbf{P} P_j) C_1$ . Y lo que va a significar es que la satisfacción del derecho al honor no justifica la intervención o afectación en el principio de libertad de expresión. En tales circunstancias, la medida correspondiente, o sea la indemnización, es desproporcionada.

Ahora bien, por cuanto hace a la segunda parte de la sentencia, donde se insulta al oficial del ejército llamándolo “ullido”, el resultado es diferente. Y es diferente porque las circunstancias particulares también son diferentes ( $C_2$ ). La expresión “ullido” es claramente ofensiva, y pretende causar una afectación moral en la imagen pública del

oficial. Con todo esto, se puede afirmar que la indemnización está justificada debido a la afectación «muy grave» (*gg*) que sufre el derecho al honor, frente a una intervención «medianamente grave» (*mg*) en la libertad de expresión.<sup>360</sup> Esto se puede representar en la fórmula de la siguiente manera:

$$GP_{i,j}C_2 = \frac{8 \cdot 4 \cdot 1}{9 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{32}{36} = 0.888$$

Dando entonces lugar a la evaluación de  $P_j$  con respecto a  $P_i$ , bajo estas mismas circunstancias particulares del caso ( $C_2$ ):

$$GP_{j,i}C_2 = \frac{9 \cdot 4 \cdot 1}{8 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{36}{32} = 1.125$$

El resultado es una regla de precedencia condicionada de la forma  $(P_j \mathbf{P} P_i) C_2$ . Que podría leerse como «será preferente el derecho al honor frente a la libertad de expresión, siempre que, bajo las condiciones particulares del caso, la información que se publique (que se exprese) tenga propósitos ofensivos o injuriosos». Esto significa que, respecto a la ofensa que hizo la revista TITANIC al oficial del ejército al llamarlo «tullido», la sanción de indemnización tiene plena validez, pues aunque representa una intervención medianamente grave a la libertad de expresión, se compensa con la afectación más grave que se produce en el derecho al honor.

En conclusión, los resultados que se obtienen al incorporar los valores a la fórmula del peso, ya sea de la escala triádica o de la escala refinada, sirven para representar el ejercicio dialógico racional que se realizó previamente para llegar a una solución. El método de ponderación no es un simple algoritmo que permita llegar a soluciones excluyendo la participación del juez. Por el contrario, sirve para evaluar y contrastar (racionalmente) los pesos abstractos asignados a cada principio, las valoraciones de las apreciaciones epistémicas de la afectación y el grado de satisfacción o no satisfacción (e interferencia) en los principios colisionados.

---

<sup>360</sup> Se debe recordar que la escala más fina que propone Alexy para los casos en que parece haber un claro empate, se compone de nueve valores diferentes (vid. supra, p. 114). Habría un empate si se considera que la afectación a la libertad de expresión es grave (y se le asigna el valor 2) y la afectación al derecho al honor también es grave (y también recibe el valor 2). En este caso la ponderación arrojaría un mismo resultado para ambos pesos específicos. En cambio, con la aplicación de esa gradación refinada se resuelve la situación.



A partir de este momento quedan claros dos de los tres elementos fundamentales del método de ponderación: la *ley de la ponderación* y la *fórmula del peso*. Dejando sólo pendiente el tercer elemento: las *cargas de la argumentación*.

#### 4.4. Las cargas de la argumentación

Llevando a cabo la operación aritmética de la fórmula de ponderación de Alexy, se llega a un resultado específico (bajo las condiciones particulares del caso). Con este resultado, se puede justificar la intervención o no satisfacción de un principio o derecho, para favorecer a la máxima realización de otro principio o derecho con el que se incoaba esa disputa. La medida que sea óptimamente necesaria, estará justificada o no, según el resultado de los pesos que se obtengan.

El problema, sin embargo, ocurre cuando el resultado que se obtiene de dicha operación es un empate. Es decir, cuando los valores numéricos (o pesos específicos) de ambos principios son iguales:  $(GP_{i,j}C = GP_{j,i}C)$ . Y dado este supuesto, es necesario recurrir a la primera de las dos cargas de la argumentación que incorpora Alexy. Esta primera carga, presentada en la *Teoría de los derechos fundamentales*, dicta que toda vez que ocurra un empate entre los factores que deben ponderarse, la solución será decidida a favor de los derechos fundamentales de libertad e igualdad jurídicas. Esto es, *in dubio pro libertate*. Lo que haría que cualquier principio o derecho que intentará disminuir el peso de los principios de libertad o de igualdad jurídicas, tendría que tener como apoyo, o aducir a su favor, razones de mayor importancia: *razones más fuertes*. Por lo tanto, aquellos casos en que el resultado de la fórmula de ponderación sea un empate, deberá concederse precedencia a los principios que juegan a favor de la libertad o de la igualdad jurídicas. «Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces, la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional».<sup>361</sup>

Sin embargo, en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy se decanta por una carga de argumentación diferente. «En los casos de empate, sostiene [Alexy], la decisión que se enjuicia aparece como *no desproporcionada*” y, por tanto,

<sup>361</sup> Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, op.cit., p. 231.

debe ser declarada constitucional». <sup>362</sup> De esto se sigue que, en los casos de empate, el acto impugnado tiene respaldo y, por tanto, precedencia. Así, en las situaciones donde la impugnación tiene que ver con leyes, como en los casos de control de constitucionalidad, significa que el empate favorece al principio formal: en beneficio del legislador y del principio democrático. En otras palabras —las de Bernal Pulido: «cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador». <sup>363</sup>

Ambas posturas parecen incompatibles entre sí. Y parece ser el punto de inflexión entre un Alexy (el de la *Teoría de los derechos fundamentales*) y otro Alexy (el del *Epílogo*). No obstante, pese a lo interesante de esta (todavía aparente) contradicción en Alexy, el propósito de esta investigación no tiene que ver con ella. <sup>364</sup> Lo más que se puede decir al respecto, haciendo una interpretación a la teoría de Alexy y siguiendo la conclusión de Bernal Pulido, es que en los casos donde no colisionan los principios de libertad e igualdad jurídicas con otro(s) principio(s), la precedencia será concedida a favor del principio formal de legitimidad democrática. Además, parece que Alexy no ofrece razones para sustentar el criterio *indubio pro libertate*. En cambio, parece que no necesita justificar el principio democrático.

La segunda carga de la argumentación tiene que ver con el producto del principio de proporcionalidad, esto es, con la regla que establece una relación de precedencia condicionada y que vale para todos los casos análogos en que participen los mismos principios e idénticas circunstancias.

La regla que nace a partir de la ejecución del método de ponderación, tiene tanta validez como una regla formalmente adscrita al sistema jurídico. Ello significa que para descartar su aplicación a un caso donde el supuesto de hecho parece idéntico al que en la realidad ocurre, deben aducirse razones de mayor peso. Esto, sin embargo, no significa que las reglas obtenidas por ponderación anulen la competencia jurisprudencial; al

---

<sup>362</sup> Bernal Pulido, ídem. Para contrastar ambas afirmaciones, vid. Alexy: *TDF*, pp. 508 s. y pp. 547-562.

<sup>363</sup> Bernal Pulido, ídem.

<sup>364</sup> Para una exposición un tanto más crítica sobre esta (doble) postura de Alexy, véase Erik Oddvar Eriksen, «Democratic or Jurist-Made Law?», en José Menéndez and Erick Oddvar Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Law and Philosophy Library, vol. 77, Springer, 2006, pp. 69-99.

contrario, estas reglas también están sujetas a reformulaciones y posibles correcciones provenientes de las actualizaciones y de las funciones judiciales.

#### 4.5. Límites de la ponderación

Muchas y de distinta relevancia son las críticas que se le hacen al método de ponderación propuesto por Alexy. En este trabajo se presentarán sólo tres de ellas. Dos son introducidas por Habermas.<sup>365</sup> La primera apunta a la racionalidad aproximativa de los factores que intervienen en la fórmula del peso, es decir, la *ausencia de objetividad* respecto de los criterios que intervienen en el cálculo de los pesos;<sup>366</sup> la segunda, más bien, apunta a la *discrecionalidad* que esa aparente racionalidad incorpora.<sup>367</sup> La tercera, todavía más radical, afirma que no hay necesidad de acudir a un *modelo alternativo* para la justificación de las decisiones judiciales, es decir, que para todo caso basta con el clásico método de subsunción.<sup>368</sup>

##### a) Límites de objetividad

Bernal Pulido identifica la primera crítica que le hace Habermas a Alexy y la expresa de la siguiente forma: «no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso».<sup>369</sup> Habermas asegura que esta ausencia de criterios objetivos se da en los tres factores que conforman la fórmula del peso de Alexy, a saber: en (*IP*) el grado de afectación de los principios en el caso concreto, (*GP*) el peso abstracto que corresponde a cada principio en colisión y (*SP*) la seguridad o certeza de las premisas empíricas.

<sup>365</sup> J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, 1996, pp. 256-259.

<sup>366</sup> Respecto al análisis de las dos primeras críticas, conviene seguir al propio Alexy (–Discourse Theory and Fundamental Rights”, op.cit., pp. 1-29). Así como dice Alexy, Habermas arremete contra los presupuestos discursivos de la ponderación diciendo «[...] if in cases of collision all reasons can assume the character of policy arguments, then the fire wall erected in legal discourse by a deontological understanding of legal norms and principles collapses». Esta misma crítica y la siguiente las aborda Bernal Pulido en su –Estructura y límites de la ponderación”, op.cit., p. 232.

<sup>367</sup> Cfr. Alexy, –Discourse Theory and Fundamental Rights”, op.cit., Ahí mismo puede leerse lo que Habermas dice: «Because there are no rational standards here, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies».

<sup>368</sup> Es el caso de Juan Antonio García Amado: –El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Robert Alexy, *Derechos Sociales y ponderación*, op.cit., pp. 249-332.

<sup>369</sup> Bernal Pulido, *idem*.

Respecto a la evaluación de (*IP*), Alexy refiere<sup>370</sup> que dadas ciertas circunstancias, «es posible hacer juicios racionales» sobre el grado o la intensidad de afectación que sufrirá un principio con la medida legislativa o la restricción constitucional. Esto haría suponer que hay casos fáciles y casos difíciles dentro del proceso ponderativo. Los casos fáciles se caracterizarían porque al momento de calcular el grado de afectación del principio en colisión, habría mucho más certeza cuando se trate de decidir si se trata de una afectación leve, media o grave. No así en los casos difíciles, donde «las premisas que fundamentan la graduación, y no sólo las fácticas sino también las analíticas y las normativas, son extremadamente inciertas».<sup>371</sup>

Ahora, en el caso de la evaluación de (*GP*), es posible tomar la misma precaución que en el caso de la evaluación de (*IP*). Siguiendo a Alexy, el «peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia».<sup>372</sup> Esto sugiere un espacio de subjetividad o de discrecionalidad en el juzgador. Sin embargo, este espacio altamente impredecible no tiene por qué entenderse de forma negativa. Podría argüirse a favor de la evaluación discrecional del peso abstracto de ciertos principios, que si fuera el caso de que los principios tuvieran una jerarquía preestablecida en la constitución, no tendría sentido hacer una evaluación ni recurrir a métodos racionales como la ponderación, porque la situación ya estaría decidida desde antes. De esta forma, los

---

<sup>370</sup> Cfr. Alexy: *TDF*, pp. 520ss. Las respuestas que presenta Alexy a las dos críticas de Habermas, se encuentran en «Discourse Theory and Fundamental Rights», op.cit., pp. 23-28.

<sup>371</sup> Bernal Pulido pone de evidencia dos casos paradigmáticos de casos difíciles: la libertad religiosa y la autonomía de las comunidades indígenas. En ambos casos, el proceso ponderativo depende de que antes el juez «adopte una postura material o ideológica» sobre la cual hacer un juicio racional. Pues no es lo mismo que sea una persona no creyente, laica, quien evalúe la intensidad de la afectación que una medida provoca al principio de libertad religiosa, a que lo haga alguien que tiene como vocación profesar esa libertad. En el caso de la autonomía de las comunidades indígenas, sucede lo mismo. Depende el lado donde se decida la intensidad: para un miembro de la comunidad será siempre más intensa la afectación a la autonomía de su comunidad, por ejemplo en la implementación de castigos físicos, que para una persona alejada de esa comunidad y que defiende el principio de integridad física. Por eso, dice Bernal Pulido «Un juez más respetuoso de la libertad religiosa o de la autonomía de las comunidades indígenas, hará valer el punto de vista interno del afectado. Por el contrario, un juez más partidario de la universalidad de los derechos humanos y de la imposición de los valores de la sociedad mayoritaria, hará prevalecer la visión de esta última» (Bernal Pulido, op.cit., p. 233).

<sup>372</sup> Bernal Pulido, ídem, p. 235. Aquí mismo nótese la aclaración que hace Bernal Pulido (obviada en las obras de Alexy) sobre la anulación recíproca del factor que representa el peso abstracto de los principios en la fórmula del peso. Esta anulación se da no sólo cuando tienen ambos el mismo peso (explicitación que sí hace Alexy), sino también cuando se trata del mismo principio.

casos en que algún principio de menor jerarquía constitucional entre en disputa con un principio de mayor jerarquía, se decidirían irremediabilmente a favor de estos últimos; lo cual, a fin de cuentas, provocaría una mayor pérdida de racionalidad: no se estarían considerando las particularidades del caso, ni la importancia específica de aquéllos principios.

Por último, en el caso de la evaluación de (*SP*), también aparecen límites a la pretensión de racionalidad que tiene la fórmula del peso en la ponderación. Aquí juegan un papel muy importante las condiciones y las cualidades particulares del juzgador para conocer el alcance de la afectación que sufriría un principio si se adoptara cierta medida. Dicha afectación debe ser evaluada conforme a ciertas prescripciones que justifiquen o no su realización.

#### b) *Márgenes de discrecionalidad*

Alexy anticipa estas marcadas deficiencias de objetividad, y presupone elecciones racionales para cada caso: los márgenes de acción epistémica y los márgenes de acción normativa, que son su intento por eximir a su propuesta de tales objeciones. Aún más, si el método de ponderación no alcanza para demostrar objetividad en la toma de decisiones, para ciertos casos, en los llamados «casos trágicos»,<sup>373</sup> entonces tal objetividad debe ser buscada en la razonabilidad del juez. No es que el juez tenga libertad para decidir cualquier cosa que le parezca correcta, sino que, entre las dos opciones que han quedado en igualdad de preferencia, puede seleccionar la que sea conforme con sus apreciaciones particulares.

Por otra parte, respecto a los límites intrínsecos del juzgador para buscar y encontrar medidas que sean consideradas igual de idóneas y menos perjudiciales y, por lo tanto, necesarias, conviene tener en cuenta que las pretensiones del método de ponderación no supone una búsqueda exhaustiva de tales medios, únicamente promete

---

<sup>373</sup> Sobre este concepto, vid. Manuel, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997; también véase la respuesta de Guillermo Lariguet a ese mismo artículo en Guillermo Lariguet, «Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica».

que, entre los medios que se intenten o que se tengan por alternativos, se debe seleccionar el más adecuado.<sup>374</sup>

c) *Intercambiabilidad del modelo subsuntivo y el modelo ponderativo*

Juan Antonio García Amado sostiene que el método de ponderación que propone Alexy y que defienden los tribunales constitucionales, no es en realidad diferente del método «interpretativo/subsuntivo», y que sólo comporta una nueva «terminología» acompañado de «menor rigor argumentativo».<sup>375</sup> Lo que significaría que «no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre: a) reglas y principios; y b) decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria».

Esta crítica alude al carácter interpretativo que requieren ambos modelos de adjudicación, tanto la subsunción como la ponderación, y que es la parte importante del procedimiento de toma de decisión de parte del juzgador.<sup>376</sup> Si se concede que la ponderación de principios requiere, de antemano, una interpretación para decidir el contenido normativo de una norma de derecho fundamental, y que la subsunción, también de antemano, requiere de esa misma clase de interpretación para determinar lo que es y no es jurídicamente debido, entonces esta crítica tendría algo de fundamento.

Sin embargo, lo que García Amado no parece tener en cuenta es que el método de ponderación, para equipararse al método subsuntivo, precisaría de que el conflicto se limitara a cuestiones meramente interpretativas, ya habiendo decidido la regla aplicable al caso y aceptadas las consecuencias de tal aplicación. En la ponderación, por el

---

<sup>374</sup> Para un desarrollo un poco más extenso sobre este último punto, vid. Carlos Bernal Pulido, «The rationality of balancing», *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, ARSP, vol. 92, núm. 2, 2006, pp. 195-208. En este artículo, Bernal Pulido señala que «*It is clear that balancing is no guarantee of objectivity*», y por lo mismo, «*Anyone who claims that subjective appraisals by the judge should be excluded from balancing is therefore being hyper-rational*».

<sup>375</sup> Juan Antonio, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», op.cit., p. 250.

<sup>376</sup> En esa misma dirección, aunque soportada en propuestas lógico-normativas, va la crítica de José Juan Moreso al modelo de ponderación que expone Riccardo Guastini (José Juan Moreso, «Guastini sobre la ponderación», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2002, pp. 227-249). En este artículo, Moreso defiende que la diferencia entre reglas y principios no es debida a que unas tengan el condicional de aplicación cerrado y los segundos abierto, sino porque en las primeras ese condicional de aplicación es menos abierto que en el de los segundos. De ahí que para la interpretación de ese condicional, sea necesario crear restricciones, tanto a las reglas como a los principios, en su margen de aplicación; con tales restricciones, es posible prescindir de un método *particularista* y, en consecuencia, *injustificado* como la ponderación. El modelo a seguir, para justificar su racionalidad, es la subsunción. Esta propuesta está claramente influida por los trabajos, en materia de lógica deóntica y derrotabilidad (*defeasability*), de C. E. Alchourrón y E. Bulygin (vid. José Juan Moreso, ídem).

contrario, no se estima aún cuál es la norma de derecho fundamental o principio aplicable al caso en concreto. Sólo se sabe cuáles son los principios que están en disputa, más no a qué principio corresponde la interpretación normativa. La ponderación marcará la preferencia de un principio sobre otro, decidirá si la medida sugerida lesiona menos y es óptima para la realización de ese principio preferente. La interpretación servirá para conocer el alcance normativo de ese principio y adecuar el medio a los fines que persigue dicho principio. Como bien lo señala Manuel Atienza: «la ponderación es un procedimiento argumentativo que consta de dos fases: la primera concluye con la formulación de una regla (de una regla general y abstracta)<sup>377</sup> y, a partir de ahí (en la segunda fase), se procede a la subsunción».<sup>378</sup>

Tratándose entonces de la ponderación, el caso de la regla de precedencia condicionada, sobre la cual se aplicaría la subsunción, presenta claras diferencias.<sup>379</sup> Primero se tiene que conocer el principio que tendrá preferencia, es decir, el principio que determinará lo que es debido jurídicamente y que dispondrá las consecuencias jurídicas, para luego incorporar los medios que se calificaron como idóneos y necesarios. Sólo después se podrá desplegar una operación silogística como la subsunción.

---

<sup>377</sup> Esta regla, como ya se dijo (cfr. supra, p. 77), es el contenido normativo de la *ley de la colisión*.

<sup>378</sup> Manuel Atienza, —*Avueltas con la ponderación*», op.cit.

<sup>379</sup> Esta es, curiosamente, la misma propuesta que José Juan Moreso hace, en sentido de crítica, a la teoría de Alexy (vid. José Juan Moreso, —*Alexy y la aritmética de la ponderación*», en Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, op.cit. pp. 223-248). Sin embargo, como acertadamente lo señala el mismo Manuel Atienza: «lo que no parece darse cuenta Moreso es de que, en realidad, él está diciendo lo mismo que Alexy» (Manuel Atienza, —*Avueltas con la ponderación*», op.cit.). Ante esto cabe una aclaración. Los supuestos que conforman la regla (o sea, el contenido normativo de la *ley de la colisión*), funciona de forma análoga a lo que, en el mismo lenguaje de Alexy, se puede considerar un *caso paradigmático*. El cual sólo funciona como parámetro para evaluar las situaciones concretas que se presentan posteriormente. De la reconstrucción que se haga, comparando los hechos actuales con el supuesto de esa regla, se obtiene una interpretación que da pie a una cadena silogística (cfr. José Juan Moreso, ídem).

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- A lo largo de esta investigación se han expuesto varias tesis fundamentales de la propuesta teórica de Robert Alexy. Todas ellas representan un punto inexcusable para la construcción de un modelo esencialmente racionalista de la argumentación jurídica.

SEGUNDA.- Alexy, aunque difiere en rasgos importantes del modelo diferenciado de reglas y de principios que proponía Dworkin, suscribe la tesis débil de la respuesta correcta y propone una teoría de los sistemas jurídicos que reconoce principios, reglas y procedimientos argumentativos. Consiguiendo así que la teoría de la argumentación jurídica se complemente con una teoría de los principios que permita incluir dentro de sus criterios de validez a la pretensión de corrección.

TERCERA.- Sin la tesis del caso especial y de la pretensión de corrección, la búsqueda de un método de argumentación jurídica que responda a las necesidades de racionalidad y objetividad parece interminable. Por eso la gran importancia de la propuesta de Alexy. Con su teoría de la argumentación jurídica y la inclusión de principios en los sistemas jurídicos, el problema de la justificación de las decisiones jurídicas podría resolverse. Esto significa que en cualquier escenario donde se hagan presentes juicios normativos de carácter jurídico, será posible demostrar, a través de una serie de reglas pragmático-universales, su validez o corrección.

CUARTA.- El método de ponderación de principios que propone Alexy es la culminación de toda su teoría; con él intenta demostrar la racionalidad de los juicios normativos cuando tienen lugar colisiones entre principios.

QUINTA.- En los capítulos que anteceden se han presentado todas estas tesis, se han desarrollado algunas de las razones que utiliza para demostrarlas y se han explicado con cierto detalle las implicaciones que hay entre cada una de ellas; además, se han señalado algunas de las críticas que otros autores le han hecho y se han evidenciado algunas de las limitaciones que tiene su propuesta.



SEXTA.- La teoría de la argumentación jurídica de Alexy parte de la tesis del caso especial. Con esta tesis se quiere decir que la argumentación jurídica (o más precisamente, el discurso jurídico) es un caso especial del discurso práctico racional general. Esta propiedad exige que la argumentación jurídica satisfaga ciertas reglas procedimentales para ajustarse a los criterios de racionalidad que demanda el nuevo paradigma constitucional: la justificación racional y la corrección material.

SÉPTIMA.- Este criterio de corrección, definido por Alexy como pretensión de corrección, es una muestra de su influencia analítica en la Filosofía del Derecho. Según este criterio, las proposiciones normativas aunque carecen de valor de verdad (o de verificación) en un sentido descriptivista, sí contienen valores de corrección. Y ya que no pueden ser sometidas a comprobaciones empíricas, su corrección se demostrará a partir del cumplimiento de ciertas reglas.

OCTAVA.- Estas reglas y formas del discurso poseen distintas características. Por ejemplo, algunas sólo pueden cumplirse de manera aproximada mientras que otras exigen un acatamiento pleno; algunas de esas reglas tienen por finalidad normar el comportamiento dentro del discurso mientras que otras cumplen la función de permitir el paso de una forma de discurso a otra. Estas características las distinguen como un conjunto de reglas esencialmente pragmáticas.

NOVENA.- El nexo entre estas reglas y la argumentación jurídica se vuelve evidente cuando Alexy muestra que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Y lo es en consideración de las siguientes razones: (1) el objetivo de la argumentación jurídica es resolver cuestiones prácticas, es decir, concluir juicios normativos. (2) con la obtención de esos juicios normativos se persigue una pretensión de corrección, o sea, se afirman juicios normativos únicamente cuando se consideran correctos (entendiendo por correcto algo que tiene respaldo en buenas razones). (3) aun respetando que cada una de las partes involucradas en un caso práctico tengan intereses particulares que no obedecen a algún criterio de corrección, el fallo del juez sí incluye un valor de corrección (debe estar fundamentado en las normas jurídicas válidas y debe ser producto de un proceso argumentativo de toma de decisión).

DÉCIMA.- Alexy identifica una serie de reglas y formas de argumento que son estrictamente del ámbito jurídico. Primero enuncia las reglas que pertenecen a la justificación interna de una decisión jurídica. Esta justificación sólo tiene el mérito de mostrar la validez o corrección lógica de los argumentos utilizados. Después enuncia las reglas de la justificación externa. Esta clase de justificación es la más complicada porque contiene criterios de corrección que no se comprueban de acuerdo a su forma sino de acuerdo a su contenido.

DÉCIMO PRIMERA.- La coincidencia estructural entre las reglas y formas del discurso práctico general y las reglas y formas del discurso jurídico sirve para mostrar que el primero es condición de la naturaleza del segundo. Sin embargo, ni las reglas ni las formas del discurso práctico son idénticas a las del discurso jurídico. La principal distinción es que las reglas y formas del discurso jurídico se encuentran restringidas al marco normativo del sistema jurídico donde tiene lugar el caso práctico. Y aquí es precisamente donde aparece la cuestión de qué es lo que vale jurídicamente, o sea, el problema de la validez del Derecho.

DÉCIMO SEGUNDA.- Para definir lo que es jurídicamente correcto, Alexy examina el concepto de validez jurídica y el concepto de Derecho. En ambos lo que se trata de mostrar es si existe una conexión entre el Derecho y la moral y qué clase de conexión es. Para resolver esas cuestiones, Alexy contrasta las dos tesis principales: la tesis de la vinculación y la tesis de la separación.

DÉCIMO TERCERA.- Alexy concluye que hay elementos inexcusables para definir el concepto de Derecho; éstos son, entre otros, la formulación de una pretensión de corrección, la eficacia general del sistema normativo, la ausencia de normas extremadamente injustas, la inclusión de principios y la adecuación a un proceso técnico de aplicación. Además, demuestra que algunos de esos elementos representan, a fin de cuentas, una relación conceptual entre el Derecho y la moral.

DÉCIMO CUARTA.- Según Alexy, los elementos de validez del Derecho son: la pretensión de corrección (relación conceptualmente necesaria entre Derecho y moral), el reconocimiento social (eficacia) y, en el caso sólo de normas aisladas, que hayan sido

promulgada de acuerdo a un procedimiento previamente establecido (legalidad) y que no sean extremadamente injustas (según el argumento de la injusticia de Radbruch).

DÉCIMO QUINTA.- Como la única manera de incluir la pretensión de corrección al sistema normativo es mediante principios, y un criterio de validez del Derecho es la formulación implícita o explícita de esa pretensión de corrección, entonces es necesaria la inclusión de principios en el sistema jurídico.

DÉCIMO SEXTA.- Para Alexy, los principios, a diferencia de las reglas, no contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Por el contrario, la realización que exigen depende de las circunstancias fácticas y jurídicas con las que colisionan. Por esa razón, Alexy los define como mandatos de optimización.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Las reglas, que son mandatos definitivos, provocan que los sistemas jurídicos tengan una gran cantidad de lagunas normativas (pues es claro que no pueden normar toda la vida práctica). El reconocimiento de principios evita esto. Por el contrario, un sistema jurídico compuesto sólo por principios pierde vinculatoriedad y determinación jurídica. La inclusión de reglas evita esto. Por lo tanto, un sistema jurídico que sea capaz de colmar las lagunas normativas y además cumpla las exigencias de certeza y seguridad jurídicas, debe estar constituido por reglas y por principios.

DÉCIMO OCTAVA.- Según se vio, los principios son normas jurídicas que, al igual que las reglas, prescriben deberes o consecuencias jurídicas y, a diferencia de ellas, son el único medio por el cual se puede formular la pretensión de corrección. Estos principios son mandatos que ordenan que algo sea realizado, aun cuando no contienen un supuesto de hecho ni especifican los casos en los cuáles deben aplicarse.

DÉCIMO NOVENA.- Aunque los principios y las reglas son, por todas estas razones, conceptualmente distintos, nadie rechaza que tengan propiedades en común. Una de esas propiedades es su carácter *prima facie*. Este carácter significa que los principios no contienen determinaciones respecto a su relación con otros principios, es decir, se requiere de un método de ponderación que resuelva el caso en concreto concediendo precedencia a un principio frente a otro. En el caso de las reglas, su carácter

*prima facie* delata la posibilidad de que los principios que les respaldan sean desplazados por otros principios; en ese caso tendrían que ceder su validez a favor de las reglas que exige el principio precedente.

VIGÉSIMA.- Alexy reconoce explícitamente la sinonimia entre principios y valores. Esta resulta innegable porque los principios son la expresión de la pretensión de corrección. Sin embargo, entre ambos hay algunas diferencias, por ejemplo, los principios tienen un carácter deontológico y los valores un carácter axiológico. Esto lleva a la conclusión de que una vez ponderados, los principios dicen que es lo debido *prima facie*, mientras que los valores dicen que es lo mejor *prima facie*.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La teoría de los principios y la teoría de la argumentación jurídica de Alexy son la base de la conformación de un sistema jurídico de tres niveles: el nivel de las reglas, el nivel de los principios y el nivel de los procedimientos. Los dos primeros constituyen el lado pasivo del sistema jurídico, mientras que el último nivel es el lado activo.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Para definir y contener el alcance normativo de un principio, es necesario acudir a un método de aplicación que se adecúe a las mínimas exigencias de racionalidad del discurso jurídico. Dado que los principios poseen una estructura distinta a la de las reglas, ese método debe ser distinto al de la subsunción (que es el método por el cual se aplican las reglas).

VIGÉSIMO TERCERA.- En el caso de colisiones entre principios, y a falta de una determinación *a priori*, el método más racional para conseguir una decisión jurídica correcta es la ponderación.

VIGÉSIMO CUARTA.- El principio de proporcionalidad, o ponderación, se divide a su vez en tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en estricto sentido. Cada uno de ellos cumple funciones diferentes. El de idoneidad busca que las medidas adoptadas para la máxima realización de un principio sean adecuadas, o sea, que efectivamente sirvan para la optimización del principio. El de necesidad asegura que la medida seleccionada sea la que mayor

beneficia al principio que se pretende optimizar y, al mismo tiempo, que no cause un mayor perjuicio al principio desplazado. El de proporcionalidad en estricto sentido sirve para determinar la precedencia de un principio frente a otro.

VIGÉSIMO QUINTA.- La ponderación de principios es el método que sugiere Alexy para determinar la fuerza o el peso de los principios que se encuentran en una situación de colisión. Si un principio tiene mayor peso que otro, en las circunstancias específicas del caso, entonces la aplicación de su contenido normativo es preferible a la del(os) principio(s) que interfiere(n) con su realización.

VIGÉSIMO SEXTA.- Para saber cuándo un principio es preferente a otro, Alexy propone una fórmula que exprese la relación de los pesos de cada principio. Si un principio tiene mayor peso que otro, la fórmula expresará numéricamente la diferencia.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Este trabajo ha tenido por objetivo general dar cuenta de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. En él se ha tenido que hablar de diferentes aspectos de su propuesta: la teoría del discurso práctico, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de la validez del Derecho, la teoría de los principios y la teoría de la ponderación. En conjunto, como es fácil de advertir, todas estas teorías forman un sistema teórico que habla a favor de la tesis de que sí es posible la justificación de las decisiones jurídicas.

VIGÉSIMO NOVENA.- El objetivo más particular, o sea, responder a la pregunta de si el método de ponderación de principios de Alexy es un método racional para justificar una decisión jurídica cuando tienen lugar colisiones entre principios, fue resuelto de manera afirmativa. En el último capítulo de este trabajo se concluyó que la ponderación se ajusta de manera coherente a las tesis y presupuestos que demanda todo su sistema teórico, es decir, la ponderación de principios es un método racional que se sigue lógicamente de la aceptación de su teoría de los principios (que incluye la tesis de la pretensión de corrección), de su teoría de la validez del Derecho (que formula los criterios de validez jurídica y defiende una conexión conceptual entre Derecho y moral) y de su teoría de la argumentación jurídica (que incluye su tesis del caso especial).

TRIGÉSIMA.- El método de ponderación de principios de Alexy no es el único ni el final. Hay algunos otros modelos que pretenden distintas clases de justificación o que buscan encajar mejor con el paradigma positivista (por ejemplo, el de Jacco Bomhoff expuesto en su “Genealogies of Balancing as Discourse”, o el de Stephen Gardbaum expuesto en su “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, o el de Thomas M. Franck expuesto en su “Proportionality in International Law”, todos publicados en el 2010). Todos ellos merecen igual atención. Quizás con la implementación de nuevos recursos lógicos se pueda perfeccionar este método argumentativo; mientras tanto, como lo dice Alexander Aleinikoff (en su “Constitutional Law in the Age of Balancing” de 1987), tenemos que reconocer que en la Teoría del Derecho se vive una nueva época: la época de la ponderación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.
- ALEINIKOFF, Alexander, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, 1987, pp. 943-1005.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2010.
- , "Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin", *1<sup>st</sup>. Conference on Philosophy and Law. Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010, pp. 1-22.
- , *Derechos sociales y ponderación*, trad. Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2<sup>a</sup>, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pp. 572-581.
- , *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2004.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- , "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 2, 2000, pp. 138-147.
- , "La naturaleza de la Filosofía del Derecho", *Associations*, 7, 2003, pp. 63-75.
- , *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, 1994.
- , "Basic Rights and Democracy", en Jürgen Habermas, "Procedural Paradigm of Law", *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, pp. 227-238.
- , *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1993.

- , “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 37-58.
- , “Robert Alexy”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1, Alicante, 1984, pp. 15-17.
- , RAZ, Joseph y BULYGIN, Eugenio, *Una Discusión Sobre La Teoría Del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- e IBÁÑEZ, Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2006.
- y BULYGIN, Eugenio, *La pretensión de corrección del Derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre Derecho y moral*, trad. Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ARAÚJO RENTERÍA, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12, Montevideo, t. II, 2006, pp. 853-877.
- ARISTÓTELES, *La política*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 2ª, 2000.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, Alicante, 2001, pp. 671-687.
- , “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1997, pp. 245-266.
- , “A vueltas con la ponderación”, *la Razón del Derecho*, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. [En línea] <http://www.enfoquederecho.com/sites/www.enfoquederecho.com/files/images/Atienza.pdf>.
- ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.
- , *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona,



- Ariel, 1996.
- ATRIA, Fernando, *On law and legal reasoning*, Oxford, 2001.
- AUSTIN, John, *How to do Things with Words*, Oxford University Press, 1962.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 3ª, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , "The rationality of balancing", *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, ARSP, vol. 92, núm. 2, 2006, pp. 195-208.
- BIX, Brian, "Ideals, Practices, and Concepts in Legal Theory", *1<sup>st</sup>. Conference on Philosophy and Law. Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010, pp. 1-23.
- , "Robert Alexy, Radbruch formula, and the Nature of Legal Theory"; *Rechtstheorie*, 37, 2006, pp. 139-149.
- BOMHOFF, Jacco, "Genealogies of Balancing as Discourse", *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, pp. 108-139.
- BULYGIN, Eugenio, "Alexy between positivism and non-positivism", Universidad de Buenos Aires, *1<sup>st</sup> Conference on Philosophy and Law. Neutrality and Theory of Law*, Girona, 2010, pp. 1-19.
- , "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality"; *Ratio Juris*. vol. 13, núm. 2, 2000, pp. 133-137.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª, 2003.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid, "De la cientificidad a la racionalidad del discurso dogmático jurídico (el puesto de la razón práctica en la dogmática jurídica)", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 11, 2007, pp. 335-348.
- CIANCIARDO, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, México, 2003, pp.891-906.
- , "Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial", *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 2001, pp. 105-138.

- CIURO, Miguel Ángel, “Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de principios”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 9-25.
- DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*. [En línea] <http://hig.com.ar/sumat/>.
- DI CASTRO, Elisabetta (coord.), *Estudios Filosóficos. Platón, Aristóteles, Carl Schmitt*, México, Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Casos Difíciles*, trad. Javier Esquivel, Crítica, Cuadernos de Filosofía, México, núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.
- , *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- FETERIS, Eveline, “Weighing and Balancing in the Justification of Judicial Decisions”, *Informal Logic*, vol. 28, núm. 1, 2008, pp. 20-30.
- , *Fundamentals of Legal Argumentation. A survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1999.
- FRANCK, Thomas, “Proportionality in International Law”, *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, pp. 230-242.
- GARCÍA Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARDBAUM, Stephen, “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *Law and Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2010, pp. 78-106.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, 1996.
- , *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, México, Rei, 1993.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, New York, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1961.
- HEAD, Naomi, “What are the dilemmas raised by post-positivism, and which

- school of critical theory best addressed them?” [En línea]  
<http://serhatuenaldi.com/pdf/postmodern-ism.pdf>.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Alianza, 1988.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, Alicante, 2000, pp. 77-104.
- KANT, Emmanuel, *La Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 4ª, 2005.  
-----, *Filosofía de la Historia*, trad. Eugenio Ímaz, México, 2ª, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.  
-----, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, México, Fontamara, 1993.
- LANDA, César, “Teorías de los derechos Fundamentales”. [En línea]  
<http://www.juridicas.unam-mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>.
- LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2006, pp. 93-114.
- LOPERA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, Alicante, 2004, pp. 211-243.
- MARTÍNEZ Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MENÉNDEZ, José y ODDVAR ERIKSEN, Erick (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Law and Philosophy Library, Springer, 2006.
- MORESO, José Juan, “Guastini sobre la ponderación”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2002, pp. 227-249.
- MOORE, George, *Principia Ethica*, Cambridge, 1989.
- MULLOCK, Philip, “Discussion. The inner morality of law”, en *Ethics*, vol. 84, núm. 4, 1974, pp. 327-331.
- NAVARRO, Pablo, “Normas condicionales y falacias naturalistas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, Alicante, 2007, pp. 601-616.

- NINO, Carlos, “Sobre los derechos morales”; *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7, Alicante, 1990, pp. 311-325.
- , *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- PECZENIK, Aleksander, “Kinds of Theory of Legal Argumentation”. [En línea] <http://peczenik.ivr2003.net/documents/draft2005.pdf>.
- PEÑA, Lorenzo, “Reseña de: G.H. von Wright, *Philosophical Papers*: vol. II: *Philosophical Logic*; vol. III: *Truth, Knowledge and Modality*”, en *Contextos*, núm. 8, Universidad de León, 1978. [En línea] <http://digital.csic.es/bitstream-/10261/12316/1/VONWRIGH.PDF>.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 40, 1992.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, trad. María Dolores González; 2ª, FCE, 1995.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1975.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “La Tópica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg”, *Diánoia*, núm. 9, 1963, pp. 291-311.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991.
- RUÍZ MANERO, Juan, “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, Alicante, 2005, pp. 342-365.
- SALMERÓN, Fernando, *Ética analítica y Derecho*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara, “El principio de proporcionalidad como juicio de necesidad y la debida intensidad de control en su aplicación al Legislador”. [En línea] <http://www.acoes.es/pdf/ComuniMesa2SaraMucientes.pdf>.
- SOBREVILLA, David, *La Filosofía del Derecho alemana actual de orientación*

- racionalista*, México, Fontamara, 2008.
- , “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1996, pp. 97-113.
- STEVENSON, Charles, *Facts and Values: Studies in Ethical Analysis*, New Haven/London, 1963.
- , *Ethics and Language*, New Haven/London, 1944.
- SUÁREZ Llanos, Luís, “Razón práctica y argumentación en MacCormick: De la descripción a la justificación crítico-normativa”, en *Derechos y Libertades*, núm. 15, época II, 2006, pp. 173-210.
- TOULMIN, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 2003.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2002.
- (ed.), *Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- VELAZCO ARROYO, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría*, vol. 21, 1999, pp. 49-68.
- VIGO, Rodolfo, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, Alicante, 2005, pp. 203-224.
- VILARROIG, Jaime, “Dos contribuciones a la teoría de la argumentación jurídica: Neil MacCormick y Robert Alexy”. [En línea] <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi12/18.pdf>.
- VON WRIGHT, Henrik, *The Logic of Preference*, Edinburg University Press, 1963.
- WALUCHOW, Wilfrid, “Legal Positivism, inclusive versus exclusive”, en E. Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, 2008. [En línea] <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>