

# 56

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO

Directores: Carlos Arturo Hernández • Santiago Ortega Gomero

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y PRETENSIÓN DE  
CORRECCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO  
DISCURSIVO DE ROBERT ALEXY



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

# 56

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y PRETENSIÓN DE  
CORRECCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO  
DISCURSIVO DE ROBERT ALEXY

HERNÁNDEZ

ORTEGA

EDITORES

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ  
SANTIAGO ORTEGA

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y  
PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN EN  
EL CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO  
DE ROBERT ALEXY

EDITORES

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ  
SANTIAGO ORTEGA



**UNIVERSIDAD LIBRE®**



COLECCIÓN  
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS  
DEL DERECHO

---

56

Directores

Carlos Arturo Hernández

Santiago Ortega Gómero

PRINCIPIOS, PONDERACIÓN Y  
PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN EN  
EL CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO  
DE ROBERT ALEXY

AUTORES

GIORGIO BONGIOVANNI, DAVID BILCHITZ,  
MIGUEL NERIA, CHRISTIAN NORBERTO, JUAN MANUEL ÁVILA,  
ALESSIO SARDO, ANDRÁS JAKAB, PENG-HSIANG WANG  
Y SANTIAGO ORTEGA

2017

Principios, ponderación y pretensión de corrección en el constitucionalismo discursivo de Robert Alexy / Giorgio Bongiovanni ... [et al.]; Carlos Arturo Hernández Díaz, Santiago Ortega Gomero directores. -- Bogotá: Universidad Libre, 2017.

214 p.; 22 cm. -- (Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-8981-63-5

1. Derecho constitucional 2. Interpretación del derecho I. Bongiovanni, Giorgio II. Hernández Díaz, Carlos Arturo, dir. II. Ortega Gomero, Santiago, dir.

342 SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN impreso 978-958- 8981-63-5

ISBN online 978-958- 8981-64-2

Principios, Ponderación y Pretensión de Corrección en el Constitucionalismo Discursivo de Robert Alexy

© Autores: Giorgio Bongiovanni, David Bilchitz, Miguel Neria Govea, Christian Norberto Hernández Aguirre, Juan Manuel Ávila Silva, Alessio Sardo, Andrés Jakab, Peng-Hsiang Wang y Santiago Ortega

Editores: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega

© Universidad Libre

Colección: Tendencias Contemporáneas del Derecho

Directores: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega Gomero

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - agosto de 2017

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Corrección de estilo: Katherine Buitrago

Imagen portada: <http://www.eteraestudios.com>

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 1000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

## COMITÉ CIENTÍFICO

---

### **Bruno Celano**

Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho  
Università degli. Studi di Milano, Italia

### **Alejandro Robledo Rodríguez**

Doctorando en Filosofía  
Instituto de Humanidades  
Universidad Diego Portales, Chile

### **Maximiliano Alberto Aramburo Calle**

Doctorado Universidad de Alicante

### **Jorge Luis Fabra Zamora**

M.A. Student, Mcmaster University

### **Xavier Díez de Urdanivia**

Doctor en Derecho Universidad Complutense, Madrid

### **Silvina Pezzetta**

Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho  
De la Universidad Nacional de Rosario

### **Mario Jori**

Università degli Studi di Milano

### **Enrico Diciotti**

Università degli Studi di Siena -Mario Jori, Italia

### **Francesco Viola**

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Palermo Italia -Marc Van Hoecke

**PAR EVALUADOR**

**Rafael Santa Cruz Lima**

Universidad del Estado de México

**Jorge Fabián Villalba**

Universidad Católica de Córdoba Argentina

**Néstor Orlando Varón**

Universidad Libre

**DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE**

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente Nacional: Jorge Gaviria Liévano

Rector Nacional: Fernando Enrique Dejanón Rodríguez

Secretario General: Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional: Ricardo Zopó Méndez

Director Nacional de Planeación: Omeiro Castro Ramírez

Directora Nacional de Investigaciones (e): Elizabeth Villarreal Correcha

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano Facultad de Derecho: Carlos Arturo Hernández Díaz

Secretario Académico: Nelo Armando Cañón Suárez

Director Centro de Investigaciones: John Fitzgerald Martínez Vargas

## CONTENIDO

---

Presentación	9
<i>Santiago Ortega Gomeró</i>	
Robert Alexy y el neoconstitucionalismo	21
<i>Giorgio Bongiovanni</i>	
Necesidad y proporcionalidad: ¿hacia un enfoque equilibrado?	49
<i>David Bilchitz</i>	
Ponderación de principios y Discreción judicial	95
<i>Miguel Neria Govea, Christian Norberto Hernández Aguirre y Juan Manuel Ávila Silva</i>	
Alexy, proporcionalidad y pretensión de corrección: Una introducción crítica	115
<i>Alessio Sardo</i>	
Concepto y función de los principios. Una crítica a Robert Alexy	139
<i>András Jakab</i>	
¿Incorporación mediante ponderación? Comentarios críticos a la Tesis de la Necesaria Incorporación de Alexy	169
<i>Peng-Hsiang Wang</i>	
Pretensión de corrección, razón práctica y naturaleza dual del Derecho	193
<i>Santiago Ortega</i>	





## PRESENTACIÓN

La obra de Robert Alexy ha tenido una amplia repercusión en la filosofía del derecho y el derecho constitucional contemporáneo. Este volumen incorpora varios ensayos de profesores procedentes de diferentes partes del mundo y cuyo estudio sobre diversos aspectos del pensamiento de Alexy es indispensable.

El primer ensayo de Giorgio Bongiovanni, profesor de la Universidad de Bolonia, Italia, no ofrece una interpretación del libro de Alexy *Begriff und Geltung des Rechts*, un famoso texto en el cual se contraponen el constitucionalismo y el legalismo. En el referido libro, “Alexy propone un constitucionalismo “templado” (*gemäßigten Konstitutionalismus*), es decir, una teoría jurídica que, a partir de una interpretación por “valores” de los sistemas constitucionales, intenta mediar la dimensión moral del derecho con sus caracteres institucionales”.

La referida interpretación por “valores” de Alexy tiene dos consecuencias: “por un lado, que, en base a esta consideración de la Constitución, el derecho no se reduce a la ley, sino que el primer concepto tiene un ámbito más amplio en relación a estos principios; por otro lado, que todas las actividades de aplicación del derecho no pueden ser consideradas como de simple subsunción del caso a la norma sino que la decisión jurisprudencial debe ser vista como una actividad de ponderación y balanceo de los distintos principios respecto a los casos. En el lado opuesto del legalismo, que a partir de las primeras posiciones de E. Forsthoff llega hasta las consideraciones de E.W. Böckenförde, aparecen

diferentes objeciones a esta interpretación de la Constitución y los derechos”.

Según afirma Bongiovanni, se pueden indicar cuatro direcciones de análisis. En primer lugar, Schmitt entendió que la referencia a los valores en la interpretación del Derecho conduce a la negación del pluralismo y, por tanto, a la formación de jerarquías de valores y disvalores.

En segundo lugar, los valores significarían el desplazamiento de los espacios de deliberación social pues implicarían el decisionismo de los jueces y un amplio margen para la discrecionalidad política.

En tercer lugar, según Forsthoff al recurrir a los valores, se extiende incontroladamente el ámbito de intervención del Estado en la vida social.

Finalmente, desde el punto de vista del positivismo jurídico, recurrir a los valores significaría la pérdida de la certidumbre en el Derecho y, por tanto, la afectación de un valor tan importante como la seguridad jurídica.

Pero retomemos la idea de Alexy de un constitucionalismo templado, el cual se resume en tres argumentos: a) El autor propone una teoría de corte no - positivista fundamentada en una conexión débil entre derecho y moral; b) Una teoría de esta naturaleza implicaría la ampliación del concepto de derecho en sus aspectos procesales; c) En tercer lugar, sobre el problema de quién decide, la teoría propuesta señala la existencia de una jerarquía de los argumentos en la interpretación que median entre reglas y principios.

En la obra de Alexy “la tesis de la conexión se construye en contraposición con la conocida tesis positivista de la separación. Para este último el derecho puede tener cualquier contenido y, por este motivo, no incluye elementos morales,

o, más concretamente, sostiene que no existe una necesaria conexión conceptual entre derecho y moral. El concepto de derecho es por ello definible, en esta última perspectiva sobre la base de dos elementos fundamentales: la positividad (concepto de derecho como legislación) y la eficacia. La tesis de la conexión se desarrolla en relación a dos casos: en primer lugar, respecto a la ley injusta. Esto corresponde, en la visión de Alexy, a los casos excepcionales; en segundo lugar, frente al perfeccionamiento del derecho, es decir, para su funcionamiento ordinario”.

Ahora bien, en la teoría de Alexy el papel desempeñado por el poder judicial está estrechamente relacionado al centro del argumento de los principios. “Alexy sostiene que sobre la base de la complicación estructural del derecho introducida por los sistemas democrático-constitucionales (incorporación de los principios en el sistema jurídico), el rol del juez se convierte en no más que un simple ejecutor del derecho, sino que su función se amplía en dirección del balanceo entre diversos principios”.

En gran medida, la concepción del rol de los jueces en el constitucionalismo está definido por la conexión entre derecho y moral desarrollado a partir de tres tesis: la tesis de la incorporación, la tesis de la moral y la tesis de la corrección.

Asimismo, la interpretación se define según dos dimensiones una práctico/normativa y otra institucional. Desde la dimensión práctico/normativa la interpretación tiene por objeto lo obligatorio, prohibido, permitido y autorizado en las normas jurídicas; y la dimensión institucional tiene lugar en un contexto autoritativo, es decir, que en caso de divorcio hay una instancia que decide con efecto vinculante.

Como afirma Bongiovanni “si se considera globalmente el enfoque alexiano, parece evidente que buena parte de sus tesis relativas a la conexión entre derecho y moral no son otra cosa que una aplicación de la *Sonderfallthese*, la tesis es que el discurso

jurídico forma parte del discurso práctico racional (Alexy 1998). Esta premisa permite a Alexy sostener tanto la pretensión de corrección, como la idea de la interpretación como argumento, es decir, como caso especial de “la argumentación práctico general o del discurso práctico general”.

Si observamos detalladamente, sería la tesis del caso especial la que posibilita la configuración del problema de la conexión entre derecho y moral. Aunque, se debe reconocer que esto no parece convincente porque, siguiendo a Bongiovanni, la tesis de la conexión puede estar basada en argumentos de tipo empírico o histórico-evolutivo. “Esta segunda vía, que privilegia el dato de la incorporación de los principios al interior de los sistemas jurídicos contemporáneos, permite, además, la conjugación de las consideraciones de Alexy con todas las teorías de derivación positivista que en la consideración de la simple validez formal de las normas han añadido la necesidad de la valoración de su validez material”.

El ensayo David Bilchitz, profesor de la Universidad de Johannesburgo, Sudáfrica, está concentrado en el análisis de uno de los pasos del test de proporcionalidad: el examen de necesidad. Para Bilchitz, “la proporcionalidad, en última instancia, trata de evaluar los beneficios obtenidos por la medidas de infracción contra los daños causados por violar los derechos fundamentales. Los jueces han desarrollado un proceso de razonamiento para dar estructura a dicho análisis. La primera parte de este proceso implica considerar el propósito de la medida que limita un derecho fundamental”.

En su ensayo, Bilchitz desarrolla una interpretación estricta de la necesidad y las diversas dificultades que se producen, para ello divide los elementos de esta interpretación en cuatro sub-componentes: el componente posible que es “una gama de posibles alternativas a las medidas que el gobierno quiere emplear

deben ser identificadas”, el componente instrumental que es “la relación entre la medida gubernamental bajo consideración, las alternativas identificadas en SN1 [el componente posible] y el objetivo que se pretende lograr debe ser determinado. Sólo aquellos que son “alternativas” igualmente eficaces para lograr el objetivo deben seguir siéndolo para su consideración en las siguientes partes del examen”; el impacto del componente, en el cual “las diferentes repercusiones en los derechos fundamentales de la medida y las alternativas identificadas en SN2 [el impacto del componente] deben ser determinadas; y, el componente comparativo, el cual indica que “una comparación global debe ser emprendida entre la medida gubernamental y las posibles alternativas y un juicio sobre si la medida adoptada por el gobierno es la menos restrictiva de los derechos en cuestión que pueda lograr el objetivo del gobierno en comparación con todas las otras posibles alternativas igualmente eficaces”.

En su ensayo, Bilchitz ha querido analizar y profundizar en el componente de la necesidad del principio de proporcionalidad. Con tal finalidad, explica lo que ha denominado como la interpretación estricta de la necesidad, asimismo, demuestra que una interpretación estricta de la necesidad puede generar dos problemas opuestos: “o se considera demasiado fuerte la deferencia sustancial por parte de los tribunales de otras ramas o es demasiado débil, como resultado de una construcción estricta del componente de igual efectividad”.

Del mismo modo, el autor reflexiona sobre la interpretación estricta de la interpretación en cuatro partes y examina cada una de ellas, pudiendo demostrar que en cada parte se presentan juicios cualitativos y normativos que implican que la interpretación estricta no puede justificarse adecuadamente. Por ello, el autor es partidario de una interpretación moderada del examen de necesidad.

“La interpretación moderada de la necesidad deja en claro que los tribunales ya no son necesarios para evaluar las medidas gubernamentales contra un estándar excesivamente alto”. La idea de una interpretación moderada del examen de necesidad implica que “sólo las medidas con una fuerte relación con el objetivo que pretenden alcanzar puede justificar una invasión de los derechos fundamentales. Ese proceso requiere tribunales a través de las diferentes etapas de la interpretación moderada de la necesidad”.

La finalidad del examen de necesidad es proporcionar una explicación de la relación entre los medios, objetivos y derechos. “La disciplina de este proceso de razonamiento ayuda a identificar defectos en cualquier intento de justificación de la limitación de los derechos fundamentales”, y este proceso es esencialmente normativo y cualitativo.

Finalmente, el autor concluye que “los derechos fundamentales no son absolutos sino que merecen una protección fuerte. La forma en que se realiza el examen de necesidad puede tender hacia cualquiera de estos derechos de representación absoluta ofreciendo poca protección” y por ello, Bilchitz desea demostrar que “una interpretación más moderada es posible, no solo brindando una protección significativa para los derechos sino que permite su limitación en circunstancias deseables”.

En su ensayo incorporado en este libro, Alessio Sardo, investigador de la Universidad Luigi Bocconi, Italia, intenta una “reconstrucción esencial del principio de proporcionalidad, tal y como es teorizado por Robert Alexy”, pero no sólo ello, sino que el autor formula algunas aclaraciones alrededor de las implicaciones o presuposiciones relacionadas con el mencionado principio.

Sardo nos recuerda que de acuerdo a la tesis de Alexy, “los derechos fundamentales serían predicados sobre tres posiciones

que establecen una relación entre beneficiario/s, destinatario/s y situación. Entre los derechos fundamentales y la proporcionalidad existiría una *conexión necesaria* (verdadera en todos los mundos posibles), que no depende tanto del derecho positivo, sino de la *naturaleza* misma de los derechos fundamentales. Estos deben ser concebidos no ya como “mandatos definitivos” (*definitive Gebote*) –es decir, “reglas” (*Regeln*)– sino como “mandatos de optimización” (*Optimierungsgebote*) –es decir, “principios” (*Prinzipien*)– que exigirán a las autoridades jurídicas, y sobretodo a los jueces constitucionales, *maximizar* los fines últimos del ordenamiento, teniendo siempre en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”.

Asimismo, recuerda que el juicio de proporcionalidad se divide en tres etapas. “En la primera fase se decide la *idoneidad* (*Geeignetheit*) de la acción (o medida) respecto a los principios del ordenamiento, mediante un juicio de racionalidad técnico de tipo *medio - fin*. En la segunda fase por el contrario, se investiga la llamada necesidad (*Erforderlichkeit*) de la acción, tratando de “verificar” si existen otras medidas capaces de optimizar un cierto principio *P1* de forma tan eficaz, pero menos invasiva frente a un segundo principio *P2*, que asume estar en conflicto con *P1*. En la tercera y última fase, la *proporcionalidad* (o el *balanceo*) *en sentido estricto* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*), se desarrolla la operación más delicada de todo el procedimiento: el órgano decisor establece el valor relativo de los principios en juego”.

Para Alexy la tesis de la conexión necesaria entre los principios constitucionales y el test de proporcionalidad se demostraría en virtud de la doble naturaleza del derecho y su pretensión de corrección. Según la doble naturaleza, los derechos fundamentales pertenecen al derecho positivo, pero ello no es suficiente para explicar la ontología de los derechos



porque no sólo están compuestos de una dimensión real, que implica su positivización, sino también una dimensión ideal.

“Más en general, Alexy señala que el derecho se compone de tres elementos: i) la promulgación autoritativa (*autoritative Gesetztheit*); ii) La eficacia social (*soziale Wirksamkeit*); iii) la corrección sustancial (*material Richtigkeit*). A diferencia del iuspositivismo, una teoría no-positivista, como la suya, también reconoce la importancia del tercer elemento”.

En relación a la pretensión de corrección, el control de constitucionalidad, uno de los elementos del constitucionalismo discursivo de Alexy, estaría necesariamente vinculado a esta dimensión, en la cual cada prescripción jurídica plantearía una pretensión de corrección moral y la pretensión de corrección misma exigiría que cada decisión sea lo más racional posible.

Finalmente, el autor indica que si bien “Alexy, ciertamente, tiene razón cuando afirma que tanto la aserción, como la prescripción son identificables como tales en virtud del compromiso a ciertas consecuencias pragmáticas atribuibles al emisor en un determinado contexto; él también tiene razón cuando afirma que, cuando quien diga o quien prescriba no tenga, respectivamente, competencia epistémica o práctica, no pueda transmitir un título válido para inferir algunas otras informaciones, o para actuar en cierto modo - cosa que implicaría la legitimidad de no creer, o de no obedecer por parte del destinatario. Sin embargo, se equivoca al considerar a los principios morales (“no mentir”, “no abusar de la confianza”, “mantén la palabra dada”, etcétera) como condiciones constitutivas de la prescripción y/o condiciones para la adscripción de una titularidad inferencial a la autoridad que emite la prescripción”.

El profesor András Jakab, miembro de la Academia Húngara de Ciencias, comienza su ensayo efectuando una pregunta

fundamental: *¿Qué son los principios?* En su ensayo, Jakab analiza críticamente la teoría de los principios de Robert Alexy. Desde su punto de vista, los “principios” no deben ser concebidos como estructuralmente diferentes a las “reglas”.

Según muchos autores, en un ordenamiento jurídico, los principios (*Grundsätze*) y las reglas (*Normen*) exhiben diferentes estructuras lógicas. Esta afirmación es altamente cuestionable. En términos generales, Alexy está de acuerdo con esta diferenciación, pero mantiene sus diferencias con autores como Dworkin, quien “atribuye a las reglas –en contraposición a los principios – el carácter de todo-o-nada y sostiene que las excepciones pueden generalmente ser enumeradas en forma exhaustiva. Alexy afirma que *ambas* normas y principios tienen excepciones que no pueden ser enumeradas taxativamente”.

A diferencia de Dworkin, Alexy sugiere aplicar la “optimización” como criterio diferenciador. “En este sentido, los principios de optimización son imperativos, es decir, los imperativos que pueden cumplirse en distintos grados (postulado de optimización). En contraste, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas. Por consiguiente, son imperativos definitivos. Con esta formulación, Alexy básicamente reformula el criterio Dworkiniano, de modo que ya no es vulnerable a la mencionada objeción en relación a las salvedades”.

Por ello, el autor afirma que “los principios no son lógicamente diferentes de las reglas en su estructura. Los principios son *muy importantes* (o fundamentales o básicos) generales (es decir, de contenido indeterminado) reglas (o con otras palabras: decisiones estructurales, *Strukturentscheidungen*). La designación como un “principio” expresa esta importancia. Así que si designamos o no una regla general como un principio entonces funciona como un artilugio *retórico*. Dicha promoción terminológica, sin embargo, sólo debe utilizarse en casos de normas muy generales.

Normalmente, sería inverosímil para hablar de la *importancia* fundamental de una regla concreta minuciosamente”.

“Y entonces, ¿cuál es la función de estas *muy importantes* reglas generales? Ellas, naturalmente, tienen la función habitual de las normas: pueden ser normas de conducta. Debido a su carácter muy general, esto significa que actuarían indirectamente principalmente, aunque no de forma directa, para controlar la conducta (es decir, por medio de interpretación de reglas concretas). Debido a su carácter muy general, esto significa que actuarían indirectamente principalmente, aunque no de forma directa, para controlar la conducta (es decir, por medio de interpretación de reglas concretas)”.

En el ensayo del profesor Peng-Hsiang Wang, del *Institutum Jurisprudentiae* de la Academia Sínica de Taiwán, se critica la tesis de la necesaria incorporación de Alexy, “que sostiene que los principios morales son necesariamente incorporados al derecho en virtud de la obligación judicial de aplicar y ponderar principios en los casos difíciles”. Con la finalidad de concretar su crítica, Wang argumenta que “aunque la incorporación por ponderación es un argumento irracional, la tesis de la conexión puede sostenerse sin recurrir a la tesis de la necesaria incorporación”.

Según afirma Wang, la incorporación mediante ponderación es un argumento falaz y la tesis de conexión como una pretensión doctrinal puede ser defendida sin recurrir a la tesis de la necesaria incorporación. Para Alexy, “los principios morales necesariamente figuran en el razonamiento jurídico porque el derecho positivo tiene necesariamente una textura abierta. Esto parece como si los principios morales sólo entrasen en juego en los casos difíciles, en otras palabras, los principios morales no influyen en las decisiones judiciales siempre que las razones del derecho positivo estén disponibles. Sin embargo, es erróneo asumir que los principios sólo funcionan como conectores para

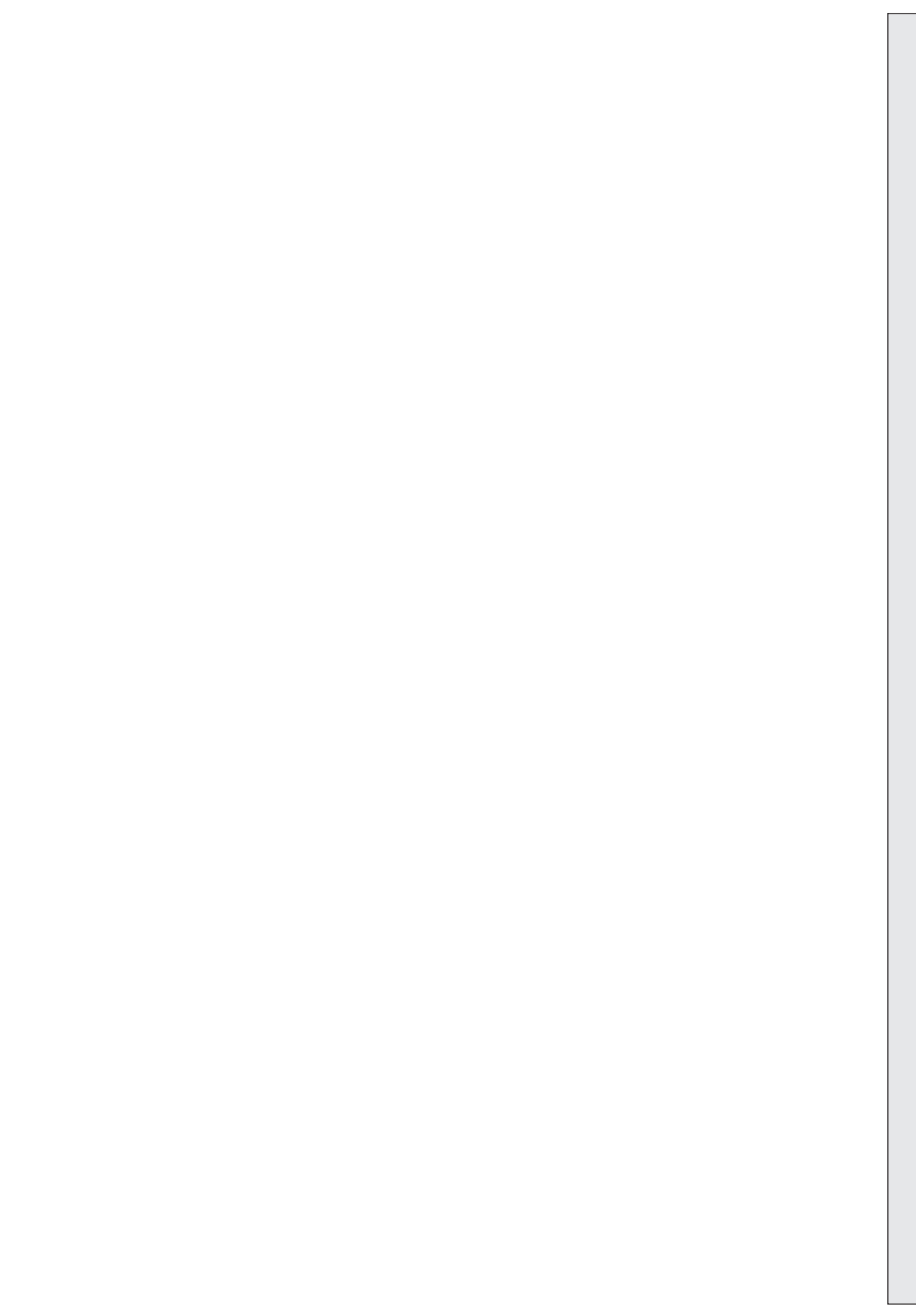
llenar el vacío dejado por el derecho positivo. Por el contrario, los principios morales juegan un papel fundamental a la hora de decidir lo que exige la ley”.

Finalmente en su ensayo sobre Ponderación de principios y Discreción Judicial, Neria, Hernández y Ávila, profesores de la Universidad Autónoma de Baja California, México, afirman que los jueces para realizar su función, tienen un margen de discreción, sin embargo, sus funciones no están exentas de controversias, principalmente en torno al alcance de la discrecionalidad del juzgador, en la interpretación constitucional en relación a los derechos humanos.

A pesar de corrientes formalistas que constriñen la función interpretativa del Juzgador, para fortalecer la idea de Seguridad Jurídica, la constitución contiene una carga axiológica, valores o principios que estructuran todo el sistema jurídico. Estos principios, debido a su forma y funcionalidad obligan al Juzgador a determinar el alcance de cada uno de ellos en casos específicos. Situación que se ve en particular cuando existe materia de Derechos Humanos que resolver. Por ello, en su ensayo buscan analizar cuáles son los métodos argumentativos en la discreción judicial respecto de los derechos humanos y si resulta viable la ponderación de principios como método para justificar de manera racional, el uso de la discreción judicial a la hora de interpretar los derechos humanos.

Finalmente, para los autores, lo central de la argumentación constitucional es dar razones de porqué los valores o derechos en ciertos casos predominan sobre otros y en qué medida van a tener predilección de interferencia sobre otros derechos y valores, y con esas razones, se racionaliza el uso de discrecionalidad judicial a la hora de interpretar derechos humanos.

Santiago Ortega Gomero



ROBERT ALEXY Y EL  
NEOCONSTITUCIONALISMO

*Giorgio Bongiovanni*



## 1. INTRODUCCIÓN

El análisis que sigue propone una interpretación de *Begriff und Geltung des Rechts* de Robert Alexy al interior de la contraposición entre constitucionalismo y legalismo. Esta contraposición, desarrollada entre otros por el propio Alexy (1987), hace referencia a dos direcciones contrapuestas de la teoría jurídica y de la conceptualización de los sistemas constitucionales contemporáneos que se han desarrollado en Alemania en relación con la interpretación de la Constitución. Con respecto a esta contraposición, la teoría de Alexy propone un constitucionalismo “templado” (*gemäßigten Konstitutionalismus*) (Alexy 1987, 407)<sup>1</sup>, es decir, una teoría jurídica que, a partir de una interpretación por “valores” de los sistemas constitucionales, intenta mediar la dimensión moral del derecho con sus caracteres institucionales<sup>2</sup>. Este aspecto surge, en primer lugar, en la propuesta de una conexión “débil” entre derecho y moral y, en segundo lugar, en la clasificación de los argumentos de la interpretación y su jerarquía descubierta en otras partes de su obra<sup>3</sup>. La propuesta de un constitucionalismo “templado” parece motivada desde distintos

---

<sup>1</sup> He subrayado este aspecto en Fiore 1997.

<sup>2</sup> Según Alexy 1997, 21, este carácter corresponde a la inclusión del concepto de validez en el de derecho y a la consideración de los “procesos de creación, aplicación y afirmación del derecho”. Según Ferrari 1997, 201, “la institucionalidad de los modelos normativos implica necesariamente la referencia a *poderes decisorios*, de carácter general o particular, sobre la formación y la aplicación de las normas de las que se trate”.

<sup>3</sup> En particular en Alexy 1986.



puntos de vista: por un lado, la necesidad de no caer en las aporía del iusnaturalismo; por el otro, en la de permitir un tratamiento jurídico y jurisprudencial del conflicto entre valores y principios. Este último aspecto marca en particular la comparación con el iuspositivismo: a partir de la distinción dworkiniana de reglas y principios, Alexy propone la superación de la tesis separatista.

Este recorrido se realiza en el interior de una análisis desarrollado por argumentos y contra-argumentos y que conduce a lo que según Alexy puede ser una definición adecuada del derecho en los sistemas contemporáneos. Este análisis, que en sus rasgos esenciales resulta convincente y sostenible, deja sin embargo abiertas una serie de interrogantes tanto respecto a las modalidades de la fundación de la tesis de la conexión, como en relación al modelo “economicista” de tratamiento de los principios<sup>4</sup>, que parece basarse, casi exclusivamente, sobre las posibilidades “racionales” de la teoría de la argumentación.

## 2. CONSTITUCIONALISMO Y LEGALISMO

La distinción entre constitucionalismo y legalismo se remite al debate sobre los derechos fundamentales que se ha desarrollado en Alemania a raíz de las decisiones del *Bundesverfassungsgericht* y, en particular, a partir de la sentencia Luth de 1958. El tribunal alemán ha interpretado la parte de la Ley fundamental (*Grundgesetz*) dedicada a los derechos como “*objektive Wertordnung*”, es decir, como un orden de valores objetivo. Este orden de valores que es la expresión de una decisión fundamental de derecho constitucional se plantea, a su vez, como impulso para todos los sectores de la actividad jurídica del Estado. Para Alexy este último efecto puede ser denominado como “irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) (Alexy 1987, 405): toda la actividad

---

<sup>4</sup> Modelo que es desarrollado por Alexy 1986.

jurídica está vista como vinculada al respeto y a la aplicación de este núcleo de valores. Ello se deriva, en lo que puede ser visto como el campo del constitucionalismo, una idea de Constitución que no se limita a ser un fundamento formal y procedimental para la producción del derecho ordinario<sup>5</sup>, pero que es vista como conteniendo un preciso sistema de valores<sup>6</sup> (libertad, dignidad, igualdad, principio del Estado de derecho, del Estado social, principio democrático) que plantea qué dirección debe tener todo el derecho positivo. Estos valores adquieren, con la constitucionalización, una dimensión objetiva y material: esto significa, en primer lugar, que estos valores son independientes de la cambiante voluntad de las mayorías políticas; en segundo lugar que, por su superioridad de rango, corresponde también a la jurisdicción ordinaria su protección más allá y también contra la letra de la ley.

Esto implica, según Alexy, otras dos consecuencias: por un lado, que, en base a esta consideración de la Constitución, el derecho no se reduce a la ley, sino que el primer concepto tiene un ámbito más amplio en relación a estos principios; por otro lado, que todas las actividades de aplicación del derecho no pueden ser consideradas como de simple subsunción del caso a la norma sino que la decisión jurisprudencial debe ser vista como una actividad de ponderación y balanceo de los distintos principios respecto a los casos (Alexy 1986). En relación al primer aspecto, se menciona la ordenanza de 1973 del *Bundesverfassungsgericht* (Alexy 1997, 7 ss.), que confirma una sentencia anterior del Tribunal Federal de Justicia que había ampliado la protección del derecho a la confidencialidad más allá de los casos previstos

---

<sup>5</sup> Es decir, una simple constitución-garantía o un simple *Rahmenordnung*. Para esta terminología véase Fioravanti 1991 y 1992; Gozzi 1995; Böckenförde 1991.

<sup>6</sup> Se trata de la división de la constitución como dirección o *Grundordnung*.

por la ley. En la motivación, el Tribunal Constitucional sostiene la sujeción del juez no solo a la ley, sino, según el art. 20 del *Grundgesetz*, al derecho y a la ley, interpretando tanto el derecho como algo que se pondrá en referencia directa con la protección de los valores constitucionales. Desde el segundo punto de vista, la visión de la actividad jurisprudencial (en particular de la constitucional) como actividad de balanceo tiene una dimensión normativa, como una descriptiva: en presencia de una pluralidad de principios es necesario que estos sean ponderados frente al caso individual; esto es, de hecho, lo que sucede en la jurisdicción constitucional.

En el lado opuesto del legalismo, que a partir de las primeras posiciones de E. Forsthoff llega hasta las consideraciones de E.W. Böckenförde, aparecen diferentes objeciones a esta interpretación de la Constitución y los derechos. Se pueden, esquemáticamente, indicar cuatro direcciones de análisis crítico. En primer lugar, a partir del análisis de C. Schmitt en la “Tiranía de los valores” (1970), se observó que la referencia a los valores en la interpretación del Derecho conduce a la negación de su pluralismo: ello da lugar tanto a la formulación de jerarquías de valores y disvalores, como a la afirmación de su incompatibilidad e irreconciliabilidad. El recurso a valores se revela incompatible con un verdadero pluralismo: la afirmación de determinados valores se realizará en detrimento de los que son negados. En segundo lugar, los valores representarían las simples formas de cobertura de un desplazamiento de los lugares de decisionalidad política: a través de ellos se escondería el decisionismo de los jueces y el margen de discrecionalidad política. Se trata, según la expresión de Beccaria, de derecho “terrible”: el juez puede decidir sin control democrático y a partir de sus preferencias de valor. En tercer lugar, basándose en los análisis de Forsthoff (1973) sobre el papel de los derechos individuales, se subraya que, mediante el

recurso a los valores, se amplía en forma incontrolada el ámbito de intervención del Estado en la vida social: de este modo, los derechos individuales pierden su función de “garantía” contra las intervenciones del poder público. Finalmente, y esta concepción acerca el legalismo al positivismo jurídico, el recurso a los valores conduciría a la pérdida de la certeza del Derecho: este último sería reducido a “evaluaciones día a día” (Böckenförde1990)<sup>7</sup> y adquiriría un estatuto abierto y difícilmente controlable.

Según Alexy (1987), esta contraposición puede ser sintetizada en cuatro rasgos principales:

- a) norma *versus* valor; se trata de la contraposición entre una concepción del derecho que incluye los valores y una que lo reduce a las normas positivas únicamente;
- b) subsunción *versus* ponderación; se trata del papel de la función judicial: si el juez debe aplicar la ley según el denominado “silogismo judicial” o la debe evaluar en relación con los “casos”.
- c) autonomía (*Eigenständigkeit*) de la ley *versus* omnipresencia de la Constitución; esta contraposición se desarrolla en relación a las diversas posibilidades interpretativas de los tribunales y a la contraposición entre la ley y derecho;
- d) la autonomía del legislador democrático en el marco de la constitución *versus* la omnipotencia de los tribunales, en particular del Tribunal Constitucional sobre la base de la Constitución; es decir, la diferente interpretación de la Constitución: en el primer caso, vista como simple marco, en el segundo, como orden de valores.

Estos cuatro aspectos son, en nuestra perspectiva, reducibles a dos rasgos principales: el primero de la teoría del derecho, el

---

<sup>7</sup> Citado según Fiore 1997, p. xxxii.

segundo de tipo político -constitucional. Desde el primer punto de vista, la cuestión es relativa a la interpretación de lo que es el derecho: si éste podría reducirse, según el modelo positivista, al único derecho formalmente válido o si, por el contrario, éste debe incluir evaluaciones de equidad y justicia. El segundo, la cuestión es relativa a quién decide qué es realmente el derecho, si los jueces y en particular el juez de la constitución o, por el contrario, el legislador<sup>8</sup>.

La propuesta de Alexy de un constitucionalismo templado puede ser sintetizada al interior de tres argumentos, del cual los dos primeros son relativos al concepto de derecho y el tercero relativo al problema del sujeto de la decisión. En primer lugar, Alexy propone una teoría no positivista del derecho basada en una conexión débil entre derecho y moral; en segundo lugar, esto implica una ampliación del concepto de derecho en sus aspectos procesales, es decir, la importancia, según la enseñanza realista, de los procesos de aplicación del derecho para su definición; por último, en relación al problema de quién decide, la propuesta de una jerarquía de los argumentos de interpretación que intenta mediar entre ley y principios de justicia<sup>9</sup>. Se trata de un intento que busca no caer, respecto a la definición del derecho, en una fundación iusnaturalista y en la afirmación de principios de justicia que prescinden del carácter positivo del derecho; y que, respecto al problema de la decisión, propone una solución en el que se establece una jerarquía de los argumentos interpretativos

---

<sup>8</sup> Este segundo aspecto de la contraposición constitucionalismo/legalismo ha sido especialmente señalado por Zagrebelsky 1992. Este problema está luego al centro de la reflexión italiana que se remite a la "teoría de los valores". Para una primera valoración, me permito remitirlos a Bongiovanni 1997.

<sup>9</sup> Esto corresponde a Alexy 1987, a la consideración del sistema jurídico como sistema organizado en tres niveles: de reglas, principios, procedimientos.

que ve el primado *prima facie* del legislador, es decir, los argumentos institucionales.

La propuesta de Alexy surge como evolución de la concepción positivista del derecho frente a nuevas realidades de los sistemas constitucionales. Se trata de una propuesta que, a partir de las premisas básicas del positivismo jurídico clásico<sup>10</sup>, destaca las modificaciones estructurales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y las consecuencias que se derivan para el pensamiento jurídico.

### 3. LA TESIS DE LA CONEXIÓN

De la compleja argumentación que Alexy utiliza para demostrar la tesis de la conexión entre derecho y moral se perfilan sólo los rasgos principales. La tesis de la conexión se construye en contraposición con la conocida tesis positivista de la separación. Para este último el derecho puede tener cualquier contenido y, por este motivo, no incluye elementos morales, o, más concretamente, sostiene que no existe una necesaria conexión conceptual entre derecho y moral. El concepto de derecho es por ello definible, en esta última perspectiva sobre la base de dos elementos fundamentales: la positividad (concepto de derecho como legislación) y la eficacia. La positividad es vista, en términos kelsenianos, como la conformidad procesal de las normas inferiores a las superiores mientras la eficacia es definida tanto desde el punto de vista externo (con referencia a la definición weberiana del derecho como ordenamiento coercitivo), tanto interno (con referencia al problema del consenso y del reconocimiento, sobre la base del análisis de Bierling, de las normas). Oportunamente, Alexy esboza un marco en el cual

---

<sup>10</sup> Desde este punto de vista, parece ir en esta dirección el análisis de la *Grundnorm* kelseniana desarrollada en Alexy 1997.

las grandes contradicciones decimonónicas de la teoría del derecho (ejm. realismo *versus* normativismo) se resumen en una perspectiva unitaria: se trata de la misma visión del derecho desde dos puntos distintos prospectivos.

La tesis de la conexión se desarrolla en relación a dos casos: en primer lugar, respecto a la ley injusta. Esto corresponde, en la visión de Alexy, a los casos excepcionales; en segundo lugar, frente al perfeccionamiento del derecho, es decir, para su funcionamiento ordinario. Para ejemplificar estos dos casos, Alexy hace referencia a dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán: la primera relativa a un ejemplo de ley injusta; la segunda, ya citada, a la relación entre ley y derecho (Alexy 1997, 5 ss.).

La demostración de la tesis de la conexión se realizará a partir de la definición de un marco conceptual complejo que delinea cuatro aspectos de análisis del derecho:

- a) Conceptos de derecho dependientes o independientes de la validez. La primera opción permite incluir en el concepto de derecho el contexto institucional al interior del cual se desarrolla y, por este motivo, es utilizada por Alexy en su análisis.
- b) Sistemas jurídicos como sistemas de normas y procedimientos. En el primer caso la referencia es sólo al resultado o al producto de los procedimientos, es decir, del contexto institucional; en el segundo se refiere a un sistema de acciones que se apoyan en las reglas para la creación y la justificación del derecho.
- c) Sistemas y normas jurídicas observables según la perspectiva del observador o según la perspectiva del participante. Por un lado, se evalúa cómo efectivamente se decide; por el otro, se tendrá en cuenta las opiniones de quien, al interior del sistema jurídico, toma parte de la argumentación sobre qué es el derecho;

- d) conexiones clasificatorias y cualificatorias de la relación entre derecho y moral. En el primer caso se sostiene que las normas jurídicas que no cumplen determinados criterios morales no son normas jurídicas; en el segundo caso, se trata de normas jurídicas viciadas.

No obstante, Alexy afirma que estas distintas opciones dan lugar a diversas posibilidades de entrecruzamiento, la tesis de la conexión se articula en relación a sistemas jurídicos institucionalizados (es decir, dependientes de la validez), al interior de los cuales el derecho se define tanto por las normas, como por procedimientos de aplicación, y cuya dinámica se basa en el punto de vista interno de los participantes. Esto corresponde, según la perspectiva hartiana, a sistemas jurídicos evolucionados: en el caso de Alexy, se puede decir, a pesar de que su construcción pretenda tener validez general, que corresponde al modelo de los sistemas jurídicos occidentales.

La tesis de la conexión se apoya en dos tipos de presupuestos o meta-argumentos: analíticos y normativos. En el primer caso, se trata de una especie de necesidad lógico-discursiva: Alexy, como veremos, vincula la conexión a la contradicción performativa que la tesis de la separación daría lugar. En el segundo caso, se trata simplemente, por así decirlo, de temas más racionales en el sentido de la preferencia y la prevalencia de algunos temas respecto a otros. La demostración de la tesis de la conexión se basa en tres principales argumentos: el argumento de la corrección, el de la iniquidad, el de los principios (que se compone de tres tesis).

Estos argumentos no tienen todos el mismo estatus: el argumento de la justicia, que está basado en un presupuesto analítico y es el único que da lugar a una conexión clasificatoria, es una especie de primer argumento del que derivan los demás. Este argumento sostiene que cada sistema normativo desarrolla una pretensión de corrección: si no cumple esta pretensión no puede



ser considerado jurídico. Las influencias del debate post-bélico son evidentes, así como la necesidad de no atribuir el carácter de la juridicidad a fenómenos degenerativos como el nazi. Menos convincente parece su fundación a través de la identificación de un vicio conceptual: sistemas normativos que afirman programáticamente la injusticia incurrirían en una contradicción performativa, es decir, en enunciados autocontradictorios desde el punto de vista pragmático. En base a la transformación estructural de los sistemas jurídicos (incorporación de los principios al interior de los sistemas jurídicos contemporáneos)<sup>11</sup>; por otro lado, sobre la base de las implicaciones de la distinción clásica entre derecho y coerción. Desde el primer punto de vista, Alexy puede llegar a la conclusión indiscutible de que si un sistema jurídico incorpora los principios, este dato lleva a una conexión entre derecho y moral (aunque no necesariamente a la moral justa); desde el segundo punto de vista, el mismo Alexy muestra, analizando el ejemplo clásico de la banda de ladrones, que la formación de un sistema permanente de normas implica el llamamiento a las pretensiones de justificación<sup>12</sup>. Este tipo de fundación no resulta conceptualmente necesaria como la propuesta a través de la contradicción performativa: ella se basa en un dato histórico evolutivo y, paralelamente, sobre un dato empírico. La fundación de Alexy contiene diferentes perspectivas: desde nuestro punto de vista parecen más importantes y convincentes las observaciones relacionadas con la práctica de los sistemas jurídicos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Desarrolla esta perspectiva Ferrajoli 1989 y, en relación a los derechos, Peces Barba 1993.

<sup>12</sup> Respecto a este problema, Alexy replica las consideraciones del realismo jurídico y en particular de Olivecrona sobre la relación entre derecho y fuerza. Véase, Pattaro 1990.

<sup>13</sup> En los términos del enfoque de Alexy (1997, 17-18), esto significa no apoyar la completa reducibilidad de los supuestos o meta-argumentos empíricos a los analíticos o normativos.

El dato importante es que a partir de la pretensión de corrección (de cualquier modo fundada), Alexy formula las implicaciones de la conexión entre derecho y moral desarrollándolas en relación a las distintas normas y a la práctica jurídica. Estos dos aspectos corresponden al argumento de la iniquidad y de los principios. Estos dos argumentos, que son desarrollados a partir del punto de vista interno del sistema jurídico, representan no sólo aspectos de la conexión entre derecho y moral, sino se proponen formulando algunas soluciones específicas. Esto significa, en nuestro análisis, que estos argumentos parecen más importantes en relación a las efectivas consecuencias prácticas que respeto a su alcance teórico. Se trata, además, de argumentos basados en conexiones cualificatorias, este enfoque parece justificado también en la perspectiva del texto de Alexy.

El argumento de la iniquidad, desde esta óptica, es construido sobre la base de la “fórmula de Radbruch”: da lugar a una conexión débil entre derecho y moral, es decir, como hemos notado, un simple vínculo cualificatorio (Alexy 1997, 49). Esta fórmula, como es sabido, afirma la vigencia de las normas incluso cuando son materialmente injustas e inadecuadas, “a menos que el contraste entre la ley positiva y la justicia llegue a una medida tan intolerable que la ley, en cuanto “derecho injusto”, debe ser doblada a la justicia”. El argumento de la iniquidad se vincula al uso de presupuestos normativos: la tesis de la conexión es, en este contexto, sostenida mediante la demostración de la inadecuación o no aceptación de los distintos contra-argumentos propuestos por el positivismo. Se trata de ocho contra-argumentos, a los que puede atribuirse un peso diferente, (del lenguaje, de la claridad, de la efectividad, de la seguridad, del relativismo, de la democracia, de la redundancia, de la buena fe) que impliquen precisas consecuencias en clave de política del derecho. Si los argumentos más populares pueden ser identificados en las tesis de la

efectividad y de la certeza, en conjunto ellos parecen compartir la idea de la imposibilidad de que el juez dé una valoración distinta a la contenida en la ley. A pesar de que el debate se plantea sobre todo, en este contexto, sobre la pertinencia y viabilidad de los distintos contra-argumentos, parece claro que el centro del debate es la “sujeción, jurisdiccionalmente controlable” de los sujetos del sistema jurídico-político a los derechos fundamentales (Alexy 1997, 57). El problema es, en el debate de los diversos argumentos, el de la mejor protección de los derechos fundamentales o del hombre<sup>14</sup>. Y, paralelamente, la del rol del poder judicial y de la jurisdicción constitucional. Los derechos del hombre se convierten, basándose en las consideraciones de Radbruch, en el parámetro de la intolerabilidad de las normas: el vicio y la inaplicabilidad de la ley está ligada a una flagrante violación de tales derechos.

Como hemos notado, la conexión entre derecho y moral es débil: esto significa que no sólo el contraste entre derecho y moral no porta, excepto precisamente la intolerabilidad, la pérdida del valor jurídico sino también que el argumento de la iniquidad no se extiende a los sistemas jurídicos en su conjunto. Asimismo, sigue siendo válido sólo en referencia a normas específicas y no afecta la definición de la juridicidad del sistema que queda cualificado en términos positivistas. El tema de la iniquidad abre un espacio, en relación a las distintas normas, de tutela autónoma de los derechos por parte del poder judicial y en particular de la jurisprudencia constitucional.

El rol del poder judicial está más directamente relacionado al centro del argumento de los principios. La cuestión, en este

---

<sup>14</sup> Como es sabido la Constitución alemana utiliza ambas expresiones (la primera en el segundo párrafo del art. 1; la segunda, con referencia a los arts. 1 - 20, en el tercer párrafo). Sobre esta distinción, véase, para una primera aproximación, Denninger 1982; Gozzi 1998.

caso, afecta a la cotidianidad jurídica: es decir, relativa a las modalidades de la función judicial. Alexy sostiene que sobre la base de la complicación estructural del derecho introducida por los sistemas democrático-constitucionales (incorporación de los principios en el sistema jurídico), el rol del juez se convierte en no más que un simple ejecutor del derecho, sino que su función se amplía en dirección a la ponderación entre diversos principios. La tesis es evidentemente más compleja: no es tanto referente al espacio de discrecionalidad del juez frente, según la expresión de Hart, a la estructura abierta del derecho<sup>15</sup>, sino al hecho de que, ante la presencia de principios contradictorios, el juez (y en particular el juez constitucional) formula mediante la ponderación una nueva regla. El dato se deriva del hecho de que, como es sabido, mientras que las reglas pueden ser vistas como “preceptos definitivos”, es decir, aplicables sobre la base de la fórmula todo o nada, los principios son “mandatos de optimización”, es decir, dependen de la comparación con otros principios y la presencia de determinadas posibilidades de hecho. La conexión entre derecho y moral se desarrollará sobre la base de tres tesis: la de incorporación, la de moral y la de corrección. En esencia, como ya hemos indicado, la nueva complejidad de los sistemas jurídicos se llega a la constatación de que un juicio basado en principios implica el vínculo con valoraciones de orden moral. Si la preocupación de Alexy parece sobre todo relativa al tercer argumento, es decir, como una decisión que se apoya en sistemas morales pueda llegar a una decisión justa, desde nuestro punto de vista parecen más importantes las consecuencias sobre la cotidianidad del derecho. Desde este último punto de vista, la complejidad de los sistemas jurídicos,

---

<sup>15</sup> Estructura abierta que deriva de la vaguedad del lenguaje jurídico, de la posibilidad de antinomias entre normas, de la ausencia de una norma para el caso particular, de la posibilidad de apartarse de la ley, de la presencia de *hard cases*, etc. (Alexy 1997, 72).

conduce a un desplazamiento de los lugares de compensación de los conflictos sociales: es a menudo el juez que, frente a casos nuevos y dudas, decide sobre la base de las particularidades del caso y una evaluación comparativa de argumentos contradictorios<sup>16</sup>. Los principios por ello representan el medio mediante el cual vuelve la centralidad del supuesto de hecho y el rol equitativo del juez en función de la tutela de los derechos individuales<sup>17</sup>. También en este caso, la tesis de la conexión desarrolla precisas implicaciones político-constitucionales: ella toma nota y se reformula en términos conceptuales de precisas líneas de tendencia de los sistemas jurídicos contemporáneos.

A final de este recorrido Alexy reformula el concepto de derecho, definiéndolo como un sistema de normas que desarrolla una pretensión de corrección y que “consiste en la totalidad de las normas de una constitución socialmente eficaz en sus grandes líneas y que no son injustas en medida extrema, así como en la totalidad de las normas estatuidas de modo conforme a la constitución, dotadas de un mínimo de eficacia social o de chance de eficacia y que forman parte los principios y los restantes argumentos normativos en que se basa y/o se debe basar el procedimiento de aplicación del derecho para cumplir con la pretensión de corrección” (Alexy 1997, 129).

Esta definición puede ser vista como la síntesis de la propuesta de un constitucionalismo “templado” formulado por Alexy. En efecto, por un lado, legitima la presencia de elementos morales en el derecho; por el otro, limita esta presencia a los dos temas

---

<sup>16</sup> A esto le puede corresponder, desde el punto de vista de la política legislativa, la petición de leyes que, sobre todo frente a nuevas cuestiones, reglamenta de forma muy abierta en la materia. Véase, en este sentido Rodota 1992.

<sup>17</sup> Para este modelo, sobre la relación entre poder judicial y poder democrático de la mayoría, véase Scoditti 1997.

mencionados de la intolerabilidad de las normas de respeto a los derechos de los individuos (fórmula de Radbruch) y las decisiones sobre la base de principios. En este segundo caso, además, los principios son asumidos, sobre la base de la estructura jurídica de los sistemas constitucionales, como parte integrante del sistema jurídico. El concepto de derecho queda por ello definido en base a elementos predominantemente positivistas, es decir, en relación a su positividad y su eficacia<sup>18</sup>. La definición implica, sin embargo, una extensión del ámbito de pertenencia del derecho: según Alexy esto depende de la inserción en el concepto de derecho del “procedimiento de aplicación”. Desde este punto de vista, “perteneció al derecho todo lo que el operador jurídico en el marco de un derecho estructuralmente abierto se basa o se debe basar para cumplir con la pretensión de corrección” (Alexy 1997, 132). El derecho no se resuelve por ello en las normas sino que se extiende a todo el amplio proceso de su aplicación. Se trata de una ampliación del contenido (el derecho viene a componerse de normas y principios), así como de sus mecanismos institucionales.

Se puede ver esta definición como una propuesta de post - positivista: conserva los rasgos fundamentales de la definición positivista del derecho y propone una ampliación en dirección de algunos criterios morales vinculados a la protección de los derechos individuales. De esta definición, son, en nuestra perspectiva, dos elementos: por un lado, el acto de las transformaciones jurídicas introducidas por el advenimiento de constituciones “largas” que hacen referencia a un amplio catálogo de derechos del hombre; por el otro lado, el diferente y más decisivo rol del poder judicial para la protección de los derechos. Alexy busca así componer, a través de una definición del derecho abierta a una serie de instancias morales, lo que parece ser la dinámica

---

<sup>18</sup> Según Alexy 1997, 131, “la validez jurídica de todo un sistema jurídico depende en mayor medida de la validez social pero no de la validez moral”.

institucional fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos: por un lado, el primado del legislador democrático y la voluntad de la mayoría y, por el otro, la presencia de las Cortes constitucionales en la protección de los derechos que están, potencialmente, en contraste con esa voluntad. Este dato parece reabrir el problema sobre quién “produce” el derecho y quién “interpreta” efectivamente la Constitución: el constitucionalismo “templado”, a través de la ampliación del concepto de derecho intenta encontrar una solución intermedia. Este intento de mediación, en relación al problema del sujeto de la interpretación de la constitución y los derechos, es desarrollado por Alexy al interior de su análisis de la interpretación.

#### **4. LA INTERPRETACIÓN Y LA JERARQUÍA DE LOS ARGUMENTOS**

La mediación entre las diferentes orientaciones del constitucionalismo y del legalismo está presente, a nuestro juicio, también en relación al problema de quién decide qué es realmente el derecho. En paralelo a una definición del concepto de derecho que conserva una estructura fundamentalmente positivista, en el análisis de la estructura de la interpretación, Alexy busca mediar un enfoque “clásico” ligado a la detección de la voluntad del legislador y un rol diferente del poder judicial. El análisis de la interpretación es, en esta óptica, casi paradigmática: ella es, tradicionalmente, relativa a los espacios de discrecionalidad y decisonalidad del juez.

Según Alexy, el problema de la interpretación es la identificación de una interpretación correcta<sup>19</sup>: esta se desprende a través

---

<sup>19</sup> El problema de una interpretación correcta tanto en relación a las actividades como al resultado, señala Alexy, es diferenciar sus posiciones tanto desde el análisis kelseniano, como desde la perspectiva hermenéutica.

de una teoría analítico-normativa que reconstruya las formas argumentativas y las reglas de la argumentación. La interpretación se define según dos caracteres: ella tiene una dimensión práctico/normativa y una institucional. Desde el primer punto de vista, esto significa que ella tiene por objeto lo que en las normas es obligatorio, prohibido, permitido, autorizado y, en el segundo, que tiene lugar en un contexto institucional, es decir que en caso de divorcio hay una instancia que decide con efecto vinculante. El problema de la interpretación es, según la terminología de Wróblewsky, la justificación externa: la corrección o al menos la interpretación deriva de la presencia de una adecuada o de una inadecuada motivación<sup>20</sup>.

La identificación de la interpretación correcta no es, según Alexy, alcanzable mediante el fin de la interpretación. Ésta tiene una dimensión “controvertida”: puede ser vista desde un punto de vista subjetivo u objetivo. Para el primer enfoque, el fin de la interpretación “consiste en identificar la voluntad del legislador” para el segundo, “el intérprete debe identificar el significado racional, correcto o justo de la ley”<sup>21</sup>. A estas dos direcciones es posible superponer una dicotomía temporal, es decir, aquella que existe entre el momento de la emanación y el de la interpretación. La referencia al fin da así lugar a cuatro posibles efectos: a) el legislador histórico; b) la identificación del significado racional de la norma al momento de su promulgación; c) la voluntad hipotética del legislador del tiempo; d) la identificación del significado racional de la norma en el momento de la interpretación. Estas distintas posibilidades y, en particular, el conflicto entre a) y d) con que generalmente se fija el contraste entre la teoría

---

<sup>20</sup> Esta no afecta al núcleo deductivo de una sentencia, sino la completitud de las premisas de la decisión. Alexy menciona dos posibles interpretaciones en relación a la tutela del domicilio.

<sup>21</sup> Todas las citas que siguen son extraídas de Alexy 1996.



subjetiva y objetiva, hacen problemático el recurso al criterio del fin como medio para llegar a una interpretación correcta. Tanto la dimensión subjetiva como la objetiva del fin tienen por su parte buenas razones: a favor de la primera se plantea la autoridad del legislador basada “en los principios de la democracia y la separación de poderes”; mientras que a favor de la segunda está el hecho de que “la interpretación debe conducir a una solución adecuada o correcta con respecto al contenido”. En paralelo son evidenciables los aspectos negativos: la interpretación subjetiva se caracteriza por la vaguedad y la contradicción, mientras que la objetiva corre el riesgo “del arbitrio interpretativo y de un aumento excesivo de competencias por parte del poder judicial”. El conflicto entre estos dos enfoques no es para Alexy resoluble a favor de uno o de otro: “La teoría finalista de la interpretación no conduce a una solución sencilla y definitiva del problema de la interpretación jurídica”. Alexy prefigura lo que será uno de los aspectos importantes de su teoría de la interpretación: el contraste entre el principio democrático, vinculado a la voluntad del legislador y la consideración de la corrección de los contenidos de la interpretación. Este problema es afrontable a través de los medios de interpretación, es decir, los argumentos<sup>22</sup>. Esto permite una solución diversificante con respecto a la elección del fin, objetivo o subjetivo, de la interpretación.

Como ya se ha observado, los medios de la interpretación, es decir, los argumentos, son distintos en las formas argumentativas y en las normas de la argumentación. Las primeras son los diferentes argumentos que el intérprete podrá utilizar, las segundas “indican cómo se deberán emplear y sopesar los diferentes argumentos”. La identificación de los argumentos favorece una

---

<sup>22</sup> Según Alexy, “no un fin de la interpretación, como se pretende, sino los argumentos son en última instancia” para la identificación de la interpretación correcta.

visión “amplia”<sup>23</sup> que intenta destacar “toda la multiplicidad de los argumentos jurídicos”. Sobre esta base se observan cuatro categorías de argumentos: (1) lingüísticos, (2) genéticos, (3) sistemáticos, (4) prácticos generales.

Sin entrar demasiado en detalle de las cuatro categorías, evidenciaremos sobre todo los resultados a los que los diversos argumentos conducen. Los argumentos lingüísticos, diferenciables en semánticos y sintácticos, es decir, referentes al significado y la estructura gramatical de una norma, no llevan “a un resultado definitivo, sino sólo a la constatación de que el concepto investigado es ambiguo, vago o abierto”. Consideraciones similares pueden ser realizadas por los argumentos genéticos y sistemáticos<sup>24</sup>: también estos no conducen a un resultado determinado y a una interpretación segura.

Los argumentos de estos tres primeros grupos se clasifican como argumentos institucionales: ellos “son posibles sólo en el marco institucional de un sistema jurídico”. Esta clasificación

---

<sup>23</sup> A esta se contrapone una estrategia restringida que recoge los argumentos interpretativos según la tradición. La clasificación de Alexy, se aparta de modo directo, a partir de la introducción de los argumentos prácticos.

<sup>24</sup> Los argumentos genéticos son de dos géneros: semántico-subjetivos y teleológico-subjetivos. Los primeros hacen referencia al significado atribuido a la norma por el legislador; los segundos a los fines perseguidos por el legislador. Los argumentos sistemáticos son, según Alexy, los que se basan “sobre la idea de unidad o coherencia del sistema jurídico”. Ellos son reagrupables en ocho subgrupos: a) argumentos que aseguran la consistencia (en función de la eliminación de la contradicción entre normas); b) argumentos simultáneos (relativos a la relación con otras normas); c) argumentos sistemático-conceptuales (que tratan de garantizar la claridad conceptual, unidad formal y exhaustividad sistemática); d) argumentos relativos a los principios (derivados, en particular de la aplicación, a menudo contrastante, de los principios constitucionales); e) argumentos jurídicos especiales (en primer lugar la analogía); f) argumentos basados en los precedentes; g) argumentos históricos (en relación a la coherencia temporal); h) argumentos comparativos.

corre en paralelo a la consideración por la cual, como hemos notado, sobre su base no es posible, de manera exclusiva, decidir la interpretación de una norma. Este dato proviene de cuatro aspectos fundamentales<sup>25</sup>: En primer lugar, según Alexy, ninguno de los tres argumentos institucionales conduce a un único resultado; en segundo lugar, de ello se deriva que los diversos argumentos conducen a resultados diferentes y no se sabe cuál debe ser elegido; en tercer lugar, por el hecho de que los argumentos sistemáticos, por ejemplo, en la “confrontación entre principios” constitucionales o en la analogía, son completos si se remiten a cuestiones prácticas generales, es decir, a un debate moral; por último, por el hecho de que, a menudo, los argumentos prácticos generales son, respecto a los casos, más importantes que los institucionales. Esto lleva a la tesis de que “la interpretación jurídica no renuncia a valoraciones materiales”.

También en relación al problema de la interpretación, Alexy replantea el vínculo entre derecho y moral: en este caso, al interior de un sistema jurídico abierto, es decir, no completo<sup>26</sup>, la conexión se deriva de la necesidad de una interpretación correcta. La introducción de los argumentos generales prácticos, es decir, temas definibles como “sustanciales” respecto a los institucionales, amplía el ámbito de lo que puede ser considerado como derecho en relación a la “corrección” del contenido. No hay duda de que los argumentos generales prácticos pertenecen al ámbito moral: ellos son diferenciables en teleológicos y deontológicos. Para Alexy, los primeros “se orientan a las consecuencias” y “se basan en última instancia en una idea de bien” los segundos,

---

<sup>25</sup> La tesis de la suficiencia de los argumentos institucionales, es para Alexy, sostenida por los teóricos, como Teubner, que consideran el derecho como sistema autopoiético.

<sup>26</sup> La tesis de la completitud es sostenida por los teóricos del holismo jurídico. Entre estos, pero dudo sobre este punto, Alexy incluye a R. Dworkin.

“sostiene qué es justo o injusto independientemente de las consecuencias”, poniendo en su base una idea de deber fundada sobre esa “universabilidad”.

El conflicto entre argumentos institucionales y argumentos prácticos generales puede ser configurado a través de las reglas de la interpretación, es decir, sobre la base de reglas de precedencia. Alexy intenta, también en este caso una solución templada: aunque sólo *prima facie*, se fija la prioridad de los argumentos institucionales respecto a los sustanciales<sup>27</sup>. La jerarquía de los argumentos sintetiza para Alexy el problema del perfeccionamiento del derecho: esto depende, en paralelo del rol de los procedimientos evidenciando en relación al concepto de derecho, la interpretación. El dato que conviene poner en evidencia es que la jerarquía de los argumentos, como se ha notado oportunamente, cubre “la colisión entre principios o valores fundamentales”. En paralelo a la investigación sobre el concepto de derecho, se indicó que este conflicto o colisión se da “entre los principios de la democracia, la separación de poderes y del Estado de derecho”, que “sostienen la autoridad del legislador” respecto a los de la “coherencia y la corrección del contenido, los cuales favorecen una buena decisión”. El constitucionalismo “templado” persigue por tanto, el intento de encontrar un punto de equilibrio entre la voluntad de la mayoría (autoridad del legislador) y la decisión judicial orientada a las necesidades de justificación moral del caso y la protección de los derechos del individuo.

Sin embargo, Alexy señala, sin evidenciarlo, un posterior conflicto: es decir, relativo a las distintas interpretación de los principios. Un enfoque de tipo teleológico, como por ejemplo, el

---

<sup>27</sup> Esta es la segunda regla de prioridad; la primera es relativa a la jerarquía de los temas institucionales (en este caso, lingüísticos, genéticos, sistemáticos).

utilitarista, llevará a valoraciones diferentes frente a una valoración basada en la idea de justicia o la protección de los derechos<sup>28</sup>. La colisión no es sólo entre mayoría y derechos, sino que viene a cubrir la misma posibilidad de interpretación de los principios.

## 5. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Si se considera globalmente el enfoque alexiano, parece evidente que buena parte de sus tesis relativas a la conexión entre derecho y moral no son otra cosa que una aplicación de la *Sonderfallthese*, la tesis es que el discurso jurídico forma parte del discurso práctico racional (Alexy 1998). Esta premisa permite a Alexy sostener tanto la pretensión de corrección, como la idea de la interpretación como argumento, es decir, como caso especial de “la argumentación práctica general o del discurso práctico general”. En el primer caso, de hecho, es la tesis del caso especial la que permite configurar el problema de la conexión entre derecho y moral, y de definirla de manera clasificatoria en términos de la contradicción “performativa”, haciendo así directamente referencia a las normas del discurso práctico racional; en el segundo, de plantear el problema de la interpretación en la misma clave. Este punto de partida parece no del todo convincente: hemos observado como la tesis de la conexión puede estar basada en argumentos de tipo empírico o histórico-evolutivo. Esta segunda vía, que privilegia el dato de la incorporación de los principios al interior de los sistemas jurídicos contemporáneos, permite, además, la conjugación de las consideraciones de Alexy con todas las teorías de derivación positivista que en la consideración de la simple validez formal de las normas han añadido la necesidad de la valoración de su validez material (en este sentido, en el ámbito

---

<sup>28</sup> Esta alternativa puede ser expresada, en los términos de Dworkin en aquella entre *principios* y *políticas* (Dworkin 1982).

italiano, sobre todo Ferrajoli 1989). Por otro lado, cabe señalar que el mismo discurso de Alexy, sin la presencia de derechos y principios incorporados en las constituciones y por consiguiente, en relación con los sistemas contemporáneos, permanecería simplemente normativo.

De la *Sonderfallthese* derivan, a nuestro juicio, también los límites de una propuesta que, en sus rasgos esenciales, es adecuada y convincente.

El primero es relativo precisamente a las posibilidades de un constitucionalismo templado. En relación al conflicto entre mayoría y protección judicial de los derechos por parte, en primer lugar, de las Cortes constitucionales, el temperamento y la moderación parecen principalmente vinculados al cumplimiento de las reglas de la argumentación. Este temperamento parece vinculado a la presencia de sujetos que, en el marco de una situación discursiva normativamente establecida, tienen como punto de referencia de su acción resultados discursivamente racionales y una decisión justa. Que el propio Alexy se dé cuenta de la imposibilidad de esta situación, puede ser demostrado por el hecho de que, con referencia a la colisión entre la voluntad del legislador y criterios de corrección y de corrección de contenidos en la interpretación, su solución sea devuelta al “derecho constitucional de vez en cuando válido” y la “filosofía del derecho apoyada por cada intérprete”. El temperamento está, para Alexy, sobre la base de la *Sonderfallthese*, vinculado a la idea de un procedimiento que conduce a resultados correctos: este procedimiento es desarrollable a partir de los cánones propuestos por la teoría de la argumentación (véase en este sentido Gianformaggio 1994).

Consideraciones similares pueden ser realizadas en relación al posible conflicto entre principios o la colisión entre diversas fundaciones de los derechos. Este dato no parece problemático

(en este sentido Alexy 1986): será resoluble a interior de un modelo de optimización que hace referencia a un paradigma económico. La creación de normas sobre la base de los principios constitucionales parece un proceso relativamente a-problemático y Alexy parece, en este caso, olvidarse de las dificultades de la jurisprudencia constitucional en relación con el paso de los principios a las reglas. Este dato parece, en cambio, como muy conflictivo y destinado a adquirir una creciente centralidad en el tratamiento de los principios y derechos. El modelo de Alexy está por ello fuertemente caracterizado en sentido normativo: esto no quita que describa de manera apropiada las tendencias actuales de los sistemas jurídicos contemporáneos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy R. 1986. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

----. 1987. Rechtssystem und praktische Vernunft. *Rechtstheorie*, 18: 405-419.

----. 1996. Interpretazione giuridica. *Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

----. 1997. *Concetto e validità del diritto*. Torino: Einaudi.

----. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Milano: Giuffrè.

Böckenförde, E.W. 1990. Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, a cura di R. Dreier. Stuttgart.

----. 1991. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zur Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bongiovanni, G. 1997. Dalla dottrina della costituzione alla teoria dei valori: la ricerca di un difficile equilibrio. *Democrazia e diritto*, 1: 73-110.

Denninger, E. 1982. Über das Verhältnis von Menschenrechten zum positiven Recht. *Juristen Zeitung*.

Dworkin, R. 1982. *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino.

Ferrajoli, L. 1989. *Diritto e ragione*. Roma-Bari: Laterza.

Ferrari, V. 1997. *Lineamenti di sociologia del diritto, I. Azione giuridica e sistema normativo*. Roma-Bari: Laterza.

Fiore, F. 1997. Nota al testo, in R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*. Torino: Einaudi.

Fioravanti, M. 1991. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Torino: Giappichelli.

----. Quale futuro per la costituzione. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 21: 623-637.

Forsthoﬀ, E. 1973. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuﬀrè.

Gianformaggio, L. 1994. La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione. *Analisi e diritto*.

Gozzi, G. 1995. Rights, Constitution and State, in *Challenges to Law at the End of the 20th Century*, vol. IV. Bologna: Clueb.

----. 1998. I diritti dell'uomo e il principio di maggioranza. La sentenza del *BVerfG* sul crocifisso, in *Islam e democrazia*, a cura di G. Gozzi. Bologna: Il Mulino.

Pattaro, E. 1990. *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, vol. I. Bologna: Clueb.

Peces Barba, G. 1993. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuﬀrè.



Rodotà, S. 1992. *Repertorio di fine secolo*. Roma-Bari: Laterza.

Schmitt, C. 1970. La tirannia dei valori. *Rivista di diritto pubblico*, I: 16-28 (ed. or. 1959).

Scoditti, E. 1997. Riforma costituzionale e giurisdizione. *Democrazia e diritto*, 1: 1-72.

Zagrebelsky G., 1992. *Il diritto mite*, Torino: Einaudi.

NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD:  
¿HACIA UN ENFOQUE EQUILIBRADO?

*David Bilchitz*



Los tribunales nacionales y tribunales internacionales están a menudo enfrentados por las medidas de los gobiernos de poner límites a los derechos fundamentales. Las circunstancias en que tal limitación puede estar justificada son generalmente establecidos en términos muy amplios en cláusulas de limitación que difieren de distintas maneras<sup>1</sup>. A pesar de estas diferencias, lo que es notable en los últimos años, es que los órganos responsables de la toma de decisiones en relación con los derechos fundamentales han mostrado una notable convergencia sobre un enfoque general hacia la limitación de derechos que se centra en la noción de proporcionalidad.

La proporcionalidad, en última instancia, trata de evaluar los beneficios obtenidos por las medidas de infracción contra los daños causados por violar los derechos fundamentales. Los jueces han desarrollado un proceso de razonamiento para dar estructura a dicho análisis. La primera parte de este proceso implica considerar el propósito de la medida que limita un derecho fundamental. Las jurisdicciones varían en la forma en

---

<sup>1</sup> A Barak 'Proportional Effect: The Israeli Experience' (2007) 57 *University of Toronto Law Journal* 369-370 Se afirma que "las cláusulas de limitación son cruciales para la comprensión de la democracia constitucional y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Son una expresión de los valores democráticos de la sociedad". En algunos países, tales como Canadá o Sudáfrica, existen cláusulas de limitación general; en otros, como Alemania, existen cláusulas específicas para autorizar la violación de determinados derechos en determinadas condiciones.

que caracterizan esta etapa: en Alemania, por ejemplo, el propósito debe ser simplemente un “objetivo legítimo”<sup>2</sup>; en Canadá, el objetivo debe ser de “suficiente importancia como para merecer anular un derecho o libertad protegidos constitucionalmente”<sup>3</sup>.

La segunda parte de este proceso es la proporcionalidad en sentido estricto “que examina la relación entre el objeto y los medios de realizarlo. Tanto el objeto como el medio debe ser adecuado. La relación entre ellos es una parte integral de la proporcionalidad”<sup>4</sup>. Hay tres componentes claves para el test de proporcionalidad en este sentido. La primera etapa requiere que las medidas infractoras estén “racionalmente vinculadas al objetivo”<sup>5</sup>. A estas medidas las llamaré como “examen de idoneidad” que básicamente sostiene que una medida que infringe un derecho sólo puede justificarse si es apropiada para alcanzar el propósito que está diseñada para alcanzar. La segunda etapa requiere que los medios “afecten” “lo menos posible” el derecho o la libertad en cuestión”<sup>6</sup>. A estas medidas llamaré como “examen de necesidad”. Por último, la tercera etapa exige que los beneficios de la medida infractora deben ser proporcionales a la violación de los derechos fundamentales. A esto último denominaré como “proporcionalidad en *stricto sensu*” que, en última instancia, implica sopesar el daño causado a los derechos fundamentales frente a los beneficios de la medida infractora. En esta etapa, por ejemplo, de “los efectos más deletéreos de la medida, el objetivo más importante debe

---

<sup>2</sup> Véase D Grimm ‘Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence’ (2007) 57 *The University of Toronto Law Journal* 383, 388.

<sup>3</sup> *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 SCR 295 at 352.

<sup>4</sup> Barak *supra* n° 1 en 371.

<sup>5</sup> *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103 p. [70].

<sup>6</sup> *Ibid.*

ser si la medida es razonable y justificable en una sociedad libre y democrática”<sup>7</sup>.

Cada etapa de la proporcionalidad es merecedora de un análisis detallado. Este documento se centra en el componente de la “necesidad”, que con frecuencia ha sido de gran importancia en la jurisprudencia de los tribunales de todo el mundo para determinar si una medida determinada inaceptablemente viola los derechos fundamentales. En la primera sección, resumo lo que considero la “interpretación estricta de la necesidad”. Esta comprensión ha sido defendida seminalmente por Robert Alexy quien proporciona una derivación lógica desde una visión teórica de los derechos fundamentales como principios o “mandatos de optimización”. Esta interpretación, sin embargo, da lugar a dos problemas particulares cuando se ha aplicado en los tribunales. El primer problema se relaciona con ser formulado de una manera que sea demasiado fuerte: esto reduciría las posibilidades de que cualquier limitación pasaría por el tamiz constitucional. Los tribunales han encontrado diversos métodos de burlar el test con lo que se reduce la protección que ofrece a los derechos fundamentales. El segundo problema se refiere a la necesidad de investigar si es demasiado débil y por lo tanto si tiene poco valor en la revisión judicial las medidas que atentan contra los derechos fundamentales. Los argumentos en esta parte del trabajo demuestran la necesidad de un compromiso más detallado con los distintos subcomponentes del examen de necesidad, lo cual pretendo alcanzar en la segunda parte de este trabajo.

Los cuatro componentes del examen de necesidad son distinguidos y analizados: posibilidad, instrumentalidad, impacto y comparatividad. Cada uno de ellos involucran tanto juicios

---

<sup>7</sup> Ibid., p. [71].

normativos como juicios cualitativos que impiden que el examen sea reducido a un concepto como el de “optimización”. Además, cuando las dimensiones cualitativas de la necesidad son entendidas, el examen también puede ser visto como requiriendo un elemento de equilibrio dentro de él que no puede ser eliminado. Este análisis proporciona respaldo a la aproximación de las Cortes –como en Canadá– donde el examen de necesidad de la proporcionalidad ha adquirido mayor importancia. Pretendo demostrar, sin embargo, que, pese a la necesidad de incluir un elemento de equilibrio dentro de ella, la segunda y la tercera fase de la proporcionalidad no debe ser obstruida. Esto es importante para las Cortes y académicos que están preocupados por el amplio margen de discrecionalidad y la naturaleza *ad hoc* del razonamiento a menudo presentes en la tercera etapa del examen. Este trabajo permite un enfoque alternativo a la tercera etapa que debe ser desarrollado (como es evidente en la obra de Jochen von Bernstorff en este volumen), pero sugiere que una forma más restringida de ponderación en el examen de necesidad no puede prescindir de él. Quiero concluir esbozando una revisión de la interpretación moderada de la necesidad que proporciona un marco conceptual mucho mejor y guía el proceso de razonamiento que las cortes pueden emplear para probar la constitucionalidad de las leyes y la acción ejecutiva que vulneran derechos fundamentales.

## **PARTE I: DOS PROBLEMAS CON LA NECESIDAD ETRICTA**

### **1. La estricta formulación de la necesidad**

Examinando la cuestión de la necesidad, es importante empezar desde la forma en que ha sido formulada por las cortes desde distintas jurisdicciones. La Corte Constitucional alemana - que

es la primera corte que ha hecho amplio uso del principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales - sostiene que una ley que limita un derecho fundamental “es necesaria si el legislador no hubiese podido elegir otro medio que hubiese sido igualmente eficaz pero que hubiese violado los derechos fundamentales en menor medida o no lo hubiese hecho”<sup>8</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional Canadiense en el célebre caso de *R v Oakes*, formula el requisito como implicando que los medios “deberían afectar “lo menos posible” el derecho o la libertad en cuestión”<sup>9</sup>.

La Corte Suprema de Israel también ha declarado que los medios utilizados “deben lesionar al individuo lo menos posible. En el espectro de los medios que pueden utilizarse para lograr el objetivo, los menos perjudiciales deben ser utilizados”<sup>10</sup>.

Estas formulaciones comparten un alto grado de similitud y expresan, lo que voy a llamar, “la estricta interpretación de la necesidad” (‘SN’). La justificación analítica de esta formulación del examen de necesidad está dada en el impresionante trabajo de Robert Alexy. El examen de necesidad deriva, lógicamente, según Alexy de una determinada concepción de los derechos fundamentales. Para Alexy, los derechos son principios en lugar de reglas. Las reglas son normas que siempre se cumplen o no; mientras que los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible dadas las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>11</sup>. Esta caracterización de principios tiene consecuencias sobre cómo lidiar con los conflictos entre

<sup>8</sup> Decisión sobre la Cannabis BVerfGE 90 (9 de marzo de 1994) p. [172].

<sup>9</sup> *Oakes supra* n 5 p. [70].

<sup>10</sup> *Beit Sourik Village Council v The Government of Israel* HJC 2056/04 p. [41] (‘Beit Sourik case’).

<sup>11</sup> R Alexy *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2002) 47.



ellos: esto significa que cuando están en conflicto, un principio ha de sopesarse contra el otro y hay que tomar una determinación en cuanto a cuál tiene el mayor peso en este contexto<sup>12</sup>. Alexy sostiene que este proceso está regido por el principio de proporcionalidad: en efecto, “la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad”<sup>13</sup>.

La interpretación fuerte de la necesidad, según Alexy, implicaba lógicamente una comprensión de los derechos como de los principios de optimización<sup>14</sup>. Si esos derechos son normas que deben ser optimizados en la mayor medida posible, cuando participen en el análisis de la proporcionalidad, las cortes deberían adoptar un enfoque riguroso para garantizar que cualquier limitación de un derecho que se propone debe ser estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que se pretende lograr. Esto significa que no debe haber otra alternativa disponible que puede igualmente realizar el propósito y ser menos invasiva del derecho en cuestión.

Para ver por qué esto es así, es importante reconocer que la noción de principios como la mandatos de optimización significa que el resultado debe ser adoptado ya que permite la mayor realización posible de cada principio en la medida en que ello sea compatible (fáctica y jurídicamente) con la mayor realización de los otros<sup>15</sup>. Por lo tanto, cualquier grado de intrusión en el principio 1 (un derecho) sólo puede ser admisible en la medida en que sea necesario realizar otro vital Principio 2 en competencia (un importante objetivo social). Si otro medio está igualmente disponible para realizar el Principio 2, y tiene un impacto menor

---

<sup>12</sup> Ibid. 50.

<sup>13</sup> Ibid. 66.

<sup>14</sup> Ibid. 67 - 68 y 399.

<sup>15</sup> K Möller ‘Balancing and the Structure of Constitutional Rights’ (2007) 3 *International Journal of Constitutional Law* 453, 459.

en el Principio 1, entonces el Principio 1 no está optimizado en la mayor medida de lo posible compatible con la realización del Principio 2. Esta interpretación estricta de la necesidad, por tanto, puede considerarse que se deriva de la caracterización de los derechos como “mandatos de optimización”. Parte del problema con el argumento de Alexy es que se relaciona con el sentido de la noción de “optimización” en este contexto. Es importante reconocer que el lenguaje de Alexy es metafórico.

El concepto de “optimización” en un campo como el de la economía, donde la cuantificación es posible, tiene un significado claro: debemos entender claramente lo que significa, por ejemplo, con el fin de optimizar las ganancias. Sin embargo, el significado exacto de este término en el contexto jurídico o moral es menos claro en cuanto a los principios y valores que deben evaluarse y ponderarse y si son cualitativos y no cuantificables de la misma manera<sup>16</sup>. Yo, en la segunda parte de este trabajo, examinaré en qué medida el lenguaje de la optimización está justificado cuando se engrana con los distintos subcomponentes del examen de necesidad.

## **2. ¿Es la necesidad estricta demasiado fuerte?**

Dos importantes problemas fluyen a partir de la interpretación estricta de la necesidad, ambos tienen un impacto significativo en la protección que otorga a los derechos fundamentales<sup>17</sup>. El primer problema se refiere al hecho de que la interpretación estricta coloca una carga considerable a otras ramas del gobierno para justificar cualquier medida que limite un derecho. Requiriendo que haya otra medida que igualmente realice el propósito

<sup>16</sup> K Möller *ibid.* 462.

<sup>17</sup> Un análisis de los diferentes sub-componentes de la necesidad en la segunda parte de este trabajo también demuestran por qué el lenguaje de la ‘optimización’ no está justificada de muchas maneras.

y tenga un impacto menos restrictivo sobre el derecho podría permitir muy pocas limitaciones sobre los derechos fundamentales para pasar el tamiz constitucional. Como Blackmun J., famosamente escribió “[un] juez podría ser poco imaginativo, de hecho, si no pudo surgir con algo menos “drástico” o un poco menos “restrictivo” en casi cualquier situación, y así permitirse él mismo votar a favor de la huelga de la legislación hacia abajo”<sup>18</sup>. Si la interpretación estricta fuese aplicada escrupulosamente, los jueces estarían obligados a considerar todas las posibles alternativas que podrían comprender el objetivo del gobierno y ser menos restrictiva sobre los derechos. La identificación de las alternativas que incluso fuesen ligeramente menos restrictivas e igualmente eficaces sería suficiente para derrotar a una medida legislativa. Como resultado, si la interpretación estricta se aplicase rigurosamente, sería muy difícil para cualquier derecho –aunque esté bien motivado– pasar la proporcionalidad con el resultado de que las cortes estarían a menudo sorprendidas de la legislación inconstitucional existente.

Esto sería problemático por una variedad de razones. El primer problema es que el examen puede evitar limitaciones de pasar el tamiz constitucional que son efectivamente normativamente justificados cuando el balance de razones es considerado. La interpretación estricta significa que cualquier medida ligeramente menos drástica sería suficiente para derrotar una medida legislativa, aunque sea bien considerada. Para ilustrar este punto, consideremos el caso ante la Corte Constitucional alemana desafiando la exigencia regulatoria de que los fabricantes de tabaco debían poner advertencias en los paquetes de cigarrillos para proteger a la gente de los consiguientes riesgos para la salud<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> *Illinois State Board of Elections v Socialist Workers Party et al* 440 US 173 (1979) p. 188 – 9.

<sup>19</sup> El caso es BVerfGE 95, 173. Alexy n 11 *supra*, analiza el caso en 402 - 3.

Alexy, en su análisis del caso, sostiene que ello implica ponderar lo que él denomina como infracciones “menores” sobre la libertad de profesión de los fabricantes de tabaco contra el importante impacto del humo del tabaco sobre la salud de las personas. Por lo tanto, concluye que el resultado del proceso de ponderación aquí es evidente<sup>20</sup> y la medida del gobierno está justificada. Sin embargo, si consideramos la cuestión desde la perspectiva del examen de necesidad, la conclusión de Alexy, en mi opinión, es demasiado apresurada.

Las medidas alternativas que podrían fácilmente ser pensadas para lograr el propósito no requieren que los productores de tabaco coloquen advertencias sanitarias en los paquetes (y, por tanto, ser menos restrictiva del derecho en cuestión). Consideremos, por ejemplo, exigir a los fabricantes contribuir a un público más amplio de medidas educacionales, o una gran campaña publicitaria que sería con toda probabilidad un medio más eficaz para alcanzar los objetivos de la salud pública establecidos por el gobierno y ser menos restrictiva de los derechos de los fabricantes. Una interpretación estricta de la necesidad podría requerir una corte para derribar esta medida por estos motivos. Además, siempre será difícil determinar si la medida adoptada por el gobierno se construye en la forma menos restrictiva de derechos. En el contexto de las advertencias sanitarias, siempre habrá una pregunta en cuanto a si ¿el tamaño de la advertencia requerida por la legislación fue la menos intrusiva posible en los derechos de los fabricantes para ubicar información comercial sobre el paquete de cigarrillos?<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Alexy *Ibíd.*, citando el tribunal *Ibíd.* en 187.

<sup>21</sup> Para una discusión de este ejemplo, véase, D Bilchitz ‘Does Balancing Adequately Capture the Nature of Rights?’ (2010) 25 *Southern African Public Law* 423, 436.

Aparte del problema de que las limitaciones de los derechos rara vez será capaz de ser justificado por una aplicación estricta de este estándar, este ejemplo también ilustra cómo la interpretación estricta de la necesidad conduciría a un problema de separación de poderes. Las cortes podrían ser requeridas para derogar cualquier ley que no cumpla este estricto examen y a sustituir su juicio respecto a qué medida es “menos restrictiva”, para ello en la legislación. Se pueden plantear dudas sobre la competencia de la corte para hacerlo. Un problema de legitimidad también puede surgir si las cortes son vistas como reductoras de la democracia y la discreción legislativa muy significativamente<sup>22</sup>.

Tres tipos de respuestas pueden ser identificadas para abordar este problema, ninguna, según argumentaré, se dirigen a la raíz del problema que radica en la interpretación estricta de la necesidad misma. La primera respuesta implica esencialmente negar categóricamente que el examen de necesidad requiera que la legislatura apruebe la menor interferencia posible. Alexy, escribe que “[e]l punto es simplemente que si la legislación desea perseguir su objetivo ulterior, sólo podrá utilizar el menos intenso de los medios, o también un leve significado, o uno todavía más suave. Ese no es el punto más alto de la optimización, sino simplemente una prohibición de sacrificios innecesarios de derechos constitucionales”<sup>23</sup>. Es difícil ver la fuerza del argumento de Alexy aquí. De hecho, es cierto que al considerar una limitación de un derecho concreto, un tribunal puede anularla si realmente existen medios alternativos que sean igualmente efectivos y menos restrictivos del derecho. Este hecho refuerza el rigor de la prueba. Además, no es cierto que la legislatura tenga facultades discrecionales para adoptar cualquier medio alternativo que le

---

<sup>22</sup> Esta es una preocupación que varios académicos alemanes han planteado y es objeto de una respuesta de Alexy n 12 p. 389.

<sup>23</sup> Alexy n 12 *supra* 399.

guste. Para que una medida revisada pase el tamiz constitucional, la alternativa debe ser la “menos intensa” o la más leve posible: si la legislatura no logra adoptar una medida de ese tipo, no será capaz de optimizar ambos, tanto el objetivo que se pretende lograr y el derecho fundamental en cuestión y estará actuando inconstitucionalmente. La concepción estricta de la necesidad reduce la discreción del legislador significativamente y, en un sistema de revisión judicial, requiere de intromisión por parte de la judicatura.

La segunda respuesta que pretende abordar el problema de la interpretación estricta es demasiado fuerte, reduciendo la carga epistémica sobre la parte que trata de justificar la limitación de un derecho. Se argumenta que determinar si el legislador ha adoptado el medio menos restrictivo no es una cuestión que admita un determinado juicio. Como Choudhry señala, “las políticas públicas a menudo se basan en aproximaciones y extrapolaciones a partir de la evidencia disponible, inferencias y datos comparativos, y, en ocasiones, incluso conjeturas educadas. En ausencia de una política de gran escala, este experimento es toda la evidencia que es probable que esté disponible”<sup>24</sup>. La Corte Suprema canadiense ha reconocido que las decisiones sobre cuestiones relativas a la limitación de los derechos debe inevitablemente ser el producto de una mezcla de conjetura, conocimiento fragmentario, experiencia general y conocimiento de las necesidades, las aspiraciones y los recursos de la sociedad”<sup>25</sup>. Si nos tomamos en serio estos puntos, entonces significa que un gobierno, cuando trata de justificar una medida según la interpretación estricta de la necesidad, generalmente será incapaz de

---

<sup>24</sup> S Choudhry ‘So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1’ (2006) 32 *Supreme Court Law Review* 512, 524.

<sup>25</sup> *Mckinney v University of Guelph* [1990] 3 SCR 229 p. 304.

hacerlo con cualquier alto grado de certeza. Esto abre la puerta a la reducción de la fuerza del examen de necesidad a través de la disminución epistémica de las condiciones necesarias para satisfacer el examen.

Está claro de que si no se presentan pruebas de que el examen de necesidad se cumple, entonces la protección de los derechos será debilitada significativamente; por otra parte, requerimientos demasiado fuertes parecen irrazonables a la luz de pruebas preponderantes<sup>26</sup>. Han surgido diferentes posibilidades para abordar este problema. Algunos jueces de la Corte Suprema de Israel han buscado imponer una presunción de que una ley del parlamento es constitucional, alegando que los que desafían a la ley tienen la tarea de demostrar su inconstitucionalidad. Goldberg J., por ejemplo, escribe: “[l]a parte que defiende el derecho no necesita mostrar que existen otras alternativas que más gravemente violan el derecho y que la alternativa menos grave haya sido elegida, sino la parte que argumente en contra de la validez de una ley debe demostrar que existe una alternativa clara, específica que cumple la finalidad correcta, mientras que infringir el derecho protegido de determinada manera sea significativamente menor que la infracción de la ley”<sup>27</sup>. Dicha presunción en favor del examen de necesidad habiendo cumplido con los medios significa que un tribunal puede evitar pasar por este proceso de razonamiento, a menos que se presenten pruebas convincentes para demostrar que existen medios alternativos. Parte del punto del examen de necesidad es forzar a los tribunales a participar activamente en los efectos de las medidas del gobierno y posibles alternativas en relación con el objetivo y el derecho fundamental en cuestión. Una presunción de constitucionalidad

<sup>26</sup> Véase, Alexy n 11 antes 417 - 8.

<sup>27</sup> Véase los juicios de Cheshin, Goldberg y Bach JJ en *United Mizrahi Bank v Migdal Cooperative Village* CA 6821/ 93, PD 49(4) 221 (1994) p. 421.

suele implicar una abdicación de la responsabilidad del tribunal a la razón a través de si el requisito de necesidad se ha cumplido o no, debilitando así cualquier protección que otorga los derechos fundamentales de forma significativa. Además, una generalizada presunción de deferencia ofrece muy escasa protección a los derechos fundamentales y parece ir en contra de la misma importancia normativa que puedan tener en un sistema de revisión judicial. Los derechos fundamentales no son simplemente cualquier consideración normativa: son particularmente fuertes protecciones que sólo pueden limitarse sobre la base de una fuerte justificación. Esto requiere que haya una presunción en contra de limitar los derechos más que una presunción en favor del mismo.

Frente a los problemas de evidencia que existen en relación con el examen de necesidad, la Corte canadiense ha desarrollado un examen que requiere una “base razonable” para el juzgamiento de que una determinada medida es necesaria<sup>28</sup>. Alexy ha intentado abordar este problema mediante la creación de lo que él denomina una segunda ley de ponderación. Esa ley declara que “mientras más fuerte sea la interferencia en el peso de un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza de sus premisas fundamental”<sup>29</sup>.

Todos estos enfoques reconocen que la certeza epistémica completa no es posible para juzgar si el examen de necesidad se ha cumplido o no. Sin embargo, es de vital importancia para distinguir entre los diferentes test involucrados en la determinación de la proporcionalidad y la base probatoria necesaria para emitir un juicio de que estos exámenes son satisfechos. Es esta distinción

---

<sup>28</sup> *Irwin Toy v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 SCR 927 p. 994.

<sup>29</sup> Alexy n 11 *supra* 418. No puedo dentro del alcance de este trabajo evaluar estas respuestas al problema de la incertidumbre epistémica.



la que apunta a una dificultad más generalizada con un enfoque que aborda demasiado estrictamente un examen de necesidad a través de la reducción de los elementos de prueba necesarios para superar el examen. Entender que la interpretación estricta del examen de necesidad efectivamente se debilita a través de la trivialización de las condiciones para su realización epistémica es reducir la claridad u orientación en cuanto a lo que se requiere para justificar la limitación de un derecho fundamental. Por lo tanto, necesitamos desarrollar una prueba que sea suficientemente protectora de los derechos y pueda ser satisfecha por las condiciones epistémicas en lugar de utilizar una prueba poco realista y luego socavarla mediante la reducción de las pruebas necesarias para demostrar que ha sido satisfecha. Por el contrario, no está claro cuál es la evidencia que se debe probar y cuál quedar fuera por ser *ad hoc* y arbitraria. Si los requerimientos del examen son entendidos de manera diferente, entonces esto debe abordarse directamente. Trivializar las pruebas con el fin de reducir los requisitos de la prueba causará una significativa confusión y reduciría así cualquier posible protección de los derechos fundamentales por parte del examen de necesidad de manera significativa.

La tercera y última respuesta para abordar el problema de que la formulación de la interpretación estricta de la necesidad vuelve el examen demasiado fuerte se centra en *quién* debe determinar si el examen es o no cumplido. Los tribunales a menudo han adoptado una estrategia de “deferencia” a la legislatura respecto a qué constituye “el medio menos restrictivo”. La Corte Constitucional alemana, por ejemplo, en su sentencia sobre la constitucionalidad de la tipificación penal de la posesión y el comercio de cannabis, inmediatamente califica el examen de necesidad como sigue: “formándose un juicio acerca de si el medio elegido es adecuado y necesario para lograr los objetivos

deseados, el legislador tiene un cierto grado de discrecionalidad. Lo mismo se aplica a la estimación y predicción de los peligros que amenazan a otras personas o el bien público que debe llevarse a cabo en este contexto. El Tribunal Constitucional Federal sólo puede examinar el ejercicio de esta discreción en un grado limitado, el grado exacto en función de la naturaleza de la materia en cuestión, la posibilidad de formar una visión suficientemente clara, y la naturaleza de los intereses jurídicos que están en juego”<sup>30</sup>.

Por consiguiente, si la interpretación estricta de la necesidad parece conducir a un resultado irrazonable o restringe demasiado la legislación, la corte puede afirmar que se debe desplazar a otras ramas del gobierno para juzgar si el estándar ha sido cumplido. El Tribunal Constitucional alemán no está solo en sus afirmaciones de la necesidad de traslado en relación al examen de necesidad. Las Cortes canadienses<sup>31</sup>, las cortes israelíes<sup>32</sup> y las cortes sudafricanas<sup>33</sup> han expresado sentimientos similares en su jurisprudencia.

Sin embargo, el enfoque –de adopción de una interpretación estricta del examen y, a continuación, ser altamente respetuosa de las otras ramas en cuanto a si se ha cumplido– adolece de varios defectos. Primero, parece atacar el efecto y no la causa: la separación de poderes, el problema parece surgir de una interpretación indebidamente estricta del examen de necesidad. La Corte intenta remediar el problema remitiéndolo a la

---

<sup>30</sup> Cannabis, decisión n 9 *supra* 173.

<sup>31</sup> *Her Majesty the Queen in Right of the Province of Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 S.C.R. 567 at para 53 (‘Hutterian Brethren’).

<sup>32</sup> *Beit Sourik Village Council v the Government of Israel* n 11 *supra* para 40 - 48 y 58.

<sup>33</sup> *S v Manamela* 2000 (3) SA 1 (CC) p. [95].

legislatura en lugar de abordar el mismo estándar. En segundo lugar, desplazando el foco de esta manera, el tribunal puede abdicar de su responsabilidad en una sociedad que acepta la revisión judicial, para determinar si una violación de un derecho es o no justificable y que la investigación exige determinar si tal medida es proporcional, lo que a su vez exige que el tribunal esté convencido de que el principio de necesidad se cumple. Un tribunal desplaza a otras ramas del gobierno este asunto, para evitar realmente determinar si una determinada violación de un derecho cumple con los requisitos de este examen o no. La limitación de un derecho debe ser necesaria o no; no tiene sentido desplazar el juicio acerca de si se ha cumplido con este examen a la misma institución que la ha impugnado. La estrategia del desplazamiento nos permite así pretender que una medida es, en efecto, necesaria dado que el Parlamento así la ha considerado, cuando de hecho no es eso.

Por último, hay, irónicamente, un peligro real de que la supuestamente estricta protección ofrecida por la necesidad de derechos fundamentales será considerablemente debilitada por un enfoque de deferencia. ¿Cuándo, por ejemplo, los tribunales deben analizar en profundidad el examen la necesidad y cuándo deberán diferirlo? Sin una clara base de principios para la deferencia en algunos casos más que otros, el examen de necesidad podría evitarse eficazmente en casos donde es más importante. Por ejemplo, en un caso como el del juicio de la cannabis - donde los tribunales enfrentan la protección de los derechos frente a un alto grado de controversia: ¿cómo podemos estar seguros de que la deferencia no será otorgada demasiado fácilmente? En otros casos, la legislatura puede reclamar que se muestra demasiado poco deferencia. Sin criterios claros para determinar cuándo debe ocurrir, la deferencia parece conducir a un subjetivismo indebido por parte de la corte, y la protección de los derechos de

representación a través de un riguroso examen, como necesidad precaria.

Lamentablemente, los factores señalados por la Corte Constitucional alemana sobre cuándo debe concederse deferencia no parecen ser útiles. La naturaleza del asunto sugiere que algunos temas requieren menos deferencia que otros: sin más especificación, no está claro por qué esto es así, y cómo una estrategia más deferencial podría aplicarse. Una observación similar se aplica a la naturaleza de los intereses jurídicos en juego. El criterio relativo a la “viabilidad de formar una visión suficientemente clara” también es extremadamente vaga y, una vez más plantea importantes cuestiones sobre la base probatoria en la cual la necesidad es determinada<sup>34</sup>. Según Choudhry, la corte canadiense también ha luchado para articular una base adecuada para aplicar la deferencia en algunos casos y no hacerlo en otros. Tampoco ha sido coherente en relación al asunto de la deferencia<sup>35</sup>. La capacidad y la coherencia de las cortes para proporcionar criterios claros de cuándo deferir es, por tanto, dudoso; sin hacerlo, el examen de necesidad pierde gran parte de su valor.

Tener un estricto estándar con un alto nivel de deferencia, por lo tanto, otorga derechos de poca protección. En efecto, el rigor de la norma puede ser visto como parte del problema que motiva a las cortes para reducir qué es lo que esperan de la legislatura y, por lo tanto, repercute en la eficacia de la norma. Un mejor enfoque, parece, sería tener una comprensión más adecuada de la norma que impone exigencias realistas a las partes ante el tribunal y la capacidad institucional juega un rol sólo en

<sup>34</sup> Véase la discusión de la segunda respuesta anterior: ver S Choudhry n 25 *supra* 512-521.

<sup>35</sup> Véase quién describe cómo el tribunal canadiense intentado esbozar categorías de deferencia y de falta de coherencia con la que se ha aplicado.

la medida en que esto representa una parte mejor ubicada para hacer un juicio sobre un asunto en particular. En la parte II, me referiré a lo que tal enfoque realista sobre la necesidad implica.

### 3. ¿Es la estricta necesidad demasiado débil?

La interpretación estricta de la necesidad puede conducir también a que el problema real del examen en sí mismo está construido de una manera que resulte demasiado débil. Esta preocupación surge del elemento del examen que exige que cualquier medida alternativa considerada debería ser igualmente efectiva para alcanzar el objetivo que se pretende lograr mediante las otras ramas del gobierno. ¿Se plantea la cuestión de qué se entiende por “igualdad efectividad”?

Aharon Barak es partidario de una aproximación estricta y escribe que “[e]l primer elemento del examen de necesidad examina la cuestión de si los medios alternativos pueden cumplir el propósito de la ley *al mismo nivel de intensidad y eficacia* como el medio determinado por la norma limitante. Si tal alternativa no existe, la ley es necesaria y el examen de necesidad se satisface” (resaltado mío)<sup>36</sup>. Él va más allá y sostiene que “el examen de necesidad se basa en el supuesto de que el único cambio que debe ser impulsado por los medios alternativos es que la limitación del derecho constitucional podría ser de menor grado”<sup>37</sup>. Por lo tanto, cualquier incremento de cualquier costo asociado con una medida alternativa conduciría a no cumplir con el requisito de que sea igualmente eficaz para alcanzar el objetivo. Barak afirma que un estudio de las alternativas que no son igualmente eficaces en este sentido debería tener lugar en la última etapa del principio

<sup>36</sup> A Barak *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012) 323.

<sup>37</sup> *Ibid.* 325.

de proporcionalidad. El enfoque estricto se ejemplifica mediante la sentencia de la Corte Suprema de Israel en *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*<sup>38</sup>.

Esta interpretación extremadamente estricta del requisito de que la medida comprende el propósito de manera igualmente efectiva reduce mucho la importancia del examen de necesidad<sup>39</sup>. Barak reconoce que esta interpretación crea una debilidad significativa en el examen y que, quizás, por esta razón, ya no lo considera como el “corazón” de la proporcionalidad<sup>40</sup>. La etapa del balanceo de la proporcionalidad se convierte así en “la más importante del test de proporcionalidad<sup>41</sup>”. En efecto, esta interpretación puede convertir el examen de necesidad en prácticamente inútil: si la igual efectividad es estrictamente interpretada, es difícil demostrar que cualquier medida alternativa nunca podrá realizar este propósito “igualmente”. También se prestará mucha atención al nivel de abstracción y la manera en que el propósito es construido, lo cual determinará cómo se juzga el nivel de efectividad<sup>42</sup>.

La interpretación de Barak sobre la igual eficacia sorprendentemente también parece estar en contradicción con la forma en que los tribunales han empleado el test. Por ejemplo, tomemos el caso de Alemania relativo a una reglamentación que prohíbe la venta de golosinas que no fueran un auténtico producto

---

<sup>38</sup> HCJ 2056/04.

<sup>39</sup> Véase también P. Yowell “Proporcionalidad en el derecho constitucional de los Estados Unidos” (este volumen) 9 que describe esto como un “enfoque técnico” a la necesidad y está de acuerdo en que esto hace que el examen de necesidad se vuelva de mínima importancia.

<sup>40</sup> Barak n 30 339.

<sup>41</sup> Ibid. 340.

<sup>42</sup> Este es un problema que afecta tanto a la conveniencia y necesidad de la prueba: para una discusión, véase *ibíd.* 331-333.

de chocolate sino que consistió principalmente en arroz con cacao en polvo. El objetivo de la regulación es proteger a los consumidores de equivocarse en las compras. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal determinó que la prohibición del comercio no era necesaria: el etiquetado podría interferir menos con los derechos de los fabricantes en comparación con la “efectiva igual protección de los individuos contra el engaño y la confusión”<sup>43</sup>. Sin embargo, si adoptamos la estricta interpretación de la igual efectividad defendida por Barak, parece que la Corte no tenía justificación para llegar a esta conclusión. Una prohibición de dichos productos será, sin duda, más eficaz que un requisito de etiquetado e impedir totalmente la confusión: el etiquetado puede ser más o menos eficaz, y debe tener en cuenta hechos tales hechos como el científico social que a menudo los consumidores no leen las etiquetas y algunos consumidores son más alfabetizados que otros. El tribunal, por lo tanto, inevitablemente tuvo que debilitar su comprensión del grado en el que el objetivo fue realizado a fin de llegar a su conclusión de que la medida del gobierno no era necesaria.

Alexy, en su análisis de este caso, parece aprobar el razonamiento de la corte, rechazando así el enfoque estricto de la igual efectividad de Barak. Él escribe que “[e]l principio de la protección del consumidor (P2) es ampliamente satisfecho por el deber de etiqueta (M1) como por una prohibición de comercio (M2). Para P2 [sic] es irrelevante si M1 o M2 se aprobó”<sup>44</sup>. El lenguaje de Alexy –“igualmente bien satisfecho”– sugiere que él debe darse cuenta de que una prohibición comprende el propósito en mayor medida que el etiquetado: sin embargo, como sugiere su lenguaje, el requisito debe ser interpretado para incluir cierta

<sup>43</sup> BVerfGE 53, 135: véase la discusión del caso en Alexy n 12 398 - 9.

<sup>44</sup> Alexy n 12 *supra* de 399.

flexibilidad con el fin de representar la necesidad de investigación significativa.

Este debate ha demostrado que, si el requisito de igual efectividad se entiende demasiado estrictamente, puede efectivamente volver inútil el examen de necesidad. Básicamente, esto lleva a la confusión y se abre el espacio a las cortes para variar el estándar cuando deliberan: los tribunales adoptarán un enfoque estricto cuando deseen salvar una medida gubernamental, pero adoptan un criterio más flexible cuando desean traerse abajo tal medida. El fracaso de especificar en qué consiste el test, por consiguiente, puede llevar a aplicar de manera incoherente y ofrecer poca protección a los derechos fundamentales en los casos controversiales. Esto plantea nuevamente la cuestión de la mejor manera para comprender el contenido de este componente del examen de necesidad y si la interpretación estricta correctamente captura lo que está en juego en el examen. La siguiente sección de este artículo proporciona un examen detallado de los distintos sub-componentes de la necesidad y, sobre esta base, se trata de evaluar su papel dentro del contexto más amplio del principio de proporcionalidad como un todo.

## **PARTE II: HACIA UNA INTERPRETACIÓN MODERADA DE LA NECESIDAD**

En la parte I, he intentado esbozar lo que he llamado la interpretación estricta de la necesidad (SN) y varias dificultades que esto ocasiona. A fin de abordar estos problemas, es útil dividir los elementos de esta interpretación en cuatro sub-componentes que son centrales a esta investigación:

(SN1) Una gama de posibles alternativas a las medidas que el gobierno quiere emplear deben ser identificadas (“el componente posible”);



(SN2) la relación entre la medida gubernamental bajo consideración, las alternativas identificadas en SN1 y el objetivo que se pretende lograr debe ser determinado. Sólo aquellos que son “alternativas” igualmente eficaces para lograr el objetivo deben seguir siéndolo para su consideración en las siguientes partes del examen (“el componente instrumental”);

(SN3) las diferentes repercusiones en los derechos fundamentales de la medida y las alternativas identificadas en SN2 deben ser determinadas (“el impacto del componente”); y

(SN4) dadas las conclusiones en SN2 y SN3, una comparación global debe ser emprendida entre la medida gubernamental y las posibles alternativas y un juicio sobre si la medida adoptada por el gobierno es la menos restrictiva de los derechos en cuestión que pueda lograr el objetivo del gobierno en comparación con todas las otras posibles alternativas igualmente eficaces y (“el componente comparativo”).

Ahora voy a tratar de comprender más a fondo lo que está en juego en cada uno de estos sub-componentes.

## **1. Posibilidad**

Sobre la estricta interpretación de la necesidad, una medida sólo será necesaria si no hay alternativa posible que igualmente realice el objetivo a pesar de tener un menor impacto sobre el derecho. Esto plantea la cuestión de lo que en realidad va a estar incluido en el ámbito de ¿”todas las alternativas posibles”? De hecho, este concepto juega un rol crucial en la idea, defendida por Alexy, de que los derechos son principios de optimización; como hemos visto, el principio de necesidad de esta concepción deriva, lógicamente, en los casos en que dos principios chocan. Si cada principio debe realizarse en la mayor medida posible, ¿hasta qué punto debe extenderse? El campo de posibilidades que se

consideren determinará en gran medida cómo será el estricto examen de necesidad. Cuanto más amplia sea la noción de posibilidad aplicada, más alternativas tendrá una medida gubernamental y, por tanto, más difícil será para mostrar esa medida como necesaria. Ahora voy a considerar algunas interpretaciones de la posibilidad, en este contexto, y la dificultad de representar este parámetro totalmente fijo.

Cuando nos referimos a lo que es legalmente posible (en el contexto de la ponderación), Alexy parece estar empleando la idea de posibilidad lógica<sup>45</sup>. Los límites exteriores de la posibilidad lógica, sin embargo, no parecen ser muy oportunos en el contexto del examen de necesidad: en primer lugar, una comprensión de la posibilidad haría sumamente difícil que la legislación establezca que una medida infringiendo el examen de necesidad dé como alternativa lógicamente posible que la medida pueda ser usualmente imaginada. El segundo problema es que estas posibilidades lógicamente imaginarias no pueden ser físicamente posibles para lograr: una alternativa a una medida que, por ejemplo, implique la posibilidad lógica de que los seres humanos pueden volar sin la ayuda de un avión seguramente no pasaría ninguna prueba significativa del examen de necesidad.

Entonces, ¿Cómo emplear la noción de lo que se encuentra dentro del rango de lo que físicamente es posible para los seres humanos alcanzar? De nuevo, este concepto es muy amplio y parece tener demasiadas y severas restricciones a la legislatura para intentar justificar una medida en particular. Tampoco tiene en cuenta el hecho de que lo que es físicamente posible puede no ser viable desde un punto de vista práctico: puede ser físicamente posible crear automóviles de cables aéreos para el transporte de personas por encima de las ciudades pero sería tan costoso y complejo que no es prácticamente realizable.

---

<sup>45</sup> Alexy n 11 *supra* 51 - 53.

¿Por qué no utilizar la noción de lo que es “prácticamente factible”? Este concepto parece más prometedor, sin embargo, es importante reconocer que carece de la especificidad de las otras nociones de la posibilidad mencionada anteriormente. La viabilidad por sí misma puede admitir interpretaciones discrepantes: ¿esta idea de incluir, por ejemplo, limitaciones, tales como la escasez económica (una medida es inaccesible para un país dadas las actuales políticas crediticias, aunque podría ser asequible si estas políticas cambian) o sensibilidad política (una medida no puede ser aprobada, ya que provocará protestas masivas y actos de desobediencia civil)?<sup>46</sup> La forma en que se interpreta este requisito afectará la forma en que se aplica el examen de necesidad. La viabilidad también tiene ciertos peligros. Si, por ejemplo, la sensibilidad política es considerada, entonces puede impedir la adopción de medidas para dar cabida a las minorías, por ejemplo, donde la mayoría de la población considera que estas medidas son controvertidas. Eso iría en contra de una sociedad basada en los derechos en que se pretende proteger la libertad individual y la diferencia. La escasez económica podría también ser utilizada siempre como una defensa contra las alternativas a una medida gubernamental que quizá son un poco más exigentes en recursos. El estándar de viabilidad práctica, si se interpreta muy débilmente, corre el riesgo de que ofrezca muy poca protección a los derechos.

Este debate ha intentado demostrar que la noción de la posibilidad que informa la consideración de alternativas es central a la necesidad de investigación y determinará la severidad del examen que se aplica. La interpretación estricta de la necesidad asume que esta idea es clara y admite definitivamente la aplicación: como he intentado demostrar no lo hace y admite una variabilidad significativa. Entonces, ¿cómo deberían proceder

---

<sup>46</sup> Bilchitz n 21 *supra* 434.

los tribunales en relación con este factor? Lo que está claro es que, si el examen de necesidad es tener algún bocado, la corte no puede simplemente deferir al gobierno la determinación de la gama de alternativas viables. Tampoco deben interpretar el concepto de “viabilidad” de forma demasiado restrictiva y de una manera que contradice su papel para asegurar una sólida protección de los derechos fundamentales. En definitiva, ambas partes deben realizar ante el tribunal las principales alternativas que desean ser consideradas. Si una de estas exigencias no es factible, entonces, el tribunal debe interrogar estos argumentos y explicar las razones de su conclusión.

Un ejemplo de una corte considerando explícitamente este asunto ocurrió en *South Africa S v. Williams*<sup>47</sup>. En este caso, la corte determinó que la imposición de castigos corporales como pena para los delincuentes jóvenes era inconstitucional. El Estado alegó que “las sentencias alternativas para los menores estaban limitadas y que este país no tiene una bien establecida estructura y recursos humanos base que fuese capaz de soportar la imposición de penas alternativas”<sup>48</sup>. Langa J, escribiendo para la mayoría, reconoció que la Corte necesita “para examinar los recursos disponibles para determinar si existen realmente opciones apropiadas de sentencias. Hay que tener en cuenta que la presencia de diversas opciones en una serie de disposiciones legislativas no siempre reflejan realidades prácticas”<sup>49</sup>. Esto no fue determinante, sin embargo, la Corte considera que es importante que los recursos deben estar disponibles y deben ser utilizados correctamente, de modo que los valores expresados en la Constitución puedan ser defendidos y mantenidos”<sup>50</sup>. La

---

<sup>47</sup> *S v Williams* 1995 (3) SA 632 (CC).

<sup>48</sup> *Williams* para 63.

<sup>49</sup> *Ibid* p. [64]

<sup>50</sup> *Ibid*.

corte procedió entonces a examinar algunas de las posibilidades alternativas que existen para el castigo de los menores incluyendo supervisión correccional y el servicio a la comunidad<sup>51</sup>. La corte aquí reconoce claramente la necesidad de no distraernos considerando alternativas “inviabiles”; las limitaciones de la sociedad debían ser consideradas, pero también los tribunales no pueden simplemente aplazar la consideración de lo que era viable en la legislatura y aceptar su opinión de qué recursos estaban disponibles. En definitiva, los valores de la Constitución tenían que desempeñar un rol central en la determinación de lo que se consideraba una alternativa viable. El caso demuestra que, lejos de ser una técnica de investigación formal, la idea misma de la posibilidad de que yace en el corazón de la necesidad requiere tribunales para participar en razonamientos sustantivos y normativos relativos a las alternativas que se están estudiando. Por lo tanto, es evidente que –en relación con este primer sub-componente de necesidad– cualquier simple noción cuantitativa de “optimización” no está justificada y una gama de factores cualitativos entran en el examen.

## **2. Instrumentalidad**

Una vez que una corte ha identificado la gama de posibles medidas que examinará, debe recurrir a considerar la relación entre estos diferentes medios bajo consideración y el objetivo que se pretende lograr mediante la medida gubernamental original. De nuevo, la noción de optimización sugiere que cualquier alternativa debe alcanzar el objetivo en cuestión al mismo grado *máximo*. Los tribunales a menudo han formulado el examen como requiriendo cada alternativa digna de consideración para ser “igualmente efectiva” para lograr el objetivo en cuestión. He considerado en la primera parte de este documento la forma en

---

<sup>51</sup> Ibid. at para 73 y 75.

que una interpretación demasiado estricta de este requisito puede representar eficazmente el examen de necesidad sin sentido.

Es importante reconocer en este punto que, una vez más, la comprensión de este requisito ha sido sacudido por el idioma de la cuantificación y optimización que es inapropiado en este contexto. Se exige que los tribunales consideren medidas políticas y jurídicas, en la medida en que dan cuenta de un propósito en particular. Es importante trazar los diversos juicios cualitativos involucrados en este proceso.

En primer lugar, por supuesto, como la Corte Constitucional señala, este requisito exige un análisis cuidadoso de la finalidad de la disposición en cuestión<sup>52</sup>. Si es dada una interpretación demasiado estricta del propósito, entonces la medida puede ser efectivamente garantizada por ser la única manera de lograr el objetivo; si es dada una interpretación demasiado débil o amplia, entonces las alternativas que pueden considerarse muy débilmente lograrán el objetivo que el Gobierno desea alcanzar. La manera en que un tribunal caracteriza el propósito es, pues, importante para el examen de necesidad. Como Barak afirma, “mientras más la Corte reduce el nivel de abstracción, más difícil es encontrar medios menos drásticos para la realización del objeto”<sup>53</sup>. Barak sugiere que los tribunales deben determinar el propósito del derecho de conformidad con el “propósito real designado por la ley”<sup>54</sup>. Esta no es una solución completa, sin embargo, la determinación del propósito real generalmente implica un acto de construcción por parte de la Corte<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Manamela n 27 *supra* p. [96].

<sup>53</sup> Barak n 1 *supra* p. 373.

<sup>54</sup> Barak n 30 *supra* 333.

<sup>55</sup> En la etapa de necesidad, me parece que el objetivo de la corte es lograr una construcción *bona fide* del propósito legislativo más que cualquier evaluación detallada de este propósito. Esta evaluación debe

En segundo lugar, es importante reconocer que una sentencia requiere que dos (o más) medidas comprendan el propósito “igualmente eficaz”. La naturaleza del derecho y la política significa que este enunciado no admite cuantificación exacta; estamos en el reino de un juicio cualitativo cuyo logro del propósito es “más o menos” igual. Que inmediatamente conduce a una cierta flexibilidad del examen mismo. Sin embargo, puede argumentarse que la propia noción de que una alternativa debe ser igualmente eficaz es defectuosa e impone un requisito demasiado estricto sobre las alternativas que se están estudiando. McLachlin J en el caso *Hutterian Brethern* formula el problema como sigue: ¡el tribunal no necesita estar convencido de que la alternativa sería la de satisfacer el objetivo exactamente en la misma medida o grado que la medida impugnada. En otras palabras, el tribunal no debería aceptar una excesivamente exigente o precisa formulación del objetivo del gobierno que sería una manera eficaz de inmunizar a la ley del escrutinio con el mínimo menoscabo. La exigencia de una “medida alternativa igualmente eficaz...no debe ser llevada a un extremo de lo impráctico”<sup>56</sup>. Este *dictum* reconoce que insistir en una alternativa igualmente eficaz suele implicar exámenes demasiado débiles para comprobar la medida del gobierno y, por lo tanto, incorporar un enfoque demasiado deferente. El Tribunal Supremo canadiense aquí también reconoce que la finalidad del gobierno a menudo puede realizarse en diferentes grados.

McLachlin J sugiere una formulación alternativa del sub-componente de instrumentalidad que parece estar más en

---

ser considerada cuando el Tribunal de Justicia examina si la finalidad es legítima y en relación a si su realización justifica la violación del derecho en la etapa de “proporcionalidad stricto sensu”. Para un punto de vista contrario, consultar P. Yowell (nota 39 *supra*) 7.

<sup>56</sup> *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Company* 2009 SCC 38 p. [55].

consonancia con el marco legal y político y el examen de necesidad puede representar un elemento significativo del principio de proporcionalidad. Ella sostiene que deberían tenerse en cuenta alternativas que “proporcionan suficiente protección, en todas las circunstancias, al objetivo del gobierno...mientras el gobierno tiene derecho a la deferencia en la formulación de su objetivo, que no es deferencia ciega o absoluta. El examen en la etapa de deterioro mínimo es si existe una alternativa, medios menos drásticos de alcanzar el objetivo de *una manera real y sustancial*.” (el resaltado es mío)<sup>57</sup>.

Esta re-formulación sugiere que los tribunales no deben entender el examen para requerir que una medida logre un propósito exactamente en el mismo grado. La estricta formulación generalmente sólo proporciona una excusa para un alto grado de deferencia que ofrece poca protección de los derechos fundamentales. En su lugar, un estándar desarrollado más realistamente permite a los tribunales lidiar con la cuestión de si existen alternativas que realicen el objetivo del “gobierno” de una manera sustancial y “real”. La cualitativa, juicio normativo que aquí se hizo explícito, permite a los tribunales tratar de una manera más transparente con el *grado* en que las medidas alternativas tienen éxito en el logro del objetivo y si se cruza un umbral más realista de “aceptabilidad”.

### 3. Impacto

Una vez que se ha identificado que las medidas posibles pueden lograr el objetivo de una manera real y sustancial, se hace necesario determinar el impacto de cada una de esas medidas sobre los derechos fundamentales de las personas. Esta investigación requiere conocer el grado en que un derecho es afectado por las

---

<sup>57</sup> Ibid., p. [55].



distintas medidas que se están estudiando. La suposición aquí es que los derechos pueden ser afectados en diferentes grados: algunas invasiones, por ejemplo, pueden ir al corazón del derecho, mientras que otras lo afectan más periféricamente.

A fin de comprender el grado de invasión, es necesario tener una clara comprensión de la base justificativa subyacente para el derecho, así como la comprensión de su contenido. Esta es una cuestión que debe ser abordada a menudo a la hora de determinar si efectivamente existe una violación *prima facie* de un derecho con anterioridad a la solicitud del principio de proporcionalidad<sup>58</sup>. Si el tribunal no está, en esta primera etapa de análisis, comprometido con el contenido del derecho y no se especifica la naturaleza exacta de la violación, tendrá que hacerlo como parte del examen de necesidad; sólo por hacerlo, será capaz de estimar el grado de invasión del derecho. Una evaluación en esta etapa también tendrá que tener un lugar relacionado al *grado* de impacto que tendrían las medidas alternativas al derecho. Algunas “vaguedades”, por supuesto, se adjuntan a la comprensión del grado en que un derecho ha sido violado por una medida y las diversas alternativas bajo consideración. De nuevo, este es un juicio normativo cualitativo que debe ser realizado por un tribunal que no admite una precisión exacta. Aunque acepto que es justificable adoptar una metodología para determinar el grado en que se infrinja un derecho<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> En realidad, en mi opinión, es fundamental para la correcta aplicación de la proporcionalidad que los tribunales traten de entender, en la primera etapa del examen, el contenido sustantivo del derecho en el contexto particular y, por lo tanto, la naturaleza de la violación que ha tenido lugar. Aquí, no estoy de acuerdo con P. Yowell (nota 39 *supra*) 4 en este volumen que sugiere que todos los derechos humanos adjudicados pueden simplemente colapsar en la proporcionalidad.

<sup>59</sup> Alexy n 12, por ejemplo, sugiere cómo esto puede hacerse con una escala de tres etapas de “leve”, “moderada” y “grave” p. 402.

El problema que se plantea con frecuencia en esta etapa es que los tribunales no suelen demostrar voluntad de analizar el contenido de un derecho y, por lo tanto, dejan de articular una normativa transparente base para justificar el grado de deterioro que las diferentes alternativas pueden causar. Sin hacerlo, sin embargo, en el contexto del examen de necesidad, los tribunales se quedan sin una base adecuada para determinar si el gobierno ha adoptado efectivamente los medios que sean necesarios.

#### **4. Comparatividad**

Ya en las dos etapas anteriores, se podría argumentar que estamos obligados a participar en una forma comparativa de razonamiento. En la etapa de la instrumentalidad, estamos obligados a estudiar la relación entre medios y fines de la medida del gobierno y diversas alternativas, y en la fase de impacto, para considerar el grado de impacto sobre los derechos fundamentales de la medida de gobierno y diversas alternativas. SN4 nos obliga a llevar estas dos etapas juntas y realizar un juzgamiento que involucre ambos criterios y determinar si la medida del gobierno es el medio menos restrictivo de las alternativas factibles bajo consideración. Esto implica evaluar si existe una alternativa que comprende el objetivo de una manera real y sustancial a pesar de tener un menor impacto sobre el derecho. Algunos puntos importantes necesitan ser explicados aquí.

La primera es que la sentencia es, en última instancia, de carácter comparativo. Ya me he referido a la dificultad de determinar la gama de alternativas que se consideran en relación a lo “posible”. Una vez que el intervalo viene determinado, los tribunales están obligados a emitir un juicio, que la medida adoptada por el gobierno sea “mejor que cualquiera de las otras que están disponibles. Si la noción de optimización es estar de cualquier manera aquí, significa que la medida del gobierno es la mejor en

el contexto de alternativas viables. El criterio para decidir si es la “mejor” en estas circunstancias también implica dos dimensiones: la forma en que se realiza el objetivo y el impacto sobre los derechos fundamentales. Dada la existencia de estos dos ejes en cuestión, y la falta de precisión en relación a cada uno de ellos, la sentencia se vuelve más complicada de lo que inicialmente se ha previsto. De hecho, la comprensión de los subcomponentes de la manera arriba indicada implica que el examen de necesidad, a un grado, incluirá en él un elemento de ponderación.

Para ver por qué esto es así, consideremos el siguiente escenario. Imaginemos que una medida del gobierno (M1) realiza un objetivo (O1) hasta un cierto grado y viola un derecho hasta un cierto grado (R1). Ahora, un tribunal considera una alternativa (M2) que realiza el objetivo (O1) a un menor (todavía) grado real y sustancial, pero también infringe el derecho a un grado menor (R1). Por lo tanto, M1 es mejor que M2 en la realización del objetivo (O1); sin embargo, M1 es peor que M2 en relación a su impacto en el derecho en cuestión (R1). El objetivo sigue siendo realizado por M2, pero no así en relación a M1; sin embargo, hay una clara diferencia en relación a sus respectivos efectos sobre los derechos humanos. ¿La difícil cuestión que se plantea es si M1 es de hecho necesaria y si existen medios menos restrictivos en estas circunstancias?

Este problema surge, por ejemplo, para la Corte Suprema de Israel en un caso relativo a la construcción de un muro de separación entre israelíes y palestinos<sup>60</sup>. La corte determinó la cuestión sobre la base de la noción del principio de proporcionalidad en el derecho internacional humanitario, que es similar a su aplicación en el contexto de la limitación de derechos. La corte consideró que el objetivo de la construcción del muro era

---

<sup>60</sup> Beit Sourik n 11, *supra*.

garantizar la seguridad de los ciudadanos de Israel que enfrentaron los ataques terroristas procedentes de los territorios palestinos ocupados. La ruta existente de la muralla fue impugnada por tener un fuerte impacto en los derechos humanos de los palestinos. Los demandantes solicitaban al tribunal rutas alternativas para el muro que tengan un menor impacto sobre las vidas de los palestinos. La corte lo aceptó, a pesar de la perspectiva de los militares de que estas rutas alternativas proporciona menos seguridad para los israelíes. La Corte Suprema consideró, por tanto, el examen de necesidad de probar que se ha cumplido con las rutas alternativas sugeridas de lograr el objetivo de seguridad en la menor medida. En su lugar, se resolvió el caso en términos del componente de proporcionalidad, la ponderación (requiriendo que el daño causado por una medida sea en proporción a sus beneficios). Consideró que “la elección del comando militar de la ruta de la valla de separación es desproporcionado...donde la construcción de la valla de separación exige que los habitantes sean separados de sus tierras, el acceso a esas tierras debe garantizarse, a fin de minimizar los daños en la medida de lo posible”<sup>61</sup>.

¿Hace bien la Corte en reconocer que el examen de necesidad ha sido satisfecho por las medidas de los militares y centrar su objeción, como se hizo en el marco de la tercera etapa o el componente de ponderación de la proporcionalidad? Se llega a esta conclusión dada una estricta formulación de la instrumentalidad del examen de necesidad: “[l]a pregunta es si la antigua ruta satisface los objetivos de seguridad de la valla de seguridad *en la misma medida* que la ruta establecida por el comando militar” (cursivas mías)<sup>62</sup>. Sin embargo, como ya

---

<sup>61</sup> Ibid. [61].

<sup>62</sup> Ibid. [58].

hemos visto, esta formulación del requerimiento no es pertinente en el contexto jurídico y político y también es demasiado estricto para representar el examen útil y significativo. Si adoptamos la opinión más moderada de la Corte Suprema de Canadá, un medio debe ser tal como para lograr el objetivo de una manera real y sustancial. Una vez que debilitamos la prueba de esta forma, es posible reconocer que ambas medidas pueden alcanzar un objetivo del gobierno en forma sustantiva, aunque uno puede hacerlo mejor que otro. Si la alternativa al gobierno mide impactos sobre los derechos humanos en menor grado (aunque peor desde el punto de vista de la realización del objetivo), entonces ha de determinarse si la ganancia para los derechos fundamentales puede compensar la pérdida con respecto al objetivo del gobierno. Aquí vemos que un componente de la ponderación se convierte en parte del examen de necesidad por sí mismo. Esto es una consecuencia clara de reconocer las dimensiones cualitativas que implican el examen de necesidad y la insuficiencia de la estricta comprensión de la instrumentalidad.

El razonamiento en el caso *Beit Sourik* podría haber declarado como inaceptable la ruta del muro debido a un incumplimiento del examen de necesidad. De hecho, el núcleo del razonamiento que condujo a la conclusión de que la falta de proporcionalidad implica reconocer que en realidad existe una ruta alternativa para el muro que habría proporcionado un poco menos de seguridad para los israelíes ha reducido significativamente los daños a los palestinos. Ya existía una alternativa que protegía los intereses de seguridad de los israelíes de una manera real y sustancial a pesar de tener un menor impacto sobre los derechos de los palestinos, las medidas adoptadas por el ejército no eran necesarias en la concepción revisada que he formulado anteriormente.

## 5. La relación entre necesidad y ponderación

Le Bel J en una opinión disidente en el caso *Hutterian Bretheren* afirma que “la proporcionalidad depende de una estrecha relación entre las dos etapas finales del examen de *Oakes*”<sup>63</sup>. El análisis anterior proporciona razones para esta conexión estrecha entre las dos últimas etapas. Sin embargo, Dieter Grimm, por ejemplo, ha criticado a la Corte Suprema de Canadá por emplear incorrectamente en el examen de necesidad una “clase de lenguaje que es típico del proceso de ponderación reservado para el tercer paso en Alemania”<sup>64</sup>. Sostiene que la razón de este enfoque puede ser para evitar una gran discreción en la tercera fase de la proporcionalidad que sugiere que los jueces están involucrados muy fuertemente en hacer juicios de valor que deberían ser del dominio exclusivo de los poderes electos. Sin embargo, las Cortes de Canadá, Grimm argumenta, corren el riesgo del auto-engaño cuando todas las consideraciones orientadas al valor han sido hechas bajo el disfraz de una aparentemente neutral categoría de valor<sup>65</sup>. Él sugiere que

---

<sup>63</sup> *Hutterian Bretheren* n 25 *supra* [191]. Le Bel afirma que [192] “puede ser tentador para dibujar nítidas distinciones analíticas entre la mínima alteración y equilibrar los efectos de las partes de la prueba de *Oakes*. Pero determinar si una medida limita un derecho cumple satisfactoriamente la prueba de la justificación debería conducir a cierto cuestionamiento de la finalidad en el curso de la proporcionalidad, para determinar no sólo si una solución alternativa podría llegar a la meta, sino también en qué medida la propia meta debería ser realizada. Esta parte del análisis podrá confirmar la validez de otros medios menos invasivos”. Principio del formulario De una forma similar, afirma [195] que “las soluciones alternativas no deben evaluarse en una norma de la máxima coherencia con el objetivo declarado. Una medida alternativa podría ser legítima incluso si el objetivo ya no puede ser obtenido en toda su integridad”. Final del formulario

<sup>64</sup> Grimm n 2 *supra* 395.

<sup>65</sup> *Ibid.* 397.

es importante que las distintas etapas del análisis de proporcionalidad puede separarse: '[una] confusión de los pasos crea el peligro de que los elementos introduzcan la operación de manera incontrolada y representar el resultado más arbitrarios y menos predecible<sup>66</sup>.

El argumento que he proporcionado a través de un análisis de los sub – componentes de le brindan cierto apoyo al enfoque canadiense y demuestra que un elemento de ponderación está contenido dentro del examen de necesidad cuando se entiende en forma plausible. La importancia de la segunda etapa en Canadá puede explicarse no sólo por el intento de evitar juicios de valor por parte de la corte sino como resultado del inherente contenido del examen. La discusión de estos sub-componentes también pone de relieve el hecho de que la necesidad no es simplemente un valor neutro o una investigación fáctica. Más bien implica varias cuestiones y elementos cualitativos que no puede ser evitado por los tribunales. Yo no estoy de acuerdo con Grimm de que dichos juicios son invocados sólo en la tercera fase del principio de proporcionalidad; estamos de acuerdo, sin embargo, de que los tribunales no deben engañarse a sí mismos y que pueden evitar juicios de valor, incluso en la segunda etapa del principio de proporcionalidad.

Si la ponderación está incluida dentro del examen de necesidad, sin embargo, la pregunta es cómo podemos distinguir la segunda y tercera etapa del test de proporcionalidad. ¿No habremos colapsado completamente estos dos elementos del principio de proporcionalidad y, por lo tanto, confirmado los temores de Grimm de convertir el examen más amorfo y desestructurado? Es importante señalar que este es un problema similar pero contrario al enfoque propugnado por Barak, Grimm

---

<sup>66</sup> Ibid.

y la Corte Suprema Israelí en *Beit Sourik*. Mediante la adopción de una interpretación estricta de igual eficacia, llegan a privar al examen de necesidad de utilidad y esencialmente requieren todo el trabajo que se produce en la tercera fase del principio de proporcionalidad. Barak escribe claramente que cuando cualquier carga o gasto adicional se coloca sobre el estado por una medida alternativa, no debería ser considerada en la etapa de necesidad sino dentro del “marco de proporcionalidad stricto sensu”<sup>67</sup>.

El problema con el colapso de las dos etapas y poner todo el énfasis en la tercera etapa es que la ponderación que allí tiene lugar es de por sí muy polémica y ha suscitado muchas críticas por parte de la comunidad académica. Se ha sostenido, por ejemplo, que en la tercera etapa se debilita la protección de los derechos humanos<sup>68</sup> y proporciona demasiada discreción a los tribunales, creando un grave problema de separación de poderes<sup>69</sup>. En este volumen, Jochen von Bernstorff sostiene que el principal problema con la ponderación es su carácter *ad hoc*. Para él, ponderar implica sopesar “la gravedad de la infracción cometida en contra de la urgencia e importancia de los factores que lo justifiquen”<sup>70</sup>. Ponderar *Ad hoc* la adjudicación de los derechos humanos se convierte en un ejercicio de toma de decisiones políticas, que falla al crear y estabilizar las expectativas

---

<sup>67</sup> Barak n 30 *supra* pp. 324-326.

<sup>68</sup> Gross “Once More Unto the Breach”: The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies’ (1998) 23 *Yale Journal of International Law* 437ff.

<sup>69</sup> T Alexander Aleinikoff ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’ (1987) 96 *Yale Law Journal* 943, 984-986. .

<sup>70</sup> J von Bernstorff ‘Proportionality Without Balancing: Why Judicial ad hoc balancing is unnecessary and potentially detrimental to the realization of individual and collective self-determination’, en este volumen, (ed. C MCrudden and L Lazarus) 11.



jurídicas dentro del sistema jurídico”<sup>71</sup>. Esto exacerba el problema de proporcionar muy poca protección a las víctimas de las violaciones de los derechos fundamentales, así como proporcionando demasiado margen para la intervención judicial de la legislación. Von Bernstorff propone una forma de proporcionalidad que en gran medida se abstiene de la ponderación *ad hoc*. Su alternativa a los tribunales, sin embargo, exige medidas de examen que infrinjan los derechos tanto para la idoneidad y la necesidad. En lugar de la tercera etapa, los tribunales están invitados a desarrollar varias reglas de sub-exámenes y líneas de claridad para grupos específicos de casos que determinan cuándo la limitación de un derecho está o no justificada<sup>72</sup>.

Mucho del análisis de von Bernstorff es esclarecedor y merece un análisis más detallado del que soy capaz de ofrecer aquí. No obstante, es importante señalar que las consecuencias de mi argumento en este capítulo son que la adopción de las reglas de la “línea de claridad” de von Bernstorff no eliminará las reglas de alguna forma de balanceo de la alternativa que sugiere desde un grado de ponderación que está incluido dentro del examen de necesidad propiamente dicho, del cual von Bernstorff no quiere prescindir. Es mucho más difícil eliminar el balanceo del test de proporcionalidad de lo que podría haberse pensado.

---

<sup>71</sup> Ibid. 4.

<sup>72</sup> El alcance de este trabajo no permite un análisis detallado de las alternativas de von Bernstorff. Estoy ampliamente a favor de su intento de reforzar la protección de los derechos humanos y tratar de lograr un mayor acercamiento de principios hacia la limitación de derechos que no está puramente basado en casos específicos de análisis *ad hoc*. Yo, sin embargo, dudo de que será posible desarrollar las normas categóricas que quiere von Bernstorff sin incurrir a algún tipo de razonamiento equilibrado a fin de establecer estas reglas. No obstante, sería preferible disponer de algunas de las normas provisionales que se aplican en casos concretos, en lugar de la sentencia no estructurada a menudo mucho más amplia realizada por los tribunales en la tercera etapa de la proporcionalidad.

Sin embargo, no creo que mi argumento destruya completamente el intento de von Bernstorff de introducir más razonamientos categóricos en la proporcionalidad. La razón de esto es que sigue siendo posible distinguir el balanceo que tiene lugar dentro de la necesidad de ponderar en la tercera fase del examen<sup>73</sup>. Esto tiene implicaciones tanto para la proporcionalidad tradicional así como para el argumento de von Bernstorff.

El examen de ponderación de la investigación que se lleva a cabo dentro del examen de necesidad es de carácter limitado. Finalmente, en la etapa de necesidad, los tribunales están preocupados con la evaluación de las alternativas viables a la medida deseada por el gobierno. Esas alternativas deben ser evaluadas contra la medida para determinar si hay al menos una que realice el objetivo del gobierno de una manera real y sustancial pero que tiene un menor impacto sobre el derecho. Como se ha discutido anteriormente, esto puede implicar en el tribunal que balancea una reducción en la efectividad (en la consecución del objetivo del gobierno) de una medida alternativa contra un menor impacto sobre los derechos fundamentales. La necesidad de evaluar alternativas de esta manera proporciona un importante proceso de razonamiento que es de protección de los derechos fundamentales ya que requiere un compromiso con el hecho de si el gobierno fuese muy objetivo podría haberse logrado adecuadamente con un menor impacto sobre los derechos fundamentales. A pesar de su importancia, en el examen de necesidad, lo que sigue siendo de importancia fundamental son dos ejes: la relación

---

<sup>73</sup> Aquí discrepo con Yowell (nota 39 *supra*) 11-13, 48 quien sostiene que la existencia de un cierto grado de equilibrio en el examen de necesidad conduce en última instancia a un colapso de la segunda y tercera etapa de la proporcionalidad en una sola prueba de medio-fin de la proporcionalidad. Como pretendo indicar a continuación, en mi opinión, es posible reconocer que una forma mucho más limitada de carga ocurre en la etapa de necesidad que en la etapa de “proporcionalidad estricto sensu”.

entre los medios y el objetivo en cuestión, así como el impacto sobre los derechos fundamentales. Esto impone un enfoque más moderado en el proceso de ponderación que se produce en este examen. Es difícil ver cómo esta forma más limitada de ponderación puede ser removida del principio de proporcionalidad sin perder su carácter esencial.

En la etapa final del principio de proporcionalidad, sin embargo, el balanceo implica una investigación mucho más amplia. Digamos, por ejemplo, que se llegó a la conclusión de que una medida gubernamental es necesaria. Todavía queda la cuestión de si, en el contexto del asunto que se examina, los beneficios de esa medida (en relación con el objetivo que el Gobierno desea alcanzar) compensan los costes de los derechos fundamentales. Como Grimm señala, los dos pasos anteriores de la proporcionalidad “no pueden evaluar el peso relativo de los objetivos de la ley, por un lado, y el derecho fundamental, por el otro, en el contexto de la legislación bajo examen”<sup>74</sup>. Consideremos una ley que autoriza a la policía a disparar a muerte a una persona si este es el único medio para proteger una propiedad. Aquí hay un fin lícito y la ley garantiza que las medidas adoptadas son adecuadas y necesarias. Sin embargo, “si uno tenía que parar aquí, la ponderación entre la vida y la propiedad no podría realizarse. La ley podría ser considerada como constitucional y la vida no tendría la protección que merece”<sup>75</sup>.

El ejemplo ilustra correctamente el tipo de examen normativo no - comparativo exigido por la tercera etapa de la proporcionalidad. Grimm, en este ejemplo, asume que los tribunales podrían llegar a una conclusión protectora de la vida. Sin embargo, es igualmente posible que –en un contexto de múltiples robos y

---

<sup>74</sup> Grimm n 2 *supra* 396.

<sup>75</sup> *Ibid.*

hurto— los tribunales llegasen a la conclusión opuesta. El amplio margen de discrecionalidad que participa en tales juicios de valor en la tercera fase del examen, así como el cálculo de costo -beneficio utilitario en casos particulares con limitadas directrices de principio parece ser lo que justamente preocupa a los teóricos como von Bernstorff. Si es posible o deseable eliminar la amplia evaluación normativa exigida por la tercera fase al considerar la limitación de derechos es una cuestión que no puedo seguir aquí. Lo que he intentado demostrar es, sin embargo, que una forma más limitada de ponderación no puede ser eliminada del examen de necesidad. Esta forma más moderada de ponderación puede ser distinguida de lo que tradicionalmente se ha comprometido en la tercera etapa de la proporcionalidad, dejando así espacio para alternativas a la tercera fase, como los propuestos por von Bernstorff.

## 6. CONCLUSIÓN

La proporcionalidad se ha convertido en la *lingua franca* de la conversación de hoy a través de las fronteras sobre las circunstancias en las que es conveniente limitar los derechos fundamentales. Este trabajo ha querido explorar el componente de la necesidad del principio de proporcionalidad. En las primeras partes de este trabajo he procurado identificar lo que he llamado la interpretación estricta de la necesidad. He intentado demostrar que esta comprensión de la necesidad puede provocar dos problemas opuestos: o se considera demasiado fuerte la deferencia sustancial por parte de los tribunales de otras ramas o es demasiado débil, como resultado de una construcción estricta del componente de igual efectividad. De cualquier manera, la prueba no ofrece una protección suficiente a los derechos fundamentales, invitando a los tribunales o a eludir sus requerimientos o simplemente dejándolo sin sentido. En la segunda parte del ensayo se trató

de romper la investigación en cuatro partes y examinar lo que entraña cada una. En cada componente se observó la participación de juicios cualitativos y normativos que significaba que la interpretación estricta no podría justificarse adecuadamente.

Este análisis llevó a la conclusión de que lo que considero una interpretación moderada de la necesidad (MN) necesita ser adoptada. Los diversos componentes de MN pueden resumirse como sigue:

(MN1) Todas las alternativas viables que necesitan ser identificadas, con tribunales pueden ser explícitas en cuanto a los criterios de factibilidad;

(MN2) La relación entre la medida gubernamental bajo consideración, las alternativas identificadas en MN1 y el objetivo que se pretende lograr debe ser determinado. Se debe realizar un esfuerzo para conservar sólo aquellas alternativas en la medida que alcance el objetivo de una manera real y sustancial.

(MN3) Los distintos efectos de la medida y las alternativas (identificadas en MN2) bajo los derechos fundamentales deben determinarse, siendo reconocido que esto requiere un reconocimiento de impacto aproximado; y

(MN4) Dadas las conclusiones en MN2 y MN3, una comparación global (y de ejercicio de ponderación) debe llevarse a cabo entre la medida y las alternativas. Se debe determinar si la medida del gobierno es la mejor de todas las alternativas viables, considerando tanto el grado en que se realizan los objetivos del gobierno y el grado de impacto sobre los derechos fundamentales (“el componente comparativo”).

La interpretación moderada de la necesidad deja en claro que los tribunales ya no son necesarios para evaluar las medidas gubernamentales contra un estándar excesivamente alto. Como el Juez Kriegler declaró en la Corte Constitucional de SA,

“cuando la sección 36 (1)(3) habla de medios menos restrictivos no postula una norma de perfección inalcanzable”.<sup>76</sup> Como he tratado de demostrar, sin embargo, el examen no es una sentencia amorfa primordial. Necesariamente implica un proceso de razonamiento diseñado para asegurar que sólo las medidas con una fuerte relación con el objetivo que pretenden alcanzar puede justificar una invasión de los derechos fundamentales. Ese proceso requiere tribunales a través de las diferentes etapas de la interpretación moderada de la necesidad.

La interpretación más moderada de la necesidad permite también alejarse de cualquier estrategia general de deferencia; por el contrario, los tribunales deben evaluar cuidadosamente las pruebas presentadas ante ellos por ambas partes en relación con cada etapa del test. Donde otras ramas del gobierno tienen ventajas institucionales y la pericia, los tribunales podrán, en los casos donde la evidencia es finamente ponderada, encontrar al gobierno como que está mejor situado para hacer los juicios cualitativos requeridos. Esto no debería implicar una presunción general a favor del gobierno, sino que permite que sus pruebas y argumentos le den algún peso donde se presenten los asuntos sobre los que el gobierno tiene más capacidad y competencia institucional. Lo contrario también se aplicará en la medida en que sus pruebas y argumentos tengan menos peso en la determinación del impacto de los derechos, por ejemplo, en el caso de que el demandante pueda tener un mayor conocimiento y entendimiento.

La finalidad fundamental del test es ofrecer una consideración explícita de la relación entre los medios, objetivos y derechos. La disciplina de este proceso de razonamiento ayuda a identificar defectos en cualquier intento de justificación de la limitación

---

<sup>76</sup> *S v Mamabolo* 2001 (3) SA 409 (CC) p. [49].

de los derechos fundamentales. El proceso, como he dicho, no es mecánico ni es un hecho. Es esencialmente normativo y de naturaleza cualitativa. El error al realizar el examen de necesidad con diligencia, sin embargo, significa que una medida del gobierno puede escapar a un estrecho escrutinio en relación tanto a la realización del objetivo y el impacto en los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no son absolutos sino que merecen una protección fuerte. La forma en que se realiza el examen de necesidad puede tender hacia cualquiera de estos derechos de representación absoluta ofreciendo poca protección. He buscado en este trabajo resaltar ciertas maneras en que los tribunales e investigadores han abordado el asunto que tienden a ir hacia estos dos extremos. En su lugar, he tratado de lidiar con la complejidad de la investigación en sí, tratando de demostrar que una interpretación más moderada es posible, no solo brindando una protección significativa para los derechos sino que permite su limitación en circunstancias deseables. En última instancia, el buen juicio es ineliminable de la determinación de la necesidad; un claro proceso de razonamiento ayuda a orientar las decisiones que deben ser tomadas a través del esclarecimiento de la naturaleza del examen y consideraciones normativas en cuestión.

PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS  
Y DISCRECIÓN JUDICIAL

*Miguel Neria Govea*

*Christian Norberto Hernández Aguirre*

*Juan Manuel Ávila Silva*





## 1. INTRODUCCIÓN

El uso de discreción es parte natural de la función jurisdiccional, pongamos como ejemplo las leyes penales que establecen una pena corporal, todas fijan una penalidad mínima y una máxima, el juzgador atendiendo a mucho factores deberá fijar una pena específica en cada caso; otra situación, a manera de ejemplo, puede ser en la valoración de las pruebas que se hace en un juicio, donde puede haber pruebas tasadas y otras de valoración libre, por lo que el juez debe valorar las pruebas dependiendo de cada sistema, y decidir cuál de los justiciables demostró su pretensión en audiencia. En ambos casos, el juez deberá justificar con razones la decisión que ha tomado de manera discrecional. Así, como punto de partida afirmamos que los jueces para realizar su función, tienen un margen de discreción. Donde surge la controversia, es en el alcance de la discrecionalidad del juzgador, especialmente, en relación a la interpretación constitucional y derechos humanos.

En ese sentido, enfocarse en estudiar métodos de argumentación constitucional que permitan de manera objetiva calificar un argumento como razonable o correcto, resulta trascendental para analizar el uso correcto de la discreción judicial. Como señala Friedlander<sup>1</sup>, el juez no es un árbitro que aplica reglas

---

<sup>1</sup> Friedlander, Matthew D., "Adjudicating in the kingdom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debate", *University of Illinois Law Review*, No. 4 Vol. 2011, p. 1388.

vacías de contenido moral o axiológico, y menos cuando su resolución tiene impacto en el desarrollo o límite en el ejercicio de derechos humanos. Por tanto, habrá que buscar métodos de argumentación que puedan evaluar la argumentación dada en una resolución constitucional, especialmente, cuando se refiera a principios que tengan esta carga moral o axiológica.

El profesor Alexy, ha señalado que *“interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements...principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities”*<sup>2</sup>. De tal manera que entenderse los Derechos Humanos como normas de optimización, establece una obligación al juzgar de desarrollar el contenido de los mismos, lo más posible dentro de los límites facticos y jurídicos posibles. Por ello, en la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe graduar tanto la afectación de un principio como la necesidad de satisfacer otro principio que se encuentre en colisión, y por último justificar la importancia de satisfacer un principio en mayor medida o en detrimento de otro, sin sacrificarlos en su totalidad una vez valorados razonadamente. Con ello, podemos calificar el detrimento de un principio como leve, moderado o grave, y la importancia de respetar el otro principio de igual manera, con lo que se puede objetivamente medir las razones por las que se justifica los argumentos dados en una resolución<sup>3</sup>.

De tal suerte, el principio de proporcionalidad nos sirve como un instrumento metodológico para desarrollar y evaluar un argumento en el que existan dos principios en colisión.

---

<sup>2</sup> Alexy, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *I-Con*, Vol. 3, Number 4, 2005, pp. 572-573.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 574-575.

Así, nuestra postura en este trabajo, es que los métodos como el de la ponderación de principios sirven en parte para justificar de manera racional el uso de la discreción judicial. Para justificar lo anterior, nos planteamos las siguientes preguntas:

¿Cuáles son los métodos argumentativos en la discreción judicial respecto de los derechos humanos?

¿Resulta viable la ponderación de principios como método para justificar de manera racional, el uso de la discreción judicial a la hora de interpretar derechos humanos?

Como parte de los argumentos que utilizaremos para determinar que la ponderación es un método apropiado para la argumentación constitucional, primero hay que reconocer que este tipo de argumentación es muy complejo, a diferencia de la argumentación sobre temas de legalidad. La constitución está compuesta de un lenguaje intencionalmente abstracto, para que en una sociedad pluralista encuentren en ella cabida para todos. La constitución tiene carga axiológica, ciertos valores o principios que estructuran todo el sistema jurídico. La interpretación de la constitución no está sujeta a un *estare decisis*, temas importantes y más cuando tienen que ver con derechos humanos, siempre están sujetos valoraciones y nuevos análisis para el desarrollo de las libertades y derechos. Lo anterior, nos puede dar una idea de que en materia de argumentación constitucional no existe siempre la única respuesta correcta.

## **2. EL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

La mayoría de los ordenamientos jurídicos han adoptado una concepción principialista del Derecho, es decir, el reconocimiento de los derechos fundamentales como principios que gozan de una morfología normativa abstracta, que servirán como parámetros de validez material de las normas y actos del Estado

y, como señala Lorraine E. Weinrib, tocará a la jurisdicción constitucional ser guardián de los principios constitucionales fundamentales<sup>4</sup>.

En ese sentido, si recordamos lo que dice Zagrebelsky, “la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”<sup>5</sup>, el tema del juez constitucional se vuelve parte central de la doctrina neoconstitucionalista<sup>6</sup>. La Jurisdicción Constitucional tiene la función de encontrar el alcance de los principios constitucionales, asimismo ejerce la función de control de constitucionalidad, tanto en el aspecto material como formal de las normas emitidas por el legislador. Luis M. Cruz indica que el proceso de constitucionalización implica fenómenos específicos, tales como “la limitación de los contenidos posibles por el Derecho ordinario, la determinación

---

<sup>4</sup> “In the postwar constitutional paradigm, courts vested with constitutional jurisdiction function as special guardians of foundational constitutional principles, including the rule of law, the separation of powers, the democratic function, and the specific rights that the constitution guarantees. Adjudication of rights claims serves to protect these constitutional principles against inimical legislation and state action”, Weinrib, Lorraine E., “The postwar paradigm and American exceptionalism”, en Choudhry, Soujit, *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University press, New York, 2006, p. 92

<sup>5</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007, p. 47

<sup>6</sup> Como señala con muchísima claridad el profesor Manuel Aragón Reyes “hoy podría decirse sin exageración alguna que los principales problemas que existen en la vinculación de los jueces a la ley derivan de que también están vinculados a la Constitución” Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, et al. *Jueces y Derecho: Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa, 2004, p. 151

material de lo exigido constitucionalmente, la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales, o la apertura del sistema jurídico a la moral”<sup>7</sup>.

El Estado Constitucional actual implica un énfasis en la práctica argumentativa, y es precisamente por el contenido moral de las normas, por los principios y valores subyacentes en los actos de autoridad, como señala el profesor Neil McCormick “*now, however, it seems to me that the whole enterprise of explicating and expounding criteria and forms of good legal reasoning has to be in the context of fundamental values that we impute to legal order. Reasoning about the application of law in the light of such values is persuasive, not demonstratives*”<sup>8</sup>.

Así, los temas de interpretación de la Constitución y la discusión sobre quién debe realizar esta tarea, están en el corazón de la teoría constitucional, pues quien diga qué dice la Constitución, dirá cuáles son los límites que impone sobre el poder público. La interpretación de la Constitución no debe entenderse como un acto cognitivo, que limita al intérprete a descubrir el significado del texto, ya sea por la intención de quienes la redactaron o por su significado literal. Si partimos que la idea que estructura el constitucionalismo es el límite del poder público a través de la división y organización de los poderes, y del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales<sup>9</sup>, quién interprete la Constitución, dirá qué es y cuál es ese límite que establece al poder público conforme a estos dos aspectos.

---

<sup>7</sup> Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, BPDPC-Porrúa, México, 2006, p. 4

<sup>8</sup> MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*, Oxford, New York, 2005, pp. 1-2

<sup>9</sup> Wil Waluchow, *Constitutionalism*, in Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>>. PP. 2-3

En el Estado Constitucional, se ha encargado a la Función Jurisdiccional ser el intérprete de la Constitución, ya ha señalado Charles McIlwain “this notion of the necessity in a constitutional state for a judicial interpretation and limitation of the acts of government was at first naturally vague and instinctive; it became fully and consciously developed only at a later date”<sup>10</sup>. De las principales preocupaciones que generaba esta tarea en la función jurisdiccional, era por un lado el argumento contramayoritario y por otro, la creación sin límite del derecho por los jueces.

Así, podemos percibir que el cambio de percepción constitucional en los sistemas jurídicos, trajo una transformación importante en la aplicación del Derecho. La estructura principalista de las constituciones contemporáneas ha generado una amplitud interpretativa. Aunque se hace la aclaración de que la amplitud interpretativa no se refiere a una interpretación arbitraria, sino en la razonabilidad de ésta para alcanzar en mayor grado los fines constitucionales perseguidos, como vimos anteriormente. Sobre este tema, Zagrebelsky señala que “a las concepciones de la interpretación que admiten el recurso a los principios (sean éstos de derecho natural o de derecho constitucional) se les objeta generalmente, en nombre de la certeza del derecho, que abrirían el camino al arbitrio de los intérpretes, autorizados a introducir puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y en su aplicación”<sup>11</sup>. Pero es precisamente en ese sentido, que el Estado Constitucional tiene un claro dialogo institucional entre legislador y jurisdicción constitucional, toda vez que la obligación de encontrar el alcance de los principios constitucionales recae en ambos.

<sup>10</sup> McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis, Liberty Found Inc., Revised edition, 1947, p. 12

<sup>11</sup> Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil*, *Op. cit.*, p. 144.

Para explicar la importancia de los principios, Ronald Dworkin en su famosa obra "*The model of rules*", señala que en los casos difíciles se hace uso de normas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios, directrices y otro tipo de estándares<sup>12</sup>. Explica la diferencia entre reglas y principios, señalando en parte que las reglas tienen una aplicación de todo o nada, en tanto que los principios no establecen una serie de condiciones que hacen que su aplicación sea necesaria, sino que asientan una razón para argumentar en un sentido; otra diferencia que resalta, es que los principios tienen una dimensión de peso o importancia, por tanto cuando entran en colisión dos principios deberá tomarse en cuenta el peso o relevancia de cada principio para determinar cuál será el que en mayor medida prevalezca; en tanto que en la colisión entre reglas, al ser todo o nada, cuando existen antinomias, una de ellas será válida y la otra será inválida.

La distinción entre reglas y principios cobra importancia, por ser dos instrumentos fundamentales en la actividad jurisdiccional, con metodología jurídica particular para su aplicación, y cada uno impacta la discrecionalidad en la función jurisdiccional de forma diferente. Las reglas se conforman con un supuesto de hecho determinado, lo que implica que para su aplicación a un caso concreto basta subsumir los hechos a la regla adecuada, es decir, utilizar el silogismo jurídico. En cambio, los principios al no tener un supuesto de hecho, son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que el juez va a tener que cumplir con ese mandato de optimización<sup>13</sup> lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente se pueda. De suerte que para lograr esa tarea, la labor argumentativa ha aumentado,

---

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald, *The model of Rules*, The University of Chicago Law Review, Volume 35, No. 1, 1967, p. 22

<sup>13</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86



ahora adicional al silogismo, los operadores jurídicos tendrán que utilizar la ponderación y argumentos de razonabilidad para construir reglas a partir de principios, y que dicha construcción sea congruente con el sistema para que se justifique el uso de discreción.

### 3. MÉTODOS DE ARGUMENTACIÓN Y DISCRECIÓN JUDICIAL

Como señala Hart “*discretion is after all the name of an intellectual virtue...it is the power of discerning or distinguishing what in various fields is appropriate to be done and etymologically connected with the notion of discerning*”<sup>14</sup>. Esto nos lleva a comprender que cuando hablamos de usar discreción en la toma de decisiones, implica un proceso de razonamiento para que sea la decisión más correcta posible, no es una simple preferencia. De tal manera, cuando hablamos de discreción de los jueces, no implica que van a resolver por antojo, o tendencioso hacia alguna de las partes, sino que entre varias opciones posibles a partir de las normas, van a tener que deliberar y decidir.

No obstante ello, han existido corrientes formalistas que constriñen la función interpretativa del Juez, y con ello, rechazan la idea de discreción para fortalecer una concepción de seguridad jurídica<sup>15</sup>. El profesor Tushnet descarta que la teoría de interpretación constitucional ha servido para limitar de manera efectiva el alcance de la discrecionalidad que utilizan

<sup>14</sup> Hart, H.L.A., *Discretion*, Harvard Law Review, CXXVII, 2013, p. 656

<sup>15</sup> “The vice known to legal theory as formalism or conceptualism consist in an attitude to verbally formulate rules which both seeks to disguise and to minimize the need for such choice, once the general rule has been laid down” en Hart, H.L.A., Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1982, Great Britain, Clarendon Law Series, p.126

los jueces, sino que, como señala “*it serves primarily to provide a set of rethorical devices that Justices can deploy*”<sup>16</sup>. Así mismo, expone dos problemas específicos para comprender por qué las teorías de interpretación constitucional no sirven para limitar la argumentación constitucional: primero, parte de que ninguna teoría de interpretación constitucional conlleva a una única respuesta posible, “*talented judges, if force to adhere to the rules of any specified theory of interpretation, could produce whichever result they wanted anyway*”<sup>17</sup>; segundo, que no existen razones para que los jueces adopten determinada teoría constitucional que limite su propia función y no adopten otras teorías<sup>18</sup> que les den mayor alcance en su participación en el desarrollo del contenido constitucional y control de los actos de otros poderes.

Así tenemos que para Tushnet, las teorías de interpretación constitucional, no sirven para limitar el ejercicio discrecional de la función jurisdiccional, pero contrario a lo que sostiene, teorías sobre argumentación constitucional resultan importantes y necesarias en la medida que permitan evaluar o medir la corrección de las razones que justifiquen la decisión tomada de manera objetiva.

La discusión sobre si la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento o de decisión y voluntad, alcanza a la interpretación constitucional. Por la idea de permanencia y estabilidad, la Constitución está escrita de tal forma que permita que temas

---

<sup>16</sup> Tushnet, Mark, “Constitutional Interpretation, character, and experience”, *Boston University Law Review*, Vol. 72, 1992, p. 756

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 750

<sup>18</sup> Sobre este punto, señala que podría elaborarse una teoría de incentivos para adoptar determinada práctica judicial, o a través de la crítica académica de las resoluciones, pero que no ha mostrado muchos resultados positivos tales estrategias para incentivar que se generalice la adopción de una teoría constitucional determinada y más cuando en la propia academia existen diferentes posturas sobre qué teoría se debería desarrollar.

de moralidad pública (*political morality*), no estén resueltos de manera definitiva, sino que su lenguaje especialmente ambiguo y vago, posibilita que sociedades plurales coexistan y que generaciones futuras puedan a partir del texto de la Constitución, encontrar respuestas a diferentes problemas que se vayan planteando o responder a problemas recurrentes de forma diferente debido a cambio de circunstancias<sup>19</sup>. Adicional al lenguaje, otro problema que enfrentan los intérpretes Constitucionales es que no todo el Derecho Constitucional se encuentra plasmado en la Constitución<sup>20</sup>, pues se nutre tanto de los trabajos de la elaboración del texto constitucional como de los precedentes constitucionales que se han desarrollado.

Al aceptar que no existe una respuesta única correcta, sino que es posible encontrar varias respuestas correctas, se debe abandonar la idea de encontrar un método que te pueda producir la única respuesta correcta, y buscar métodos que puedan racionalizar las decisiones en mayor medida. La discrecionalidad de los juzgadores siempre va existir, si tomamos al silogismo jurídico utilizado como método tradicional en la argumentación jurídica, deja a la discrecionalidad de los jueces la selección de premisas. Sin embargo, el silogismo no puede ser aplicado cuando estemos razonando con principios, los principios al no tener un supuesto de hecho, son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que el juez va a tener que cumplir con ese mandato de optimización lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente se pueda. De suerte que para lograr esa tarea, la labor argumentativa es más compleja cuando se opera con principios.

---

<sup>19</sup> Wil Waluchow, Constitutionalism, in Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>>.P. 24

<sup>20</sup> Wil Waluchow, op. cit., p. 11

De tal manera, que cuando operamos con principios lo recomendable es utilizar el método de ponderación, que como sabemos, no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Mejor dicho que el peso abstracto que eventualmente podamos atribuir a un derecho no es todavía su peso definitivo porque éste depende además de su grado de afectación y de la necesidad de la intervención de acuerdo a la fórmula del peso.

Por ello, Marina Gascón señala que las colisiones entre normas (principios) se superan mediante lo que ha dado en llamarse *juicio de ponderación* (o de proporcionalidad), consistente grosso modo en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto[...] y que implica tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.<sup>21</sup> En ese contexto, con la ponderación se puede buscar una solución armónica pero en caso contrario (la mayoría de las veces cuando hay colisión de principios) la prevalencia de uno sobre otro.

Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto. Según la ley de la ponderación, que ha señalado el Profesor Alexy, cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

---

<sup>21</sup> García Figueroa, Alfonso *et al*, Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 303 y 305.

De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación (que va destinada a establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto para el caso en concreto) se desglosa en tres pasos: 1) Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio; es decir, hay que definir la *intensidad de la intervención* en el principio. 2) Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la *importancia de la satisfacción* del principio que juega en sentido contrario. Y 3) finalmente hay que decidir si la importancia de la satisfacción de ese principio *justifica* la intensidad de la intervención en el otro. Es decir, hay que decidir qué principio “pesa” más en el caso concreto examinado y, por consiguiente, prevalece sobre el otro.<sup>22</sup>

Así mismo al distinguir las dos posiciones entre Tushnet y Alexy, resulta importante para determinar de acuerdo a los alcances de la argumentación constitucional el uso de la discreción la práctica jurisdiccional constitucional. Así, si tomamos en consideración la clasificación que Lawrence Sager maneja sobre la práctica de los jueces constitucionales, si es un agente o socio en el desarrollo del contenido constitucional<sup>23</sup>, el profesor Tushnet, fija su posición en el sentido de que la jurisdicción debe limitarse al contenido e intención del constituyente, es un agente; en tanto que para el profesor Alexy, con la obligación de optimización, la función jurisdiccional puede ir más allá de lo

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>23</sup> Sobre esta clasificación el Profesor Sager señala que “in agency accounts, the idealized judge is an agent of other decision-makers; she is an instruction taker...Partnership accounts, in contrast, treat judges as partner or collaborators in the enterprise of establishing and giving operational content to precepts of constitutional value” en Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004, p. 15

establecido explícitamente en la Constitución, para desarrollar de mejor manera el contenido constitucional, una visión más de Socio (partnership) en la construcción o desarrollo del contenido constitucional, pero con un método que nos permita evaluar de manera objetiva la argumentación dada en esa función de socio.

Por tanto, los fines de la argumentación constitucional no es limitar la posibilidad del desarrollo del contenido constitucional por parte de la función jurisdiccional, sino de poder sostener y evaluar las razones dadas una resolución como correctas e incorrectas, o justificas o no justificadas.

#### **4. DISCRECIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL EN LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS**

Las críticas dirigidas al uso de ponderación, como la falta de precisión, de predictibilidad, e inconmensurabilidad de los principios, reflejan una desconfianza a la racionalidad de los juzgadores, pues pretenden buscar limitar la discrecionalidad racional de los juzgadores al momento de resolver controversias, en vez de buscar métodos para valorar las razones de una resolución. El Derecho no es una ciencia en la que a través de un proceso se obtenga siempre el mismo resultado, al tener relación con la moral y valores, estos operan de manera diferente dependiendo de las circunstancias de cada caso, por eso, entre más aspectos se tomen en consideración para valorar al momento de resolver controversias constitucionales, más justificada va estar una resolución.

Por tanto, el método de ponderación en la argumentación constitucional, establece la manera en que podemos tanto desarrollar argumentos cuando se resuelvan controversias en las que existan conflictos de derechos, como un método para medir el grado en que una resolución tomó la mayor parte de aspectos

posibles para emitir su resoluciones y valorar las razones dada para llegar a tal solución.

De tal manera, que cuando operamos con principios lo recomendable es utilizar el método de ponderación, que como sabemos, este no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen el mismo peso o importancia, mejor dicho que el peso abstracto que eventualmente podamos atribuir a un derecho no es todavía su peso definitivo porque éste depende además de su grado de afectación y de la necesidad de la intervención de acuerdo a la fórmula del peso. Por eso la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto.

El uso de la ponderación y en particular la fórmula de peso sirve como aduce el profesor Bernal Pulido, para dar expresión a cada elemento que debe analizar el juez para verificar si está justificada<sup>24</sup>, más no para garantizar que dicha argumentación te conduzca a la única respuesta correcta. Se debe tomar en cuenta que lo central de la argumentación constitucional es dar razones del porque esos valores o derechos en ciertos caso predominan sobre otros y en qué medida van tener predilección de interferencia sobre otros derechos y valores, y con esas razones, se racionalice el uso de discrecionalidad judicial.

---

<sup>24</sup> Pulido, Carlos Bernal, "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Volume 92, Number 2, April 2006, pp. 195-208, p. 20, consultado el 22 de Agosto de 2016 en: [https://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](https://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf)

## 5. CONCLUSIONES

Finalmente se puede señalar que la interpretación de la constitución respecto de derechos humanos, está sujeta a valoraciones, por el contenido moral de las normas, por los principios y valores subyacentes.

La argumentación en derechos humanos a aumentado, siendo adicional al silogismo, ya que los operadores jurídicos tendrán que utilizar la ponderación y argumentos de razonabilidad, para construir reglas a partir de principios y que dicha construcción sea congruente con el sistema para que se justifique el uso de la discreción judicial.

Asimismo cuando hablamos de usar la discreción jurídica implica un proceso de razonamiento en la toma de decisiones, implica un proceso de razonamiento para que sea la decisión más correcta posible.

Por lo que el silogismo no puede ser aplicado cuando estamos razonando con principios, los principios al no tener un supuesto de hecho son normas con condición de aplicación indeterminada lo que implica que el juez va a tener que cumplir con el mandato de optimización.

Por lo que la ponderación nos conduce a una exigencia de proporcionalidad que implicará el establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto.

En concordancia con Prieto Sanchís, si las normas sustantivas de la Constitución quieren entenderse dentro del sistema jurídico, como parámetros de enjuiciamiento inmediatamente aplicables, y no por encima y fuera de dicho sistema, su consideración por la justicia ordinaria resulta obligada; y esa consideración, habida cuenta de su carácter tendencialmente contradictorio, sólo puede recabar algún género de racionalidad a través de la ponderación.



Y que el intento de hallar un equilibrio –nunca del todo estable– requiere la búsqueda de aquella racionalidad no sólo para las decisiones judiciales, sino también para las legislativas, aspecto este último que a veces se olvida.<sup>25</sup>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_, *Balancing, constitutional review, and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor, et al. *Jueces y Derecho: Problemas Contemporáneos*, México, Porrúa, 2004.

Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, BPDPC-Porrúa, México, 2006.

Dworkin, Ronald, *The model of Rules*, The University of Chicago Law Review, Volume 35, No. 1, 1967.

Friedlander, Matthew D., *Adjudicating in the kingdom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debat*, University of Illinois Law Review, No. 4 Vol. 2011.

García Figueroa, Alfonso et al, Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

H.L.A., Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Great Britain, Clarendon Law Series, 1982.

---

<sup>25</sup> Prieto Sanchís, Luis “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Derecho y proceso*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 5, 2001, pp. 226 y 227.

Hart, H.L.A., *Discretion*, Harvard Law Review, CXXVII, 2013.

McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis, Liberty Found Inc., Revised edition, 1947.

Pulido, Carlos Bernal, “The Rationality of Balancing”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Volume 92, Number 2, April 2006, pp. 195-208.

Prieto Sanchís, Luis “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Derecho y proceso*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 5, 2001.

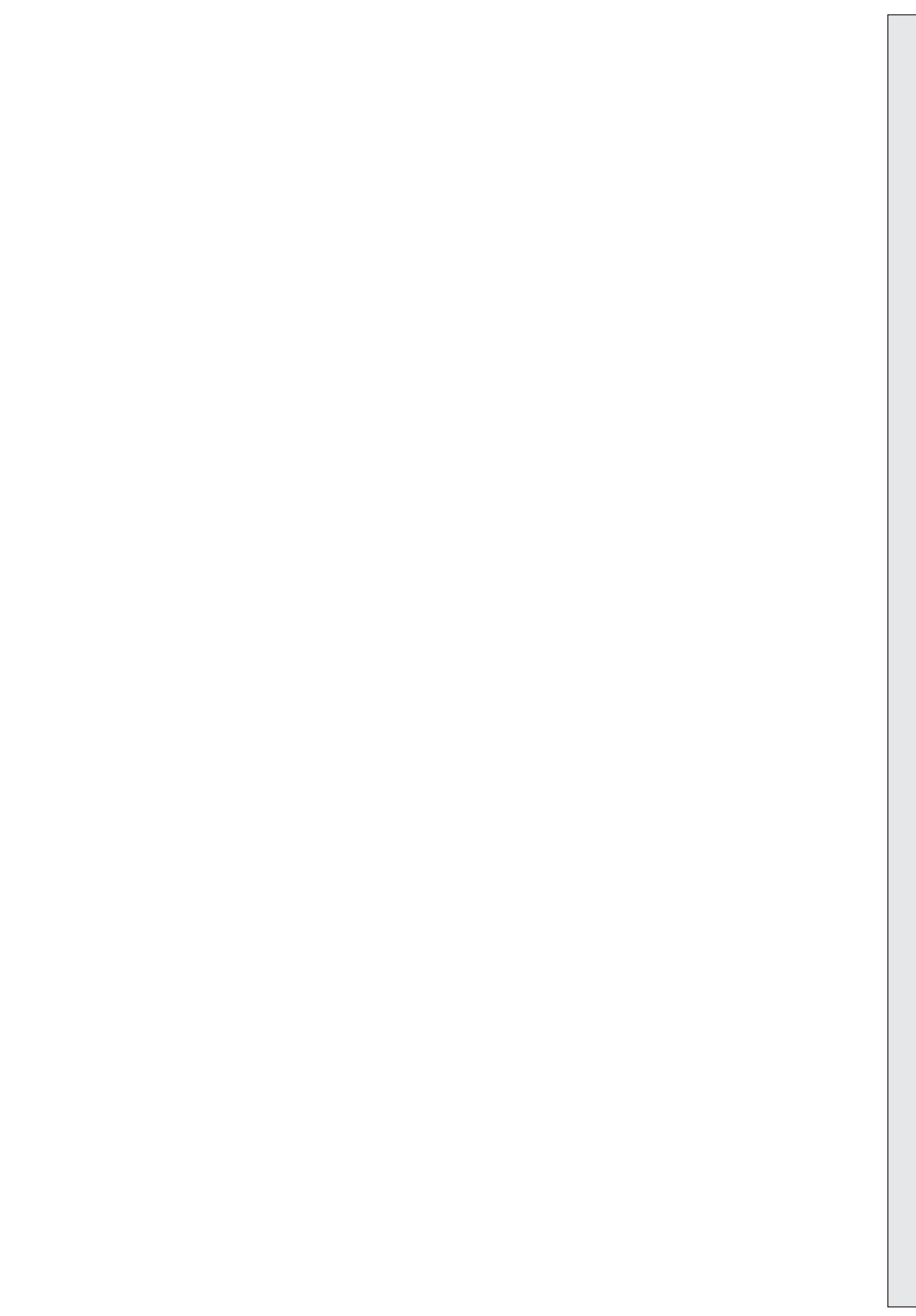
Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004.

Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, character, and experience*, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992.

Weinreib, Lorraine E., *The postwar paradigm and American exceptionalism*, in Choudhry, Soujit, *The migration of constitutional ideas*, Cambridge University press, New York, 2006.

Wil Waluchow, *Constitutionalism*, in *Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>>

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007.



ALEXY, PROPORCIONALIDAD  
Y PRETENSÓN DE CORRECCIÓN:  
UNA INTRODUCCIÓN CRÍTICA

*Alessio Sardo*



## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es modesto. En primer lugar, intentaré dar una reconstrucción esencial del principio de proporcionalidad, tal y como es teorizado por Robert Alexy. En segundo lugar, formularé algunas aclaraciones en torno a algunas de sus implicaciones o presuposiciones particularmente importantes, al menos a efectos del presente trabajo. Finalmente, intentaré destacar uno de sus puntos débiles - y esta será la parte más importante de mi contribución. Sin duda, estamos hablando de una de las más refinadas concepciones de la proporcionalidad (y los derechos fundamentales) hoy disponibles; por otra parte, creo que el autor debería ofrecer argumentos mucho más fuertes para ser convincente.

Para el lector que no tiene familiaridad con el método de Alexy, será bueno destacar enseguida uno de sus rasgos característicos: la idea de que la filosofía del derecho no puede limitarse a un análisis a – valorativo, sino que además debe llevar a cabo una obra de construcción y fundación normativa, que se concreta en la formulación de normas constitutivas (ideales) propias de la racionalidad práctica y/o del discurso racional *tout court*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Alexy (2008).

## 2. UNA BREVE RECONSTRUCCIÓN

Según Alexy, los derechos fundamentales serían predicados sobre tres posiciones que establecen una relación entre beneficiario/s, destinatario/s y situación<sup>2</sup>. Entre los derechos fundamentales y la proporcionalidad existiría una *conexión necesaria* (verdadera en todos los mundos posibles), que no depende tanto del derecho positivo, sino de la *naturaleza* misma de los derechos fundamentales. Estos deben ser concebidos no ya como “mandatos definitivos” (*definitive Gebote*), es decir, “reglas” (*Regeln*), sino como “mandatos de optimización” (*Optimierungsgebote*), es decir, “principios” (*Prinzipien*), que exigirán a las autoridades jurídicas, y sobretodo a los jueces constitucionales, *maximizar* los fines últimos del ordenamiento, teniendo siempre en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>3</sup>.

Las reglas tienen condiciones de cumplimiento del tipo “todo o nada”, y se aplicarán por subsunción; los principios, en cambio, pueden ser satisfechos en distintos grados, y se aplicarán mediante la *ponderación* (*Abwägung*): un razonamiento axiológico binario conducido sobre *principios* (o *juicios*) *de proporcionalidad* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)<sup>4</sup>.

El juicio de proporcionalidad, a su vez, se divide en tres fases. La intención general es el de perseguir, de vez en cuando, un *óptimo paretiano*<sup>5</sup>. En la primera fase se decide la *idoneidad* (*Geeignetheit*) de la acción (o medida) respecto a los principios del ordenamiento, mediante un juicio de racionalidad técnico de tipo *medio-fin*<sup>6</sup>. En la segunda fase por el contrario, se investiga

<sup>2</sup> Alexy (2012: 229 ss.).

<sup>3</sup> Alexy (2012: Cap. III).

<sup>4</sup> Alexy (2012: 152 ss.).

<sup>5</sup> Alexy (2012: Postfacio).

<sup>6</sup> Alexy, (2012: 621 ss.).

la llamada necesidad (*Erforderlichkeit*) de la acción, tratando de “verificar” si existen otras medidas capaces de optimizar un cierto principio *P1* de forma tan eficaz, pero menos invasiva frente a un segundo principio *P2*, que asume estar en conflicto con *P1*<sup>7</sup>. En la tercera y última fase, la *proporcionalidad* (o el *balanceo*) *en sentido estricto* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*), se desarrolla la operación más delicada de todo el procedimiento: el órgano decisor establece el valor relativo de los principios en juego. Sería bueno analizar más detalladamente esta tercera fase, en razón de su complejidad.

Los conflictos entre principios deben resolverse estableciendo una *relación de prioridades condicionado* (*bedingte Vorrangrelation*), que corresponde a una proposición del tipo: “El principio *P1* prevalece sobre el principio *P2* bajo las condiciones *C*” [(*P1 P2*) en *C*]. La jerarquía se determina según la “Ley de la ponderación”, tanto mayor sea el grado de afectación de un principio mayor debe ser el grado de satisfacción del principio opuesto. Dicho sea de paso, según Alexy la ley de la ponderación no es un elemento contingente, pero es lo que podríamos llamar un *constituyente inarticulado* (es decir: una presuposición) presente en el interior de cualquier práctica de la *constitutional adjudication*. Hay varios modos de aplicar dicha ley, sin embargo, el mejor modo posible consistiría en recurrir a la celeberrima Fórmula del peso (*Gewichtsformel*), inventada por el propio Alexy. Se trata de una ecuación matemática que tiene la siguiente estructura:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

<sup>7</sup> La invasividad no podrá ser determinada en absoluto, pero siempre será relativa a un conjunto de conocimientos empíricos y asunciones valorativas.



Donde ' $W_i$ ' y ' $W_j$ ' indican el peso abstracto de los principios en juego; ' $I_i$ ' e ' $I_j$ ' señalan el *grado de detrimento*, o de *penetración*, de los principios en relación al caso concreto; ' $R_i$ ' y ' $R_j$ ' finalmente, están por el *grado de certeza de las premisas empíricas*. A todas estas variables se asignan los valores numéricos siguiendo una *escala triádica* (con valores:  $2^0$ ,  $2^1$ ,  $2^2$  para  $W$  e  $I$ ;  $2^0$ ,  $2^{-1}$ ,  $2^{-2}$  para  $R$ ) o, alternativamente, una *escala triádica-doble* (con valores de  $2^0$  a  $2^8$  o de  $2^0$  a  $2^{-8}$ ). Las magnitudes numéricas muestran inequívocamente si la infracción es leve, intermedia o intensa; si las premisas empíricas son seguras, posibles, o no totalmente falsas, y así sucesivamente<sup>8</sup>.

Hay que prestar mucha atención a no pervertir el *estatuto lógico* de la fórmula: las variables que la constituyen deben entenderse como *marcas puestas para proposiciones* (en otras palabras: las variables son proposicionales, no predicativas); estas, a su vez, deberán ser justificadas a través de un argumento racional - carga de la cual el juez no puede estar nunca exento. Según Alexy, otros elementos de racionalidad se traducen en la *naturaleza deontológica de los objetos* de la fórmula (se trata de principios, y no de valores o intereses) y el hecho mismo de que el juez sea llamado a realizar un cálculo aritmético (según Alexy, sólo un loco estaría dispuesto a negar que la aritmética es racional, según mi opinión, en cambio, la cuestión es simultánea, y depende más bien de la circunstancia de aplicación: pensar en utilizar la aritmética para resolver un problema ético, por ejemplo, sería irracional).

Ahora bien, como resulta evidente en el texto publicado en este mismo volumen, Alexy busca demostrar la tesis de la conexión necesaria entre los principios constitucionales y (su concepción de la) proporcionalidad recurriendo a dos distintos argumentos:

---

<sup>8</sup> Las escalas triádicas utilizadas en la fórmula del peso son discretas y no continuas.

el primero es la *doble naturaleza de los derechos (A)*, el segundo es la *pretensión de corrección (B)*<sup>9</sup>. Presentémoslos brevemente:

**(A) La doble naturaleza de los derechos**

Los derechos fundamentales son indudablemente elementos que pertenecen al *derecho positivo* pero este dato no es suficiente para explicar la compleja naturaleza. Además de la dimensión *real*, dada en la positivización, tienen también una dimensión *ideal*: por otra parte, esta afirmación estaría reflejada en las intenciones objetivas de los padres constituyentes<sup>10</sup>.

Más en general, Alexy señala que el derecho se compone de tres elementos: i) la promulgación autoritativa (*autoritative Gesetztheit*); ii) La eficacia social (*soziale Wirksamkeit*); iii) la corrección sustancial (*material Richtigkeit*). A diferencia del iuspositivismo, una teoría no-positivista, como la suya, también reconoce la importancia del tercer elemento.

Los derechos fundamentales son prescripciones morales, universales y abstractas que tienen prioridad sobre otras normas del sistema. El hecho de que tengan *también* una dimensión autoritativa no es un impedimento para una “doble ciudadanía” y, por tanto, para su pertenencia al dominio de una ética trascendental objetiva.

Muchas veces, la conexión *disposiciones constitucionales - principios de proporcionalidad* es de tipo *actual* (en el sentido de que se sitúa en el plano de la observación empírica directa). Por otra parte, esta conexión existiría incluso cuando no fuese empírico observable, pues se trataría de un vínculo *necesario y a priori*. Si he entendido bien, en estos casos, la conexión tiene sólo un carácter “potencial”. Como señala el mismo Alexy, bien puede

<sup>9</sup> Alexy (2014: 61).

<sup>10</sup> Alexy (2014: 61).

suceder que ciertas disposiciones constitucionales expresen no ya principios sino normas absolutamente obligatorias; sin embargo, si estas reglas son ambiguas, imprecisas o “abiertas a la valoración”, los principios subyacentes pueden entrar en juego.

***(B) La pretensión de corrección (Anspruch auf Richtigkeit).***

El control de legitimidad constitucional estaría necesariamente ligado a la pretensión de corrección del derecho, concebida como la tesis según la cual cada prescripción jurídica plantea por sí una pretensión de corrección moral. La pretensión de corrección, a su vez, requiere que la decisión sea la más racional posible.

Ahora bien, una vez asumido que la forma más racional de aplicar los principios es un juicio de proporcionalidad llevado a través de la fórmula del peso, se sigue que los derechos fundamentales y la proporcionalidad están conectados<sup>11</sup>. En este trabajo, intentaré refutar este segundo argumento.

### **3. ALGUNAS PRECISIONES**

Antes de proceder con la crítica verdadera y propia, quisiera hacer algunas precisiones sobre ciertos pasajes de la teoría de Alexy que me parecen particularmente importantes para una comprensión más profunda de la misma, pero que han sido a menudo descuidadas o se prestan a ser encubiertas. Procederé de forma esquemática:

#### **3.1 La noción de proposición presupuesta**

Alexy considera que las variables que componen la fórmula del peso están puestas por proposiciones. Por otra parte, se nos podría preguntar qué cosa entiende Alexy por “proposición”.

---

<sup>11</sup> Alexy (2014: 61–62).

Creo que, según nuestro autor, una proposición es una entidad abstracta que aparece en forma de un enunciado evaluable en términos de verdad/falsedad. La verdad, a su vez, debería ser un predicado intrínsecamente ligado a la dimensión de la justificación -tesis que ya es problemática de por sí<sup>12</sup>. Una proposición se puede llamar verdadera si y sólo si está justificada. El hecho de que una proposición sea convencionalmente aceptada no puede ser considerada como condición suficiente para la verdad de la proposición, aunque ofrecerá, sin duda, un buen indicio en apoyo de esta conclusión. Al modelar la noción de proposición, Alexy se inspira, por un lado, en el trabajo de Kant y, por otro, en una lectura “inferencialista” de Frege.

### 3.2 La proporcionalidad no es una “mónada solitaria”

Es bueno recordar que la teoría de la proporcionalidad de Alexy no debería considerarse aisladamente, debiendo ser enmarcada dentro de un proyecto mucho más amplio: la defensa de una nueva forma de constitucionalismo “discursivo”<sup>13</sup>. El objetivo primordial de esta forma de nuevo constitucionalismo consiste en la construcción de los derechos fundamentales como instrumentos aptos, por un lado, de *institucionalizar la racionalidad práctica* –de la cual la jurídica constituiría un caso especial (*Sonderfallthese*)– y, por otro, de *corregir los defectos de la representación* que inevitablemente se producen en el proceso de formación de las leyes, tanto a causa de las imperfecciones que afligen a los procesos electorales, como a causa de los errores que pueden resultar de la inadecuación de algunas decisiones del Parlamento o, más en general, de las autoridades nomopoiéticas del Estado.

---

<sup>12</sup> Alexy (2012b).

<sup>13</sup> Alexy (2005).

Para corregir estos errores, tanto el *Bundesverfassungsgericht*, como las otras Cortes Constitucionales, deben redefinir los límites propios de los derechos fundamentales siguiendo el principio de la óptima proporción, a fin de garantizar la normatividad de los mismos y, más en general, la validez de las normas jurídicas y del ordenamiento (que se alcanza solamente con una justificación racional). Sólo en el caso en que las premisas empíricas del razonamiento resulten particularmente débiles, la fórmula del peso “obligaría” a los jueces a una actitud de *self-restraint* y de deferencia hacia el Parlamento. En otros casos, sin embargo, el juez debe intervenir para “sanar” los defectos morales del sistema. De este modo: i) los derechos fundamentales serían postulados de la moral objetiva y, si se aplican correctamente, sólo impedirían al sistema caer en la injusticia intolerable; ii) la fórmula del peso sería expresión de una meta-ponderación sobre la certeza de las premisas, cuyo resultado repercutiría a nivel de los principios formales del ordenamiento.

#### **4. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN: UNA QUESTIÓN ESPINOZA**

Se ha dicho que el argumento de la pretensión de corrección (junto al argumento de la injusticia, y el de la estructura de los principios) es uno de los anillos que conecta, por un lado, los principios de proporcionalidad y, por otra parte, el derecho a la moral (cf. §1, punto sub (B)). Si, como creo, este argumento es doblemente falaz, la solidez de estos vínculos puede ponerse seriamente en entredicho. Trataré ahora de ofrecer argumentos en apoyo de mi tesis.

Según Alexy las prescripciones jurídicas (y, por lo tanto, los ordenamientos jurídicos considerados en su totalidad), de manera similar a las aserciones, exhibirían necesariamente respecto a sus destinatarios una *pretensión de corrección*, por

lo demás implícita<sup>14</sup>. Por supuesto, existen diferentes usos de “corrección”: lo pertinente, en este caso, es la lealtad entendida como “justicia”; este último concepto está a su vez definido de forma clásica, en términos de *distribución y compensación*.

El principal argumento que Alexy utiliza para probar la validez de esta tesis es la *contradicción performativa* (*performativer Widerspruch*): una contradicción lógica entre lo que es (explícitamente) dicho y lo que es (implícitamente) presupuesto por un acto normativo de una autoridad nomopoiética. La prueba consiste en comprobar si, generando un contenido contrario a lo de la presuposición implícita - en este caso, lo que podríamos llamar una “*pretensión de incorrección*” (*Anspruch auf Unrichtigkeit*) - y enganchándolo al enunciado proferido por una autoridad jurídica, se produzca realmente una contradicción. La demostración es conducida a través de dos experimentos mentales<sup>15</sup>.

### A. Primer experimento mental

Imaginemos una Constitución de un hipotético Estado X que contenga la siguiente disposición: (1) “X es un Estado soberano, federal e *injusto*”. Aquí la Constitución define explícitamente el Estado X como injusto: pues bien, según Alexy esta disposición sería tan absurda como una afirmación del tipo (2) “El gato está sobre la mesa pero yo no lo creo”. Esto debería ser suficiente para demostrar que el acto lingüístico *colectivo* de adopción de una constitución plantea necesariamente la pretensión de que la Constitución es justa. Nótese bien: según Alexy, aquí no se trata simplemente de la violación de una convención, por así decirlo,

<sup>14</sup> Alexy (2002: 33-36). Si el objetivo no está planteado, no se tienen normas y sistemas jurídicos; si la pretensión es planteada, pero no satisfecha, se tienen normas y sistemas jurídicos defectuosos.

<sup>15</sup> Alexy (2002: 35 ss.).

*estilística* sobre cómo escribir una Constitución; las normas constitucionales y no, I) se presentan *necesariamente* como correctas (condición constitutiva), ii) debemos suponer que quienes las promulgan tenga la *autorización* para hacerlo (condición justificativa) y iii) que este sea también sincero (condición de sinceridad). Siempre, según Alexy, el punto debería ser aún más evidente si estamos dispuestos a considerar que el enunciado (3) “X es un estado justo” puede ser considerado como redundante<sup>16</sup>.

## B. Segundo experimento mental

Imaginemos que un juez dicte una sentencia recurriendo a un enunciado de tipo (4) “El acusado es condenado a cadena perpetua, y esto es erróneo” o, alternativamente, (5) “El acusado es condenado a cadena perpetua, pero esta es una mala interpretación del derecho vigente”<sup>17</sup>. En ambos casos, esto daría lugar a una contradicción.

El tema de la contradicción performativa es brillante. En ciertos aspectos, el razonamiento tiene una estructura similar a la de otras paradojas, como la paradoja de Moore [(6) “llueve, pero no lo creo”], por ejemplo: se identifican los conceptos implícitos que tienen una articulación inferencial y que, una vez instanciados en forma expresa, manifiestan la presencia de una contradicción interna<sup>18</sup>. En la misma línea, se sitúan también los llamados *performativos de Geach*, conocidos por quien tiene una cierta familiaridad con el debate sobre la naturaleza de los juicios de valor<sup>19</sup>. Geach pretendía refutar la tesis según la cual los términos “bueno” y “malo” serían siempre usados

<sup>16</sup> Alexy (2002: 37).

<sup>17</sup> Alexy (2002: 38 ss.).

<sup>18</sup> Moore (1993: 207 ss.).

<sup>19</sup> Sobre este punto, véase la óptima reconstrucción ofrecida en Schroeder (2010: 41 ss.).

“performativamente” para expresar aprobación o desaprobación (Ayer), para alabar o condenar (Stevenson), para exigir una cierta conducta (Hare); la demostración es desarrollada mediante la identificación de enunciados en que aparece el término “equivocado” - con acepción moral - (por ejemplo: (7) “¿Es cierto que robar es malo?”, (8) “me pregunto si robar es malo”, (9) “Si robar es malo, matar lo es aún más”), pero que claramente no son expresiones de reproche, mandato, vituperio, etc.

Por otro lado, creo que, en este caso, la estrategia no funciona para nada: en mi opinión, el argumento de Alexy no da en el blanco, porque es *doblemente falaz*. En primer lugar, confunde las normas constitutivas de la afirmación con las de la prescripción. En segundo lugar, rechazando relativizar la propiedad de la corrección a parámetros externos, cae en un vicio de circularidad. Por supuesto, a todo esto se debería añadir otro problema, seguro que no desdeñable: ¿Cómo los accidentes serían un “acto lingüístico colectivo”? Sinceramente, no creo que en la teoría de los *Speech Acts* haya sitio para un invento de este género. Sin embargo, propongo dejar de lado este último problema, para dedicarnos exclusivamente a la doble falacia.

#### 4.1 La primera falacia

Creo que la *confusión entre reglas constitutivas de la afirmación y la prescripción* puede demostrarse en pocos pasos. Según Alexy, la idea de una prescripción que no desarrolla una pretensión de justicia da puñetazos a la naturaleza misma del acto prescriptivo, porque la “justicia” de la prescripción (entendida como “corrección moral” de la misma) debe considerarse como una de las *condiciones constitutivas* del acto, sea como una *condición justificativa* para el reconocimiento de un “título válido” a quien la ha producido. Además, también en el caso de la prescripción, regiría la máxima de la sinceridad.



Pues bien, al formular esta tesis, Alexy evidentemente descuida las peculiaridades del acto prescriptivo. En la filosofía del lenguaje, es compartidamente asumido que la aserción tenga una relación interna con los conceptos de *verdad* y *creencia*: por lo tanto, para que una cierta afirmación pueda ser considerada como acto lingüístico “bien formado”, deberá ser verdadera, justificada y sincera<sup>20</sup>. La falsedad sería un caso especial de *no dar al blanco*, que supondría el rechazo del contenido. La falta de fundamento (justificación epistémica) correspondería a un abuso de la aserción, pues, en ausencia de justificaciones, una persona sólo puede alardear, es decir, afirmar sin tener el “derecho” –faltaría el “título válido” para transmitir la información. Por último, también la falta de sinceridad o la mentira, podría ser considerado como un abuso de las convenciones que rigen la aserción<sup>21</sup>.

En el caso de la prescripción, sin embargo, las cosas funcionan de manera muy diferente. Contrariamente a lo que afirma Alexy, no existe una relación interna entre prescripción y pretensión de corrección moral, similar a la que transcurre entre la aserción y la verdad. En efecto, yo puedo tranquilamente prescribir una cierta acción, sin creer que ella sea moralmente correcta; podría incluso presentar explícitamente esta acción como “injusta” (aunque esto, en general, no sería muy prudente). Todos estos elementos –si se descubren– podrán ofrecer al destinatario razones para no obedecer, pero no para negar que el acto en cuestión sea una prescripción.

*Un acto prescriptivo plantea la pretensión de producir una obligación para el destinatario, remitiendo a una idea de autoridad y competencia.* Condiciones para la felicidad del acto

---

<sup>20</sup> Véase al menos Austin (1975: 132 ss.); Williamson (2002: Cap. XI).

<sup>21</sup> Penco (2008: 2).

prescriptivo son: i) la presencia de ciertas reglas que establecen un procedimiento convencionalmente aceptado para la producción del acto (normas de competencia); ii) la corrección en la ejecución del procedimiento; iii) la completitud de dicha ejecución. iv) la adecuación del órgano, entendida como conclusión del procedimiento por parte de un sujeto dotado de autoridad –como señalaba ya J. L. Austin, un soldado no puede dar una orden a su superior<sup>22</sup>. Por otra parte, no me parece que sea necesario añadir otras condiciones que tengan que ver con supuestos compromisos morales del locutor, como sugiere Alexy<sup>23</sup>:

**4.1.1** En primer lugar, suena realmente extraño la afirmación de que cada prescripción implica necesariamente una *aserción* o un *acto comisivo*: piénsese en un precepto individual y concreto del tipo (10) “¡Marie, ven inmediatamente aquí!”. Difícilmente estaríamos llevados a creer que este precepto, por sí mismo, *implique* pragmáticamente una aserción sobre ciertos hechos, o sea también una toma de posición en torno a la moralidad de la acción “vernir acá”, que Marie debería llevar a cabo<sup>24</sup>.

**4.1.2** En segundo lugar, como ya he dicho, el objetivo de la prescripción, o el *punto ilocucionario* si queremos utilizar el léxico de Searle, es realizar cierta acción a un determinado destinatario - o, alternativamente hacer reconocer a un determinado destinatario

<sup>22</sup> Sbisà (1989: 115). “Un orden sin autoridad se convierte en pretensión, protesta, quizás desafío /.../”.

<sup>23</sup> Se podría conceder la adición de otras condiciones, pero no tienen nada que ver con normas morales. Por ejemplo: i) la condición de que la autoridad en cuestión sea consciente de su poder sobre el destinatario y que, por tanto, crea que el destinatario, en principio, estará dispuesto a aceptar el mandato y sea capaz de comprenderlo; ii) un comportamiento posterior adecuado por parte de la autoridad nomopoietica. Sobre las condiciones de felicidad en general véase Austin (1975: 17–37).

<sup>24</sup> Para una estrategia similar usada contra la paradoja de Moore véase Grice (1978).

nuestra intención o voluntad, que él haga una cierta acción. Si para alcanzar este objetivo se debe mentir a propósito de la justicia del contenido de la prescripción, este es del todo irrelevante. Más aún: en algunos casos es pragmáticamente aconsejable mentir sobre el valor moral de la prescripción, para garantizar que los demás lo tomen efectivamente como esquema de comportamiento. En otros términos, contrariamente a las presunciones de Alexy, la máxima (o condición) de sinceridad, que es central para la aserción, no presenta un análogo en el discurso prescriptivo, donde la autoridad puede incluso ordenar acciones respecto de las cuales es moralmente indiferente o incluso contraria - para poner a prueba la obediencia del destinatario o simplemente para fastidiarlo, interfiriendo con su conducta. Piénsese en el sacrificio de Isaac (Génesis 22, 2-13): Dios –que es la autoridad moral suprema de un determinado contexto institucional– para probar la fe de Abraham, le ordena sacrificar su único Hijo.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que yo quiera ordenar a Marie venir inmediatamente por mí, por el puro deleite de verla correr, y que ella no quiera venir por mí. Podría insistir, añadiendo a su enunciado (10) la amenaza de una sanción - (11) “¡si no vienes, no te daré el helado!” –o bien, se cree que puede ser tan eficaz, una pretensión de corrección explícita– (12) “¡Como enseña Jesús, la prescripción de venir aquí es buena y justa!”. Sin embargo, la pretensión de corrección no es un elemento necesario, y podría sustituirla pacíficamente con una pretensión de incorrección (13): “¡Sé que es injusto, pero me da igual, debes correr inmediatamente hasta aquí!”. Sólo alguien que ha olvidado totalmente el modo en que nuestras maestras de primaria o nuestros padres reforzaban una prescripción estaría dispuesto a afirmar que los enunciados (10) y (13) son incompatibles, o que su conexión sea prueba de irracionalidad. Por supuesto, queda siempre abierta la posibilidad de desobedecer.

Ciertamente, Alexy podría rechazar esta objeción, sosteniendo que las disposiciones jurídicas (que ocurren en contextos institucionalizados) no funcionan como las comunes (propias de contextos no-institucionalizados): ellas deberían considerarse como actos lingüísticos del todo peculiares, que tienen las reglas constitutivas adicionales, de naturaleza moral, reunidas en la idea de la *pretensión de corrección*. No obstante, creo que las cosas no están en estos términos, y que esta manera de responder no es eficaz.

Además de la banal consideración de que las prescripciones comunes y las prescripciones jurídicas son a menudo formuladas de manera similar, si no idéntica, también podemos producir argumentos “jurisprudenciales” sin duda más eficaces. Dejando de lado el ordenamiento Nazi –al cual Alexy le quitaría el título de derecho– no es imposible encontrar contraejemplos válidos de jueces pertenecientes a “auténticos” ordenamientos jurídicos que afirman *explícitamente* aplicar normas jurídicas injustas. Por ejemplo, se podría observar lo que siempre ha sido considerado como uno de los ejemplos paradigmáticos de ordenamiento jurídico: los Estados Unidos de América. El fenómeno ha sido frecuentemente descuidado por los filósofos e historiadores del derecho pero, como demuestra el interesante estudio de Robert Covert, muchas veces los jueces americanos se encontraron con “aplicar” un derecho que ellos mismos consideraban y, sobre todo, presentaban como injusto<sup>25</sup>. Esto ocurrió especialmente en esos períodos históricos en que la cultura jurídica dominante abarcaba alguna forma de iuspositivismo ideológico.

En este caso, el ejemplo más representativo es probablemente ofrecido por todos esos jueces “iuspositivistas” que en el siglo XIX aplicaban los llamados *Fugitive Slave Acts* (promulgados en

---

<sup>25</sup> Covert (1975).

1793 y 1850) para castigar a los esclavos que huían de su dueño, así como a todos aquellos que les ayudaban en esta empresa, afirmando con claridad, en el seno de la motivación, que estaban “obligados” (*Forced*) por ley a decidir en favor de la esclavitud, que ellos mismos, como hombres y jueces, consideraban una institución profundamente injusta<sup>26</sup>. Ni siquiera quien ha criticado esta orientación jurisprudencial –considerando que las *Leyes* debían ser interpretadas como anti-constitucionales, que el iuspositivismo sea un “mal método”, que estos jueces debían argumentar de otra manera, etcétera– se le ha oído jamás negar que las decisiones en cuestión constituían genuinos actos prescriptivos, expresivos de normas jurídicas, a pesar de su “pretensión de incorrección”<sup>27</sup>. El simple hecho de que hoy, en Occidente, el argumento iuspositivista no esté más de moda, como hace un tiempo, no ofrece ciertamente una buena razón para creer que han cambiado radicalmente las reglas constitutivas de los actos prescriptivos.

**4.1.3** Una tercera objeción que se mueve sobre la misma línea de las anteriores dos fue formulada hace un par de años por John Gardner<sup>28</sup>. Si tomamos en consideración el primer experimento mental propuesto por Alexy, nos percatamos de que la disposición constitucional en cuestión hace referencia al concepto de “justicia” y no a la de “corrección moral”. Ahora bien, es absolutamente posible que algo sea, al mismo tiempo, “injusto” y

---

<sup>26</sup> Los ejemplos de Covert son numerosos. Voy a mencionar algunos, partiendo de la selección de A.J. Sebok, 1991: 1835, nt. 6. Miller v. McQuerry, 17 F. Cas. 335, 339 (C.C.D. Ohio 1853) (No. 9,583); Norris v. Newton, 18 F. Cas. 322, 326 (C.C.D. Ind. 1850) (No. 10,307); Giltner v. Gorham, 10 F. Cas. 424, 432 (C.C.D. Mich. 1848) (No. 5, 453); Vaughan v. Williams, 28 F. Cas. 1115, 1116 (C.C.D. Ind. 1845) (No. 16,903).

<sup>27</sup> Véase Sebok (1991); Dworkin (1975) y (1986: 411).

<sup>28</sup> Gardner (2012).

“moralmente correcto”: en efecto, el marco de la moralidad no se agota en el de la justicia, comprendiendo también valores como la humanidad, la tolerancia, la piedad, la prudencia, etcétera . Si las cosas están así, el derecho podría bien autodefinirse como “injusto” sin por ello perder su pretensión de corrección moral y, por lo tanto, la disposición ideada por Alexy no daría lugar a ninguna contradicción performativa. En efecto, el enunciado (1) podría tranquilamente ser emitido dentro de una hipotética Constitución, sin dar lugar a una contradicción performativa, tanto que nos podríamos imaginar lo siguiente “... porque la injusticia es el precio que debemos acertadamente pagar por una civilización tolerante, humana y piadosa”.

**4.1.4** Alexy afirma que el enunciado (3) “X es un Estado justo” es claramente redundante. Pues bien, yo creo que este enunciado es falsificable. En primer lugar, este enunciado no es redundante para el emotivista ético, que lo consideraría como externalización de un juicio de valor irracional y puramente subjetivo. En segundo lugar, no es redundante tampoco para el relativista, que lo consideraría como una aserción, expresiva de una genuina creencia, valorada en términos de verdad o falsedad relativa a determinados criterios contingentes (volveremos sobre este punto). Por último, sería incluso un enunciado auto-contradictorio para el anarquista, que demuestra la imposibilidad de un Estado justo<sup>29</sup>.

**4.1.5** Por último, sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, no debemos descuidar algo nada irrelevante: el término “justo” es un *predicado intensional*. Esto significa que, del hecho de presentar cierta acción como “justa”, no se sigue que dicha acción sea realmente justa; precisamente como del hecho de que la pequeña Marie

---

<sup>29</sup> Wolff (1970).

dibuje, o represente, un unicornio, no se sigue que los unicornios realmente existan.

En síntesis: Alexy, ciertamente, tiene razón cuando afirma que tanto la aserción, como la prescripción son identificables como tales en virtud del compromiso a ciertas consecuencias pragmáticas atribuibles al emisor en un determinado contexto; él también tiene razón cuando afirma que, cuando quien diga o quien prescriba no tenga, respectivamente, competencia epistémica o práctica, no pueda transmitir un título válido para inferir algunas otras informaciones, o para actuar en cierto modo - cosa que implicaría la legitimidad de no creer, o de no obedecer por parte del destinatario. Sin embargo, se equivoca al considerar principios morales (“no mentir”, “no abusar de la confianza”, “mantén la palabra dada”, etcétera) como condiciones constitutivas de la prescripción y/o condiciones para la adscripción de una titularidad inferencial a la autoridad que emite la prescripción.

## 4.2 La segunda falacia

*El argumento de Alexy, además, presenta un vicio de circularidad.* Este defecto es tan evidente que, en este caso, no será necesaria una demostración tan articulada como la anterior. Alexy está convencido de que enunciados del tipo “X es un Estado injusto” expresen las proposiciones cuya verdad o falsedad puede ser determinada en forma absoluta (es decir: en cualquier mundo posible, en cualquier circunstancia de evaluación). Al sostener esta tesis, él rechaza tanto el *emotivismo clásico* (*à la Ayer*), así como el *relativismo ético*. Por otra parte, el rechazo del relativismo lo lleva a un razonamiento circular, en que la justicia es representada como un elemento intrínseco propio del objeto de la evaluación.

Según el *emotivismo à la Ayer*, los juicios de valor - enunciados como (14) “La tortura es incorrecta”, (15) “El Estado X

es justo”, (16) “Matar a los niños es moralmente incorrecto”, etcétera - no tienen un significado (o contenido) semántico, sino sólo un significado emocional, sintomático: esto porque no tiene sentido concebirlas en términos de condiciones de verdad, no existiendo parámetros objetivos para su verificación. Enunciados como 14 - 16 deberían ser considerados al igual que expresiones como “¡Buu!” y “¡Urra!”.

Según el *relativismo*, en cambio, los juicios de valor pueden ser presentados como enunciados *verdadero-funcionales*, y por tanto, como expresiones de genuinas creencias; sin embargo, su verdad o falsedad no podrá ser determinada en forma absoluta<sup>30</sup>. Ella dependerá siempre de parámetros contingentes ulteriores respecto al triple mundo posible (W), tiempo (t) y lugar (l). Me refiero en particular a estándares epistémicos, prescriptivos, morales relativos, y entre estos podrán figurar también prejuicios subjetivos, gustos personales, etcétera. Según el modelo relativista, pues, un enunciado del tipo “X es un estado justo” expresa un contenido proposicional, que se podría representar, por ejemplo, con la expresión “[INT(<sub>X es un Estado injusto</sub>)]” - donde “INT” está por *intensión* - cuya verdad en *w, l, t*, es relativa a determinado estándar C.

Posibles desacuerdos versarán sobre la misma *intensión* - una especie de *lekton* constituida en un *n-pla* fijo frente a los distintos contextos. Pero ella no corresponderá al *contenido completo* del proferimiento, siendo siempre necesaria una integración *estensional* mediante parámetros propios de la *circunstancia de evaluación*. En este sentido, el relativismo se caracteriza por un *pluralismo de los parámetros de evaluación*. Retomando el ejemplo de Alexy: un cierto Estado que establece penas corporales serias para los niños que gritan podrá ser *justo*

<sup>30</sup> Véanse los ensayos contenidos en M. Garcia-Carpintero & M. Kölbel (2008).



para un determinado sujeto *A*, que adopta un estándar que asigna prioridad absoluta al valor de la tranquilidad, y que detesta a los niños, e *injusto* para otro sujeto *B*, que adora a los niños y sus ruidos. En consecuencia, el enunciado “*X* es un Estado injusto” será cierto, para *A* y falso para *B*.

El rechazo de relativizar la noción de equidad a un parámetro externo impulsa a Alexy a considerar que esta propiedad pueda ser determinada en forma circular y, por tanto, falaz. El enunciado “*X* es un Estado justo” estará justificado si y sólo si sus normas son moralmente correctas. Pero de ¿dónde nace la corrección moral de una cierta *prescripción p*? En la construcción de Alexy, este elemento es presentado como algo *intrínseco* respecto a la norma, pero eso es completamente circular. En este sentido, hay afinidad entre prescripción y aserción: es evidente que un enunciado del tipo “*Op* es correcto si y sólo si *Op*” (ejm., “obligatorio fumar es correcto si y sólo si es obligatorio fumar”) es circular tanto como un enunciado del tipo “*p* es verdadero si y sólo si *p*” (ejm., “El gato está sobre la mesa si y sólo si el gato está sobre la mesa”).

Si bien una lectura más caritativa no parece transversable: en el modelo de Alexy no hay ningún dispositivo de “ascenso semántico” (desde un lenguaje hacia un meta-lenguaje), como una forma de *disquotational truth*, para que el esquema de equivalencia debiera ser interpretado como un enunciado de la forma “*Op* es correcto porque *Op*”. Por el contrario, es cierto que en Alexy las dos obligaciones son idénticas y pertenecen al mismo nivel de lenguaje.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Robert Alex y, 2002: *Begriff und Geltung des Rechts* (1992). Trad. ingl. a cura di Stanley L. Paulson & B. Litschewski Paulson. *The Argument From Injustice*. Oxford: Oxford University Press.

—, 2005: Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 5. 572–581.

—, 2008: On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21 (2008) 3. 281–299.

—, 2012: *Theorie der Grundrechte* (1994). Trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*. A cura di Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino.

—, 2012b: Comments and Responses. *Institutionalized Reason. The Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. 319–357.

—, 2014: Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* (2014) 51–65.

John L. Austin , 1975: *How to Do Things with Words* (2nd ed.). A cura di Sbisà M. Urmson. Oxford: Clarendon Press.

Robert M. Covert , 1975: *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*. Boston

(Mass.): Yale University Press.

Ronald Dworkin , 1975: The Law of the Slave- Catchers. *Times Literary Supplement*. 5 Dic. 1975.

—, 1986: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

Manuel Garcia -Carpintero & Max Kölbel (a cura di), 2008: *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press.

John Gardner , 2012: How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. A cura di Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 29–44.

Paul Grice , 1978: Further Notes on Logic and Conversation. *Syntax and Semantics* (1978) 9. 113–127.

George E. Moore , 1993: Moore's Paradox. *G.E. Moore: Selected Writings*. A cura di Thomas Baldwin. London: Routledge.

Carlo Penco, 2008: Truth, Assertion and Charity. *Peruvian Journal of Epistemology*. 1–11.

Marina Sbisa, 1989: *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*. Bologna: Il Mulino.

Mark Schroeder , 2010: *Noncognitivism in Ethics*. New York (NY): Routledge.

Anthony J. Sebok , 1991: Judging the Fugitive Slave Acts. *The Yale Law Journal* 100 (1991) 6. 1835– 1854.

Timothy Williamson , 2002: *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.

Robert P. Wolff , 1970: *In Defense of Anarchism*. New York (NY): Harper & Row.

CONCEPTO Y FUNCIÓN DE  
LOS PRINCIPIOS. UNA CRÍTICA A  
ROBERT ALEXY

*András Jakab*



## 1. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS?

En las últimas décadas, diversas teorías han postulado que los principios tienen una estructura distinta a la de las reglas (o normas)<sup>1</sup>. Esta contribución presenta y analiza críticamente estas teorías (especialmente la de Robert Alexy) a fin de desarrollar un nuevo enfoque del concepto y la función de los principios<sup>2</sup>. Su tesis principal es que los “principios” no deben ser concebidos como estructuralmente diferentes de las “reglas”; un “principio” significa simplemente “una regla muy *importante*”, de modo que la diferenciación es de carácter retórico. Este resultado no niega, sin embargo, la existencia de funciones especiales

---

<sup>1</sup> Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts* [Principle and Norm in Judicial Development of Private Law] (1956); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977); Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips* [On the Concept of the Legal Principle], 1 *Rechtstheorie: Beiheft* 59-87 (1979) [de aquí en adelante Alexy, *Zum Begriff*]; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* [Theory of Fundamental Rights] (1985) [de aquí en adelante Alexy, *Theorie*]; Robert Alexy, *Zur Struktur der rechtsprinzipien* [on the structure of legal principles], en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* [Rules, Principles, and Elements in the Legal System] 31-52 (Bernd Schilcher et al. eds., 2000) [de aquí en adelante Alexy, *Zur Struktur*].

<sup>2</sup> Estoy muy agradecido a Matthias Goldmann, Tamás Györfi, Stefan Häußler y Grégoire Webber, además de a los participantes del workshop Teoría de los Principios desarrollado en el XXIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) en Cracòw (Polonia, 1- 6. Agosto de 2007), especialmente a Robert Alexy, Carsten Bäcker, Mátyás Bódig, Martin Borowski, David Duarte y Jan-Reinard Sieckmann por sus valiosas críticas y comentarios.

vinculadas a los “principios”. Simplemente quiere deshacerse de superfluos tópicos comunes sobre la diferente estructura lógica de los principios. Es superfluo porque los fenómenos explicados pueden ser también explicados por otros medios (por ejemplo, por el paradigma tradicional de las reglas). Su introducción, por lo tanto, sólo superficialmente e innecesariamente complica la explicación.

### 1.1 La teoría de Alexy

Una de los más influyentes obras en lengua alemana sobre la problemática de los principios es el libro de Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956)<sup>3</sup>. Como un punto de origen, entonces, un influyente libro similar en el ámbito anglosajón, es el de Ronald Dworkin *Taking rights seriously* (1977), puede ser muy instructivo<sup>4</sup>.

Ambos autores subrayan que, en un ordenamiento jurídico, principios (*Grundsätze*) y normas (*Normen*) exhiben diferentes estructuras lógicas, no con un mero grado de diferenciación sino con una separación estricta. ¿Según los autores cuál es la diferencia entre los principios y las reglas? Para responder a esta pregunta, ahora es el turno de Robert Alexy, quien ahonda en la

---

<sup>3</sup> Esser, supra nota 2. Como predecesor de Esser, el austríaco Walter Wilburg me viene a la mente. Por “elementos”, se entienden los principios fundamentales de una materia jurídica o de un concepto jurídico. Los elementos, según él, tienen más o menos estructura y desempeñan un papel de orientación y sistematización. Véase, Walter Wilburg, *Elemente Des Schadensrechts* [*Elements of the Law on Damages*] (1941); Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* [*Development of a Mobile System in Civil Law*] (1950) (discurso como nuevo rector).

<sup>4</sup> No estamos tratando con cambios posteriores al punto de vista de Dworkin sobre los principios cf. ejm. Larry Alexander, *Striking back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law*, en 6 *Law and Philosophy* 419, 422 f. (1987).

distinción más teórica en detalle y con más sensibilidad analítica que Dworkin o Esser<sup>5</sup>. Otra ventaja de elegir a Alexy como el principal objetivo de mi crítica es que se escapa de los problemas Dworkinianos de moral y/o la naturaleza jurídica de los principios. Este aspecto de la teoría de los principios Dworkiniana ya ha sido criticada de manera convincente<sup>6</sup>. Pero mi punto es más bien, si hay una diferencia estructural entre los principios *jurídicos* y las *reglas* jurídicas - algo que ha sido aceptado incluso por los críticos de Dworkin<sup>7</sup>. Me opongo a ella. La más fuerte y más sofisticada de las teorías sobre principios *jurídicos* parece ser la de Alexy, así que nos vamos a centrar en ella.

Alexy considera como desacertado el criterio Dworkiniano de distinción, que atribuye a las reglas - en contraposición a los principios - el carácter de todo-o-nada y sostiene que las excepciones pueden generalmente ser enumerados en forma exhaustiva<sup>8</sup>. Alexy afirma que *ambas* normas y principios tienen excepciones que no pueden ser enumerados taxativamente. Según él, las reglas sólo tienen un carácter de todo - o - nada cuando uno asume una condición de limitar la aplicación de las normas a

---

<sup>5</sup> Véase Alexy, *Zum Begriff*, *supra* nota 2, 67; Alexy, *Zur Struktur*, *supra* note 2, at 31. Sobre la teoría de los principios de Dworkin y Esser con más detalle véase abajo 1.3 ¿Entonces qué *son* los principios? Véase también *supra* nota 2.

<sup>6</sup> L. Alexander & K. Kress, *Against Legal Principles*, en *Law and Interpretation* 279 ff. (Andrei Marmor ed., 1995). Para una crítica a la afirmación de Dworkin de que los principios no son jurídicos véase Rolf Sartorius, *Hart's Concept of Law*, en *More Essays in Legal Philosophy*, 156 (Robert S. Summers ed., 1971).

<sup>7</sup> Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 244 ff. (1978); HLA Hart, *The Concept of Law* 263 ff. (2. ed. 1994).

<sup>8</sup> Alexy, *Zum Begriff*, *supra* note 2, at 68 ff. Para críticas similares contra Dworkin véase Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* 12 ff. (1991).



los casos “cuando ningún principio jurídicamente requiere algo más” o “cuando no hay razones jurídicamente necesaria para demandar otra cosa”. Pero el problema es que, en este sentido, incluso los principios tienen un carácter de todo-o-nada; por lo tanto, este criterio de distinción puede ser desestimado.

En su lugar, Alexy sugiere aplicar la “optimización” como criterio diferenciador<sup>9</sup>. En este sentido, los principios de optimización son imperativos, es decir, los imperativos que pueden cumplirse en distintos grados (postulado de optimización). En contraste, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no cumplidas<sup>10</sup>. Por consiguiente, son imperativos definitivos<sup>11</sup>. Con esta formulación, Alexy básicamente reformula el criterio Dworkiniano, de modo que ya no es vulnerable a la mencionada objeción en relación a las salvedades.

La otra diferencia entre reglas y principios –afirma Alexy– es clara en casos de conflicto. En el conflicto de reglas, la colisión

---

<sup>9</sup> Alexy aún habla de “ideal” y “real” Deber (*Sollen*). Ver Alexy, *Zum Begriff*, *supra* nota 2, 79 y ss. En este sentido, un Deber ideal es cualquier Deber que no requiera que su contenido sea actualmente y legalmente posible en su totalidad, pero requiere que el cumplimiento sea tan extenso o aproximado como sea posible. Id. en 81. Las otras diferencias (grado de universalidad o de cómo manejan casos de conflicto; estas serán discutidas más adelante) puede explicarse sobre la base de esta diferencia. Sin embargo, en su más reciente trabajo, él no menciona ya el concepto, en su lugar habla de optimización como criterio de distinción. Véase Alexy, *Zur Struktur*, *supra* nota 2, 31 y ss. Por lo tanto, no vamos a tratar el complicado y vago criterio de “obligación” ideal; por el contrario, aquí nos centraremos únicamente sobre la más reciente formulación del criterio distintivo de Alexy.

<sup>10</sup> Alexy, *Zur Struktur*, *supra* nota 2, p. 32.

<sup>11</sup> No está totalmente claro, cómo Alexy podría averiguar si una norma general que estamos tratando es en realidad solo una regla general (con “estructura de regla”) o si es un principio con su “estructura de principio”. Después del Razonamiento jurídico es posible que tenga lugar (*a posteriori*), la explicación en términos Alexianos, pero antes de ello (*a priori*) no está totalmente claro qué tipo de pacto se trata.

se resuelve mediante reglas de conflicto (por ejemplo, *lex posterior*), o una de las reglas es declarada inválida. Los conflictos de principios, sin embargo, se resuelven dentro de una contingente relación de precedencia entre los dos principios pertinentes, considerando las circunstancias del caso<sup>12</sup>. Precedencia significa que la consecuencia jurídica adjunta al principio supremo se obtiene como contraposición a la consecuencia de la norma. Conflictos de principios típicos incluyen conflictos entre dos derechos fundamentales.

Y la última diferencia entre normas y principios según Alexy es que los principios implican una fórmula “más X, más Y”. El razonamiento prosigue así: si uno viola un principio en nombre de otro principio, entonces la intrusión en el primero necesita más justificación<sup>13</sup>. Así, el juez no necesita subsumir en tales casos (como oposición a los casos de reglas); más bien, él o ella debe encontrar un equilibrio entre principios en conflicto. De ello, se deduce que el pesar y balancear en la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y otros medios<sup>14</sup>.

## 1.2 La objeción: un concepto superfluo

Sin embargo, hay un problema grave con la teoría anterior: el concepto de “principios lógicamente distintos a las reglas” es simplemente superfluo<sup>15</sup>.

A fin de entender cabalmente esta objeción, debemos hacer una breve digresión a través de la naturaleza de los conceptos

---

<sup>12</sup> *Id.*, p. 34

<sup>13</sup> *Id.*, p. 36.

<sup>14</sup> *Id.*, p 35.

<sup>15</sup> András Jakab, *A magyar jogrendszer alapelemei* [*Basic Elements of the Hungarian Legal Order*], en 2003/1 *Jogelméleti Szemle* [Reseña para Legal Theory] p. 2.4, disponible en <http://jesz.ajk.elte.hu/>.

de la teoría jurídica. Estos conceptos sirven para describir los mecanismos y estructuras de un orden jurídico<sup>16</sup>. La definición de ese concepto no es “verdadero” o “falso”, sino que es más o menos conveniente. Uno puede hablar de la verdad o falsedad de la definición de un concepto de derecho positivo. Por ejemplo, el §13 del Código Civil alemán establece la definición de “consumidor”, para los propósitos del Código Civil. Cualquier persona que utiliza una definición conflictiva en el contexto del Código Civil alemán, entonces, podría ser culpado de usar una *falsa* definición. Los conceptos de la teoría jurídica, sin embargo, son considerablemente más complicados en este sentido. Específicamente, no emplean ningún estándar directo<sup>17</sup>. Lo que importa es la conveniencia, es decir, su fuerza explicativa, su capacidad para explicar. Un determinado sistema conceptual de teoría jurídica, por lo tanto, es mejor, si dentro de su marco (1) el mayor número de fenómenos jurídicos pueden ser explicados (2) coherentemente y (3) de forma coherente con el mayor grado posible de simplicidad (y (4) factores políticos e ideológicos pueden también desempeñar un rol)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Friedrich Koja & Walter Antonioli, *Allgemeines Verwaltungsrecht* [*General Administrative Law*] 2 (3d ed. 1996). para un análisis similar utilizando una terminología diferente, consulte Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* [*Legal Philosophy*] 215 (8th ed. 1973) (distinguiendo *Rechtsbegriffe* (“conceptos de derecho”) y *rechtswissenschaftliche Begriffe* (“conceptos de ciencia jurídica”).

<sup>17</sup> A menos que fuéramos a utilizar definiciones como “el concepto de principios, para Alexy, significa...” o “según los principios, tal y tal es generalmente entendido”. En estos casos, uno puede, por supuesto, decir que la definición es verdadera o falsa. Pero éstas sólo serían declaraciones secundarias de la teoría jurídica, en relación con lo que otros han pensado sobre el derecho. Sin embargo, éste no es el caso con las definiciones primarias, que apuntan a una explicación directa de ciertos fenómenos jurídicos.

<sup>18</sup> Véase, Roger Cotterrell, *The politics of Jurisprudence* 11 ff. (2003). En cuanto al trasfondo ideológico de la división del orden jurídico en derecho

Esto genera otra diferencia importante entre el enfoque conceptual del derecho positivo y de la teoría jurídica. No podemos simplemente “olvidar” conceptos en el derecho positivo. Podemos debatir sobre diversas definiciones; pero hay una cosa que no podemos hacer: descartar un concepto pertinente como superfluo. Esto sólo podemos hacerlo con conceptos de la teoría jurídica, específicamente, cuando tienen menos fuerza explicativa que las definiciones de los conceptos de otra teoría jurídica (competidores). Si podemos ofrecer una explicación de un orden jurídico determinado con un nuevo concepto (ualización), entonces podemos tirar el antiguo a la basura.

Nuestra tesis se postula como sigue: el concepto en la teoría jurídica que describe un principio como teniendo una estructura lógica distinta de las normas es simplemente superfluo. Los fenómenos explicados por el concepto también pueden ser explicados. Su introducción, por lo tanto, sólo superficialmente, innecesariamente complica la explicación, ya que la presencia de múltiples conceptos explicativos en la teoría jurídica la vuelve más compleja.

¿Y qué exactamente explica este concepto –es decir, principios de reglas lógicamente distintas?– Explica el razonamiento jurídico y la aplicación del derecho. La consulta es si puede existir

---

público y privado, véase el discurso de Robert Walter (en Strobl am Wolfgangsee, Austria, Junio 6-7, 1969), en *Zur erneuerung der Struktur der Rechtsordnung: Gespräch über wege zur Vermeidung der Zersplitterung des Privatrechts und zur überwindung des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht* [On the Renewal of the Legal Order's Structure: Conversation on ways to avoid the Fragmentation of Private Law and to overcome Dualism in Public and Private Law] 49 ff., esp 50 ff. (sin año de impresión). Como el bagaje ideológico del *Stufenbaulehre* (doctrina of jerarquías, o “estructuración por pasos” del orden jurídico), Véase Theo Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtstheoretische und Ideologische Aspekte* [The Hierarchy of the Legal Order: Aspects of Legal Theory and Ideology] 32 ff. (1975).

una sencilla (conceptualmente más económica, *Denkökonomie*)<sup>19</sup> explicación sin este concepto. Creemos que sí. Es decir, “principios lógicamente distintos a las reglas” pueden entenderse también como reglas indefinidas, abstractas que se concretizan a través de la aplicación jurídica.

Aquí, vamos a considerar la decisión Lebach del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, –que Alexy también analizó– como nuestro estudio de caso<sup>20</sup>. Esta sentencia es intencionalmente seleccionada, a fin de que el “buen ejemplo” de Alexy pueda ser repudiado.

El caso se refería a la emisora de televisión ZDF, que querían al aire un programa acerca de un asesinato en la ciudad de Lebach. El programa incluyó la denominación de un cómplice. Después de que un tribunal rechazó la moción del cómplice de un interdicto preliminar impidiendo la difusión del programa, interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

La constelación del caso, *explicado a modo de principios* (que es como Alexy lo describe), es el siguiente<sup>21</sup>. El principio de la protección de la personalidad (artículo 2 (1) en relación con el 1(1) de la *Grundgesetz* (Constitución alemana; en lo sucesivo, “GG”) y el principio de la libertad de informar por los medios de difusión (segunda frase del apartado 1 del artículo 5 GG), aquí, están en conflicto con otros. La determinación de qué principio tiene prioridad depende del peso y la ponderación de las *circunstancias concretas* de cada caso. Sobre la base de este equilibrio de factores concurrentes, el Tribunal Constitucional, en última

<sup>19</sup> Al concepto de *Denkökonomie* véase Leonidas Pitamic, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, en (1917) *Zeitschrift für Öffentliches Recht* p. 347.

<sup>20</sup> BVerfGE 35, 202.

<sup>21</sup> Alexy, *Theorie*, *supra* nota 2, pp. 84 ff.

instancia, dio prioridad en este caso concreto, a la protección de la personalidad.

Pero podemos explicar este caso usando reglas (*Alexianas*). Tanto reglas (artículos 1(1) en relación con el 2(1) GG por un lado, y el artículo 5(1) GG del otro) son muy generales (es decir, indeterminadas en contenido) las reglas que deben ser interpretadas de manera concreta en un caso concreto. El Tribunal Constitucional Federal celebró la libertad de informar, aquí, inaplicable (es decir, interpretada esta disposición constitucional de tal manera que no se incluyese en este caso concreto). En contraste, la Corte consideró que el artículo 2(1) en relación con el 1(1) GG aplicables al caso. Esto, *no* porque “la ponderación prefiriese un principio o el otro”, sino porque “las normas pertinentes fueron interpretadas de tal manera que el caso sólo cae dentro del ámbito de uno”. Una vez que nos señala el límite entre los dos principios, no queda ninguna duda o discreción, si nuestro caso es en el ámbito de uno o del otro. Este cae en uno u otro, *no tertium datur*. Si hay un caso diferente se nos podría detallar la frontera más precisamente que ahora también deben lidiar con el problema especial nuevo, pero si los hechos de los dos casos son los mismos, entonces no hay necesidad de tratar de hacer de la frontera más detallada o precisa. Una ponderación tiene lugar solamente en la medida en que es siempre el caso de la interpretación teleológica (o intencionada) y sólo antes de dibujar la línea divisoria.

El enfoque de reglas es mejor también en cuanto a seguridad jurídica: los principios Alexianos implican que la próxima vez con los mismos hechos materiales, una decisión diferente podría ser tomada (es sólo una cuestión de equilibrio diferente...). Por lo tanto, se argumenta que se debe asumir que los llamados “principios” tienen el mismo tipo de normatividad (es decir, ellos son aplicables o no, y si lo son, entonces quiere decir que ellos

significan concluyentemente consecuencias jurídicas concretas) como las reglas –su alcance es simplemente incierto debido a las expresiones vagas y generales contenidas en su forma lingüística<sup>22</sup>.

Por tanto, podemos deducir que el concepto de “principios lógicamente distintos a las reglas”, es simplemente *superfluo*, ya que los problemas de la aplicación del derecho pueden explicarse sin él.

### 1.3 Posibles (Contra-)objeciones contra este paradigma puramente basado en Reglas

(1) Se podría objetar mi razonamiento anterior señalando que algunas normas evalúan los hechos, *prima facie* como una violación del derecho, pero más tarde (después de considerar las circunstancias pertinentes) podemos considerar estos hechos *no* como una violación del derecho. Normalmente es la situación de los derechos fundamentales, donde, por ejemplo, vemos un problema relativo (violación de) la libertad de expresión, pero finalmente (normalmente, a fin de proteger otro derecho fundamental) nosotros no lo percibimos como una violación de la libertad de expresión. Otras normas, sin embargo, al igual que los plazos en el procedimiento civil, no conocen esta aplicación en dos etapas, donde la violación *prima facie* y la violación (eventual) actual difieren. Y de acuerdo con la objeción contra mi razonamiento, este último tipo de normas podrían ser identificados con reglas Alexianas, el último tipo con principios Alexianos.

---

<sup>22</sup> Y de manera más general: nosotros aceptamos los menores procesos de pensamiento en justificaciones judiciales (o: los menores modelos de pensamiento que aceptamos para la reconstrucción del pensamiento judicial), la mejor opción para pelear contra las decisiones arbitrarias, porque los nuevos tipos estructurales de pensamiento judicial tomen las decisiones menos previsible. Por lo tanto, la carga de la prueba corresponde a la introducción del nuevo modelo de pensamiento.

Esta objeción es, sin embargo, equivocada. No es otra cosa que la mezcla de la restricción (*Eingriff*) de un derecho fundamental con su incumplimiento (*Verletzung*). Las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales (para seguir con nuestro ejemplo: la libertad de expresión) no prohíben una restricción (por ejemplo, cualquier demanda por difamación) de la libertad de expresión, tan sólo su violación.

El contenido de la libertad de expresión es, por tanto, que no “está prohibido restringir la libertad de expresión”, sino que “se prohíbe la violación de la libertad de expresión”, donde la violación significa una restricción sin (apropiada) justificación (*Rechtfertigung*). Por lo tanto, no es el caso de que las normas de derechos fundamentales *prima facie* podrían prohibir cualquier restricción, sino que en último caso las buenas (justificantes) razones no pueden resistirse a la restricción justificada. En realidad, no hay ninguna prohibición de restricciones *prima facie*. Sólo hay un tipo de prohibición: la de violar el derecho fundamental. Hemos llegado a este resultado al final de una prueba doctrinal; pero el resultado final de la prueba (violación o no violación) debe ser estrictamente diferenciada de pasos intermedios (como restricción o no restricción). Para seguir nuestro ejemplo: el significado de la libertad de expresión no es que “está prohibido restringir la libertad de expresión”, sino que “está prohibido restringir la libertad de expresión *sin una* (apropiada) *justificación*”. Esta norma prohíbe un acto o no: está bajo su ámbito de aplicación o no. *Tertium non datur*. No hay “actos menos prohibidos” y “actos más prohibidos”; sólo hay actos prohibidos y actos no - prohibidos (“si-o”)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> De forma similar: en el caso de una norma imperativa (es decir, una norma que obligaría a hacer algo activamente) prescribe un acto o no (de modo que el razonamiento anterior no es sólo sobre la prohibición de las normas, sino también de otros tipos, como normas imperativas o potenciadas).



(2) Otra objeción podría afirmar que en el paradigma basado puramente en reglas no puede explicar cómo dos principios son pesados el uno contra el otro, y especialmente no podemos explicar *por qué* un principio tendría prioridad frente a los demás.

Es cierto, que mi teoría no explica las razones del balanceo (*Abwägung*), porque pertenece a una problemática diferente de la teoría jurídica. Si tenemos dos principios a ser “pesados” el uno contra el otro que en realidad acabamos de interpretar el primer principio a la luz del otro y *viceversa* (es decir, podemos determinar el alcance de este principio con la ayuda del otro). Cómo hacerlo exactamente (y exactamente por qué una determinada interpretación es elegida), pertenece a la problemática general de la interpretación jurídica que no debe confundirse con la estructura lógica de las normas.

(3) Una tercera objeción pone de relieve la problemática de la optimización (*Optimierung*). Según esto, la simple regla - paradigma no puede explicar la naturaleza de los principios de optimización.

Para responder a esta objeción, tenemos que hacer una diferencia entre la repetición de un razonamiento jurídico, por un lado, y su reconstrucción por re-conceptualización del otro. Los jueces pueden de hecho hablar de optimización en su justificación (o sin mencionar la palabra, podrían referirse al concepto). Esto no significa, sin embargo, que tenemos que seguir haciendo esto, cuando analizamos sus decisiones. Si podemos explicar lo que realmente hizo utilizando un marco conceptual diferente, entonces podemos hacerlo. El concepto de “optimización” puede ser un concepto útil en el principio-paradigma, pero es superfluo en la pura regla-paradigma como es el concepto Alexiano de principio. Hemos explicado la problemática sin ella (véase supra *Lebach*).

(4) Una última objeción, pregunta cómo un test de restricción de los derechos fundamentales puede ser explicada en mi teoría y si los pasos individuales de la prueba son reglas distintas.

Esta objeción es similar a la objeción (1) antes mencionada, y presupone que las cláusulas de derechos fundamentales son sobre prohibición de *restricciones* de los derechos fundamentales. Esto es, sin embargo, como se ha indicado anteriormente, una suposición errónea. Si fueran sobre restricciones, en efecto, tendríamos una dificultad para explicarlos en el paradigma de la regla. Pero en realidad son acerca de la prohibición de *violación* (es decir, restricción sin justificación adecuada). Esto significa que este problema se ha transformado en un problema de interpretación (es decir, la determinación del alcance de la “prohibición de violación”) de nuevo. El balanceo de los dos principios no es otra cosa sino *interpretar restrictivamente* una regla (principio) a la luz de la otra.

La *clásica prueba de proporcionalidad de tres pasos* (1. Idoneidad, 2. Necesidad, 3. Proporcionalidad en sentido estricto), puede ser traducida en el paradigma de la regla con las siguientes preguntas: 1. ¿Podemos interpretar una regla *A* restrictivamente a la luz de la regla *B*?, ¿Es la regla *B* un posible motivo para interpretar una regla *A* restrictivamente? (idoneidad) 2. ¿Tenemos que hacerlo, a fin de ganar en *B*?, ¿Es la interpretación restrictiva de la regla *A* necesaria en la situación concreta a fin de mantener la interpretación no-restrictiva de la regla *B*? (necesidad) 3. ¿Es la interpretación restrictiva de la regla *A* demasiado radical como para ganar en *B*? ¿O podría la restricción en la interpretación ser menos severa si se interpreta exactamente la otra regla (es decir, *B*) de forma restrictiva a la luz de la primera (es decir, *A*)?, ¿O más bien deberíamos interpretar ambos restrictivamente a la luz de los otros? (proporcionalidad en sentido estricto).

## 1.4 ¿Qué son los principios?

Entonces, los principios no son lógicamente diferentes de la reglas en su estructura. Los principios son *muy importantes* (o fundamental o básica) generales (es decir, de contenido indeterminado) reglas (o con otras palabras: decisiones estructurales, *Strukturentscheidungen*). La designación como un “principio” expresa esta importancia<sup>24</sup>. Así que si designamos o no una regla general como un principio entonces funciona como un artilingo *retórico*. Dicha promoción terminológica, sin embargo, sólo debe utilizarse en casos de normas muy generales<sup>25</sup>. Normalmente, sería inverosímil para hablar de la *importancia* fundamental de una regla concreta minuciosamente<sup>26</sup>.

Este carácter retórico de los principios no debe ser (mal) entendido como peyorativo. Simplemente indica que la diferencia entre principios y demás reglas generales no corresponden a su naturaleza lógico-jurídica. Para decirlo (mejor) de otra manera: la designación como un principio sólo puede tener relevancia normativa, cuando se construye como evidencia de una decisión legislativa acerca de la importancia de la regla. Con lo cual, a su vez, (por interpretación histórica o subjetivamente teleológica) se dará prioridad a cualquiera de las dos interpretaciones posibles conforme a los llamados “principios”.

<sup>24</sup> Esto no significa que *cada* regla importante será designada como un principio. Significa simplemente: sólo reglas importantes tienen una oportunidad para ser promovidas a “principios”. Los criterios de promoción (y su peso) están muy lejos de ser evidente, y se tratarán más adelante.

<sup>25</sup> Cf. Jean-Louis Bergel, *Théorie Générale du Droit* [*General Theory of Law*] 91 (3d ed. 1999) (“c’est la généralité...”).

<sup>26</sup> Incluso más retóricamente recalco la expresión “principio general” (*principe général, allgemeiner Rechtsgrundsatz*). Si los principios deben entenderse como reglas “muy importantes”, entonces la expresión “principio general” puede ser descodificado como regla “muy muy importante”.

Y ¿por qué tenemos que promover algunas reglas a “principios”? Por supuesto, no hay una respuesta única y simple<sup>27</sup>. Algunos podrían enfatizar la especificidad de su contenido valorativo<sup>28</sup>; sus referencialidad a la idea del derecho<sup>29</sup> o a una regla jurídica suprema<sup>30</sup>; su importancia para el orden jurídico<sup>31</sup> su naturaleza garantizando los derechos<sup>32</sup>; la certeza de su intuición; o su universalidad. Otros han hablado de específicas funciones de principios meta - normativos. Estas serán discutidas más adelante (3.3. Funciones Meta - Normativas).

Parece apropiado en este punto mencionar algunas de las diferencias de opinión entre Esser y Dworkin. En primer lugar, para Esser, un principio implica una mayor discreción para el juez, dado que él o ella debe dar forma a esos principios. Para Dworkin, en contraste, un principio sirve para limitar la discrecionalidad judicial<sup>33</sup>. Esser entiende los principios como la justificación de

<sup>27</sup> La siguiente descripción se basa en Alexy, *Zum Begriff*, *supra* nota 2, 65 f.

<sup>28</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* [*System Thought and System Concept in Jurisprudence*] 50 (1969).

<sup>29</sup> Karl Larenz *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* [*Methodological Doctrine in Legal Studies*] 207, 410 (1979).

<sup>30</sup> Hans Julius Wolff, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen* [*Legal Principles and Fundamental Constitutional Decisions as Sources of Law*], en *Festschrift für Walter Jellinek* 37 ff. (Otto Bachoff ed., 1955).

<sup>31</sup> Larenz, *supra* note 29, at 464; Aleksander Peczenik, *Principles of Law: The Search for Legal Theory*, en *Rechtstheorie* 30 (1971).

<sup>32</sup> Sobre el hecho de que Dworkin identifica argumentos de principio con argumentos sobre derechos véase, Donald H. Regan, *Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies*, en Ronald Dworkin and *Contemporary Jurisprudence* 132 (Marshall Cohen ed., 1983).

<sup>33</sup> Véase José Antonio Pascua, *Die Grundlage rechtlicher Geltung von Prinzipien: eine Gegenüberstellung von Dworkin und Esser* [*The Basis of Legal Force of Principles: a Juxtaposition of Dworkin and Esser*], en *Prinzipien des Rechts* [*Principles of Law*] 24 (Giuseppe Orsi ed., 1996).

la decisión; Dworkin los entiende como instructivo (directrices jurídicamente vinculantes)<sup>34</sup>. En segundo lugar, Esser característicamente excluye la ética desde el análisis<sup>35</sup>, pero Dworkin considera que los principios pueden ser principios éticos, cuya presencia en el orden jurídico evidencia la inconsistencia de la división positivista entre derecho y moral. Y, en tercer lugar, los principios jurídicos de Esser sólo se crean por medio de su uso en la toma de decisiones judiciales<sup>36</sup>. Para Dworkin, los principios jurídicos son válidos *sólo porque son justos* (asumiendo que son coherentes con el orden jurídico respectivo)<sup>37</sup>. Responderé a estas cuestiones que serán discutidas a su turno.

En primer lugar, la cuestión de si la presencia de principios en un orden jurídico contradice la división positivista entre derecho y moral, puede ser contestada con un rotundo e inequívoco NO. Incluso podemos reconocer estructuralmente distintos principios, esto no implicaría necesariamente el fin de la división positivista entre derecho y moralidad<sup>38</sup>. En cualquier caso, hemos terminado desmintiendo la diferencia lógica. En segundo lugar, los dos autores han disputado la naturaleza de la validez de los principios. Pero nada obliga a la aceptación de

<sup>34</sup> Cf. Esser, *supra* nota 2, pp. 51 f.

<sup>35</sup> Véase *supra* nota 33, p. 22, n. 31. Esta es la razón porqué Esser puede contarse entre los positivistas. Véase Ewald Wiederin, *Regel – Prinzip – Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser* [Rule – Principle – Norm: On a Controversy between Hans Kelsen and Josef Esser], en *untersuchungen zur reinen rechtslehre: ergebnisse eines wiener rechtstheoretischen seminars 1985-86* [analyses of the pure theory of law: results of a vienna seminar on legal theory], p. 155 (Stanley L. Paulson & Robert Walter eds., 1986). Sobre similitudes entre Hart y Esser, véase Pascua, *supra* nota 33, p. 18.

<sup>36</sup> Véase, Pascua, *supra* nota 33, pp. 19 f.

<sup>37</sup> *Id.* p. 28.

<sup>38</sup> Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, en 81 Yale L.J. 823, 851 ff. (1972).

una (no-positivista) naturaleza de la validez que es distinta de la de (otras) reglas<sup>39</sup>. En tercer lugar, Esser y Dworkin disputan si un principio da a un juez mayor o menor discreción; la respuesta depende del momento del análisis y si el principio está “positivizado”. a) Cuando se trata de un principio positivo (o “positivizado”), es decir, cuando el principio puede encontrarse en un texto normativo (como un ley), entonces el momento de análisis no hace ninguna diferencia. El criterio interpretativo, aquí, es sin duda mayor que con reglas porque el principio de mayor generalidad permite más margen para la interpretación<sup>40</sup>. La discreción es, por supuesto, menos con una regla que por sí mismo confiere discreción. (b) Un principio desarrollado por la práctica judicial, sin embargo, restringe el criterio anterior, pero sólo a partir del momento en que el principio se convierte en vinculante. Por lo tanto, esto no se aplica al punto inicial en el tiempo, por ejemplo, cuando el principio se formuló por primera vez en un dictamen. Este efecto restrictivo, entonces, sólo se hace observable en sentencias posteriores<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Principio del formulario Véase *ibid.*, 852 (llegando a la misma conclusión) Final del formulario

<sup>40</sup> *Cf. id.* p. 846.

<sup>41</sup> En este sentido, también, podemos comprender el efecto que la codificación (o “positivización”) de principios tiene sobre la separación de poderes. (1) El poder judicial ejerce mayor discreción cuando la legislatura no ha prescrito ni normas concretas ni principios. Este caso es, por supuesto, normalmente irrelevante, ya que en tal caso el poder judicial no tiene competencia para decidir de todos modos (sin al menos una prescripción de principios, la potenciación, en todo caso, sólo se basa en una decisión arbitraria). 2) cuando la legislatura no pasa ningún detalle de las reglas (en lugar de ello, sólo un *principio*), mayor discrecionalidad queda abierta para la judicatura que con reglas concretas. (3) Pero, cuando la legislatura aprueba normas concretas y positiviza (un principio subyacente), así efectivamente restringe el margen de discrecionalidad del poder judicial (como contra la legislatura), ya que los principios restringen aún más la interpretación judicial de las reglas concretas (que deja menos espacio para la discreción de todos modos).

## 2. ¿CÓMO LOS PRINCIPIOS PUEDEN SER COMPROBADOS (RECONOCIDOS)?

La siguiente pregunta sobre los principios indaga cómo pueden determinarse, o reconocerse, en un ordenamiento jurídico concreto. Esta pregunta podría no ser tan decisiva como si la diferencia entre reglas y principios fuese lógica, estructural, pero aún así sigue siendo inevitable (porque las funciones especiales de los principios se describe a continuación).

(1) El primer caso es cuando un principio está expresamente anclado en un texto jurídico<sup>42</sup>. (1/A) Dentro de esta categoría, el texto en sí mismo puede llamar a su regla un “principio” (1/B) En otros casos, sólo la regla general está anclada, sin ser calificada como un “principio” por el propio texto. Dicha designación ocurre generalmente en el curso de la aplicación judicial o entre los juristas . En estos ejemplos, es más apropiado hablar de *reconocimiento* de principios.

(2) Otra constelación tiene el principio comprobado (o fabricado) mediante el análisis del derecho positivo<sup>43</sup>. Este análisis puede llevarse a cabo por medio de la abstracción<sup>44</sup> de reglas concretas o de normas concretas por el escrutinio del contexto político y

---

<sup>42</sup> Ota Weinberger, *Revision des traditionellen Rechtssatzkonzeptes* [Revision of the Traditional Concept of Legal Tenets], in *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, supra nota 2, p. 60. 43 *Id.*; véase también Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* [Interpretation of Laws in England and on the Continent] 1257 ff., 1273 f. (2001) (Hablando de británicos y franceses, el papel de los tribunales en este sentido).

<sup>43</sup> *Id.*; véase también Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* [Interpretation of Laws in England and on the Continent] 1257 ff., 1273 f. (2001) (discutiendo el rol de las cortes británicas y francesas).

<sup>44</sup> Sobre el trato de Pütter, véase Sigrid Jacoby, *Allgemeine Rechtsgrundsätze* [General Legal Principles]

moral. El primero es el método tradicional; Dworkin hace uso de este último. Según Dworkin, los principios de una moralidad política de una sociedad determinada se manifiesta en la Constitución mismas, las leyes y los precedentes jurídicos<sup>45</sup>. Por lo tanto, la aparición de un principio fuera del derecho positivo requiere que la moralidad política se mantenga a la vista. Sólo de esta manera el sistema jurídico puede ser justificado, por lo que también justifican la determinación de sus más importantes normas como procedimiento de moralidad política<sup>46</sup>.

(3) Los principios pueden finalmente también ser simplemente introducidos a través de la práctica judicial o la investigación jurídica<sup>47</sup>. Sin embargo, esto raramente ocurre, ya que tales principios son vulnerables a acusaciones de arbitrariedad. En tales casos, la falta de una base en el derecho positivo es compensado por argumentos morales (por ejemplo, la ley natural)<sup>48</sup>.

(4) Finalmente, una combinación de los métodos antes mencionados desde luego es posible. Si, por ejemplo, una regla general es explícita en un texto legal y se ha dado forma a través de una regulación muy detallada, entonces tiene una buena probabilidad

---

<sup>38</sup> ff. (1997). La introducción de un principio jurídico por la legislatura, está fuera del alcance del presente artículo, ya que un orden jurídico válido se presupone como el objeto del presente análisis.

<sup>45</sup> Dworkin, *supra* nota 2, p. 66, 126.

<sup>46</sup> Johann Friedrich Reitemeier (1755-1839) hizo un intento similar, tratando de derivar los principios jurídicos generales de la Constitución, las costumbres y la religión de un determinado país. Véase Jacoby, *supra* nota 44, en 45.

<sup>47</sup> Weinberger, *supra* nota 42, p. 60.

<sup>48</sup> Giorgio del Vecchio, *Les Principes généraux du droit [Los principios generales del derecho]*, en *Recueil d'études sur les Sources du droit en L'Honneur de François Gény* 73 ss. (1934) (afirmando que los principios no pueden determinarse a través de la inducción de las normas).



de ser promovida por el mundo académico jurídico o en la práctica judicial al rango de “principio”.

### 3. ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS?

Y entonces, ¿cuál es la función de estas *muy importantes* reglas generales? Ellos, naturalmente, tienen la función habitual de normas: pueden ser normas de conducta<sup>49</sup>. Debido a su carácter muy general, esto significa que actuarían indirectamente principalmente, aunque no de forma directa, para controlar la conducta (es decir, por medio de interpretación de reglas concretas). Debido a su carácter muy general, esto significa que actuarían indirectamente principalmente, aunque no de forma directa, para controlar la conducta (es decir, por medio de interpretación de reglas concretas). Al mismo tiempo, esto no excluye el control directo de los principios de conducta<sup>50</sup>. Pero aquí estamos interesados en las funciones particulares de los principios, es decir, aquellos que *no* tienen también las características de otras reglas. Veamos.

#### 3.1 Función heurística

Los principios jurídicos, determinados mediante el análisis del derecho positivo, a menudo tienen una función heurística. Ayudan a la estructuración y sistematización del material jurídico

<sup>49</sup> Para un erróneo análisis, véase Hyman Gross, *Standards as law*, en *Annual Survey of American Law*, 1968-69, pp. 575-80, esp. 578. Para él, los principios son solamente las reglas de la argumentación (en contraposición a las normas, que son normas de conducta). Este es, de hecho, una de sus funciones, pero no la única. Para una opinión equivocada igualmente, consulte Torstein Eckhoff, *Guiding Standards in Legal Reasoning*, en *Current Legal Problems* 205-19, esp. 207 (1976).

<sup>50</sup> Raz, *supra* nota 38, p. 841 (“Principios como el único motivo para la acción en casos particulares”).

para que sea manejable<sup>51</sup>. Este uso de principios era característica de, por ejemplo, los germanistas (abogados no tradicionales relacionados con el derecho romano en el siglo XIX en Alemania), que se enfrentaron a una inmanejable y contradictoria masa de leyes. Por lo tanto, trataron de rastrear leyes consuetudinarias y locales a los auto - denominados “principios rectores” a fin de lograr un nivel manejable y comprensible de la estructuración del derecho<sup>52</sup>. Una función similar, entre otras, se atribuyen a los respectivos principios de la democracia, el estado de derecho y el federalismo en el libro estándar de Konrad Hesse sobre derecho constitucional alemán<sup>53</sup>.

La estructura y administración del derecho son también necesarios para la seguridad jurídica<sup>54</sup>, que a su vez es indispensable para el funcionamiento eficiente de cualquier sociedad. También cabe señalar aquí que una estructura que sirve para fines puramente epistemológicos también puede tener efecto normativo. Es decir, cuando describimos el derecho y esto es ampliamente aceptado, por lo que también altera el derecho<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Compare el punto de vista de Betti sobre los principios educativos generales como figuras, en Pascua, *supra* nota 33, en 8.

<sup>52</sup> Jacoby, *supra* nota 44, p. 139 ff.

<sup>53</sup> Véase, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* [*Fundamentals of Constitutional Law of the Federal Republic of Germany*] 55 ff. (20th ed. 1999). Para la contraparte húngara en la investigación constitucional con una estructura similar como la dada por los principios constitucionales, véase József Petrétei, *Magyar Alkotmányjog* [Derecho Constitucional Húngaro] I 83 ss. (2002).

<sup>54</sup> Cf. Armin von Bogdandy, *Europäische Prinzipienlehre* [*European Doctrine of Principles*], en *Europäisches Verfassungsrecht* [*European Constitutional Law*] 152 f. (Armin von Bogdandy ed., 2003).

<sup>55</sup> András Sajó, *Kritikai Értekezés a Jogtudományról* [*Critical Study on Legal Scholarship*] 25 f., 108 f. (1983); Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* [*General State Theory*] 50 (3d ed. 1913); Neil Maccormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth* 113 (1999).

### 3.2 Funciones de la práctica jurídica en la aplicación del Derecho

En aplicación del derecho, los principios tienen funciones jurídicas prácticas. (1) Juegan un importante rol en la argumentación jurídica; en este sentido, regulan el razonamiento jurídico<sup>56</sup>.

(1/1) La función más evidente es la función interpretativa<sup>57</sup>. Las regulaciones especializadas deben interpretarse de conformidad con la regulación general<sup>58</sup>. Así pues, cuando dos interpretaciones de una ley son posibles, se dará preferencia a la que sea (más) compatible con los principios jurídicos (es decir, la regulación general)<sup>59</sup>. Sin embargo, este método no es aplicable cuando se trata de una redacción clara; por lo que, de nuevo, las excepciones son posibles dependiendo del orden jurídico específico<sup>60</sup>. Las disposiciones jurídicas que limitan los principios deben interpretarse de forma restrictiva<sup>61</sup>.

(1/2) Los principios pueden también actuar como un correctivo y como apoyo argumentativo para un resultado deseado, al cual las reglas concretas no llevaría (o no conduciría *inequívocamente*)<sup>62</sup>. Los principios realizarían esta función en particular en la aplicación del derecho siempre que sea el método de aplicación un inherente sistema de derecho – es decir, donde sólo el *derecho positivo* válido, *actualmente en vigor*, pueda ser citado. Un

<sup>56</sup> Eckhoff, *supra* not 49, pp. 205-19, esp. 207; Gross, *supra* notA 49, pp. 575-80, esp. 578.

<sup>57</sup> John a. Usher, *General Principles of EC Law* 122 f. (1998).

<sup>58</sup> Raz, *supra* nota 38, p. 839 (“Principios como fundamentos para interpretar derechos”).

<sup>59</sup> Vogenauer, *supra* nota 43, p. 1274.

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.* p. 1275.

<sup>62</sup> Raz, *supra* nota 38, p. 840 (“Principios como fundamentos para excepciones particulares de leyes”).

ejemplo es el los Romanistas de la escuela histórica en el siglo XIX en Alemania<sup>63</sup>. Los Romanistas utilizan los principios jurídicos como soporte correctivo y argumentativo cuando la ley positiva falla (inequívocamente) el resultado deseado.

Además, la jurisprudencia estadounidense que Dworkin hizo famosa también puede ser, en mi opinión, clasificada aquí<sup>64</sup>. En el primer caso, *Riggs v. Palmer*<sup>65</sup>, las reglas concretas preveían la herencia a través de un nieto, pero estas reglas fallan en contestar qué hacer en el caso que el nieto mate a su abuelo. Invocando el principio, “nadie está autorizado a sacar ventaja de su propio crimen”, el Tribunal identificó una excepción a las disposiciones concretas. En el segundo caso, *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*<sup>66</sup>, el tribunal falló, contrariamente a las disposiciones contractuales concretas, a favor de un consumidor ordinario en nombre de un principio general.

(1/3) Reafirmación de la posesión. En Austria, el art. § 7 del Código Civil General Austriaco (ABGB) fue aplicada a menudo, aunque sólo como autoridad adicional para el razonamiento y la posesión, que ya había sido derivada del derecho positivo concreto<sup>67</sup>.

Una abstracción del principio (es decir, la generalidad o indeterminación) permite también la posibilidad de aplicar reglas que

<sup>63</sup> Jacoby, *supra* nota 44, pp. 115 ff.

<sup>64</sup> Dworkin, *supra* nota 2, p. 23 f.

<sup>65</sup> 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

<sup>66</sup> 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

<sup>67</sup> Jacoby, *supra* nota 44, pp. 89 ff. § 7 ABGB: “Si el caso no puede ser decidido con referencia a las palabras de la ley, se tendrán en cuenta para casos análogos tratado explícitamente en el código y las políticas subyacentes a otras leyes afines. Si el caso sigue en duda, será con un cuidadoso examen de las circunstancias del caso, se decidió de acuerdo con los principios de la ley natural”.

*formalmente no han entrado en vigor dentro del orden jurídico que está en vigor.*

(2/1) La entrada para normas jurídicas formalmente *ya no está* en vigor. De esta manera, por ejemplo, tras la promulgación del *Código Civil* en Francia, el derecho romano podría continuar teniendo efecto en los *Principes généraux*, aunque el legislador había derogado el derecho Romano<sup>68</sup>. Los “Principios generales” (*Allgemeine Rechtsgrundsätze*) del art. § 7 del Código Civil de Austria (1811 en Austria) tenían una función similar<sup>69</sup>. Ellos significaban, en realidad, “principios del derecho Romano”. Interpretaciones similares fueron utilizadas para las disposiciones equivalentes del *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756 en Baviera), el prusiano *Allgemeines Landrecht* (1794 en Prusia), y de la *Badisches Landrecht* (1810 en Baden)<sup>70</sup>.

Cómo estas disposiciones se aplicaron en la *práctica*, sin embargo, es una cuestión aparte. Los dos polos son Prusia y Francia. En el primero, la aplicación del derecho basado en la introducción del artículo 49 de la *Allgemeines Landrecht* prácticamente nunca tuvo lugar<sup>71</sup>. Pero en Francia los *Principes généraux* verdaderamente fueron las bases normativas para numerosas decisiones, es decir, la base para la aplicación de las normas del (formalmente *ya no está* en vigor) derecho Romano<sup>72</sup>.

(2/2) La entrada para las reglas de *otros* ordenamientos jurídicos, o la función de puente entre los diferentes ordenamientos jurídicos. Los principios permiten el descubrimiento de un terreno

---

<sup>68</sup> *Id.* p. 75 ff.

<sup>69</sup> *Id.* p. 63 ff.

<sup>70</sup> *Id.* p. 57 ff., 81 ff.

<sup>71</sup> *Id.* p. 100 ff.

<sup>72</sup> *Id.* p. 104 ff. La posición intermedia de Austria ya ha sido mencionado anteriormente (como “reafirmación de la explotación”).

común entre varias culturas jurídicas. Esta función tiene una importancia extraordinaria, donde representantes de varias culturas jurídicas participan simultáneamente en la determinación del derecho (como con el Derecho comunitario o en el derecho internacional)<sup>73</sup> sin ninguna regulación detallada sobre la base jurídica de las decisiones. En tales casos, las soluciones jurídicas de los órdenes jurídicos estatales son analógicamente aplicadas.

(2/3) Entrada para las ideas (sociales y políticas) de moralidad. Curiosamente, ambos positivistas (Kelsen, Merkl) y la ley natural de Giorgio del Vecchio enfatizan esta función de principios. Los positivistas siempre ven dentro de las propias reglas generales una posibilidad de discrecionalidad<sup>74</sup>. Y “la discreción es la puerta de entrada para el edificio jurídico a través del cual las motivaciones extralegales pueden entrar por la fuerza”<sup>75</sup>. Para estos dos autores, motivaciones extralegales incluirían, por ejemplo, nociones de moralidad. La ley natural del erudito italiano Giorgio del Vecchio procede de un origen totalmente similar pero en el otro extremo. Él considera que la presencia de principios en los diversos códigos jurídicos son una indicación de que incluso el legislador está de acuerdo: sin estas reglas morales, ningún código jurídico puede operar<sup>76</sup>. Así pues, del Vecchio no sólo contempla principios como una puerta abierta para cualquier y todas las nociones de moralidad (como Kelsen o Merkl); por

<sup>73</sup> Véase id., 184 ss. (citando ejemplos de derecho internacional); véase también id., 210 ss. (citando ejemplos de legislación comunitaria basada en el artículo 215(2) del Tratado de la CEE).

<sup>74</sup> Kelsen, sin embargo, es escéptico sobre el desarrollo del derecho por parte de la judicatura. Ver Wiederin, *supra* nota 35, p. 146; Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* [*General Theory of Norms*] 97 (1979).

<sup>75</sup> Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* [*General Administrative Law*] 152 (1927) (traducción del autor del original).

<sup>76</sup> Vecchio, *supra* nota 48, p. 78 f.

el contrario, los principios mismos son ley natural simplemente codificada en el derecho positivo<sup>77</sup>.

(3) Y una última función sigue desde las funciones jurídicas prácticas discutidas anteriormente, es decir, desarrollando el derecho<sup>78</sup>. Una novedad decisiva de la teoría de Esser - en contraposición a la anterior teoría metodológica que describe a los jueces como “descubriendo” principios - es precisamente su énfasis en la función de los principios para desarrollar (cambiar) el derecho<sup>79</sup>. Esta función es característica de la práctica jurídica, en particular en el caso de que el orden jurídico en ciertos aspectos está subdesarrollado y, por lo tanto, más dependiente de las préstamos de las soluciones de otros ordenamientos jurídicos (otra vez, como en el derecho internacional o el derecho comunitario).<sup>80</sup>

Algunos argumentan que la fuerza jurídica de los actos de derecho a veces depende de su correspondencia con los principios jurídicos (funciona como criterio de validez)<sup>81</sup>. Pero uno debe mantener en mente que este punto de vista, puede inducir a error. Estoy de acuerdo de que normas importantes son, en efecto, a menudo empaquetadas en los actos de más alto rango del derecho (por ejemplo, en las constituciones) como “principios”, posteriormente, sirviendo como un estándar, contra el cual la validez de normas inferiores es probado. Y un tribunal constitucional (o la Corte Europea de Justicia) a veces desarrolla principios, tratándolos

---

<sup>77</sup> *Id.* p. 82.

<sup>78</sup> Raz, *supra* nota 38, p. 841 (“Principios como fundamento para la formulación de las nuevas normas”).

<sup>79</sup> Wiederin, *supra* nota 35, p. 139; Esser, *supra* nota 2, p. 83. Gény también enfatiza esta instructiva función. Véase, François Gény, 1 *Méthode d'interprétation et Sources en Droit Privé Positif* [Methods of Interpretation and Sources of Private Positive Law] 41 ff. (2d ed. 1919); Bergel, *supra* nota 25, p. 98.

<sup>80</sup> Jacoby, *supra* nota 44, p. 170 ff., 209 ff.

<sup>81</sup> Usher, *supra* nota 57, p. 123 f.

como derecho constitucional, aunque sin una explícita referencia constitucional (Constitución invisible)<sup>82</sup>. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que estos principios actúan como estándares, no porque *son* principios, sino porque tienen un rango superior (o, tal vez, porque se tratan de la siguiente manera: constitución invisible). Naturalmente, los principios tienen una mayor probabilidad de ser incorporados a la constitución o ser tratados como ley constitucional por el tribunal constitucional. Pero, mientras que la correlación es ciertamente probable, tampoco es inevitable. Algunos principios (como los principios del derecho civil) no están incorporados en la Constitución. Esta función de un criterio de validez, por lo tanto, no está relacionada específicamente con la naturaleza de los principios, sino que se refiere a la *jerarquía*.

### 3.3 Funciones Meta-Normativas

Los principios pueden también cumplir meta-funciones normativas. Es decir, (1) *ex ante* (por ejemplo, programando la legislación)<sup>83</sup> y (2) *ex post* (la justificación para reglas)<sup>84</sup>.

La literatura enfatiza especialmente esto justificando la función, que puede estar basada en el orden jurídico como un todo (la función ideológica - legitimizadora)<sup>85</sup> o, más frecuentemente, sólo sobre una regla concreta o un grupo de reglas e instituciones.

<sup>82</sup> La Corte Constitucional húngara sirve como ejemplo. Véase *e.g.*, 23/1990. (X.31.) AB, traducción en László Sólyom & Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: the Hungarian Constitutional Court* 126 (2000).

<sup>83</sup> Véase, Pascua, *supra* nota 33, en 10 (explicando el proceso de aprendizaje o la función de orientación); Raz, *supra* nota 38, en 840 (“Principios como razones para cambiar las leyes”).

<sup>84</sup> See Raz, *supra* nota 38, p. 839 (analizando los principios como valores en el derecho); Neil MacCormick, “Principles” of Law, 19 *Jurid. Rev.* 224 (1974) (“resaltando razones y valores”).

<sup>85</sup> Dworkin, *supra* nota 2, p. 105.



Esta es otra pregunta, si estas justificando principios ellos mismos pueden ser utilizados en la aplicación del derecho<sup>86</sup>.

Supongo que los principios por sí mismos pueden aplicarse, suponiendo que hayan sido “positivizados”, es decir, que exista en una norma jurídica o en la práctica judicial. Pero el mero hecho de que justifiquen y enfaticen otras normas, por supuesto, no las hace a ellas directamente aplicables.

### 3.4 Funciones sociales

Cabe destacar que las funciones sociales de un principio incluyen: (1) la función reconciliatoria integratoria y (2) el valor de función integradora.

La última significa que la generalidad de los principios también cubren (regula) los conflictos sociales no cubiertos por reglas concretas. Así, estos conflictos pueden resolverse en un marco jurídico, por lo que jurídicamente no subsisten conflictos no resueltos que conduzcan a la desintegración. Esta función, sin embargo, caracteriza a cualquier regulación muy general.

Esto último significa que la designación como “principio” acentúa la importancia. Esto permite el énfasis y la explicación en la sociedad común de valores importantes, que a su vez tiende a promover la integración<sup>87</sup>. Después de todo, lo que se pone de relieve como “importante” –de estas normas generales dignas del noble título de “principio”– es una cuestión de valoración.

<sup>86</sup> Compare Larenz, *supra* nota 29, p. 207, 410 (respondiendo negativamente), y Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* [Legal Methodology and Concept of Law] 132 ff. (1991) (respondiendo negativamente), con Bergel, *supra* nota 25, p. 97 (respondiendo afirmativamente).

<sup>87</sup> Véase Bogdandy, *supra* nota 54, en 154 (detallando la tarea de una doctrina europea de principios para promover la identidad).

¿INCORPORACIÓN  
MEDIANTE PONDERACIÓN?  
COMENTARIOS CRÍTICOS A LA TESIS  
DE LA NECESARIA INCORPORACIÓN  
DE ALEXY

*Peng-Hsiang Wang*



En este trabajo criticaré la tesis de la necesaria incorporación de Alexy, que sostiene que los principios morales son necesariamente incorporados al derecho en virtud de la obligación judicial de aplicar y ponderar principios en los casos difíciles. Voy a argumentar que aunque la incorporación por ponderación es un argumento irracional, la tesis de la conexión puede sostenerse sin recurrir a la tesis de la necesaria incorporación.

## **1. LA TESIS DE LA CONEXIÓN Y EL ARGUMENTO DESDE PRINCIPIOS**

La afirmación central de la teoría anti – positivista del derecho de Alexy es la tesis de la conexión, que dice que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad. En una anterior versión, esta tesis, indicó que el concepto de derecho se define de tal forma que se incluyen elementos de la moral<sup>1</sup>. En su reciente formulación, sin embargo, afirma que existe una conexión necesaria entre validez jurídica y corrección jurídica, por un lado, y méritos y deméritos morales o corrección e incorrección moral por el otro<sup>2</sup>. Para justificar la tesis de conexión, Alexy ha ofrecido tres argumentos: el argumento de la corrección, el argumento de los principios, y el argumento de la injusticia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> R. Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford 2002, p. 4.

<sup>2</sup> R. Alexy, *On the Concept and Nature of Law*, en: *Ratio Juris* 21 (2008), p. 285.

<sup>3</sup> Alexy (nota 1), pp. 35 – 82.

El argumento de la corrección, la piedra angular del argumento de Alexy contra el positivismo jurídico, sostiene que el derecho, las normas jurídicas, las decisiones judiciales o el sistema jurídico en su conjunto, formula necesariamente una pretensión de corrección. Aunque el argumento de la injusticia, expresada en la conocida fórmula de Radbruch, se centra en una situación de excepción con respecto a la validez jurídica de normas extremadamente injustas, el argumento de los principios juega un rol clave en la reducción de la brecha entre la corrección jurídica y moral. Como Alexy admitió, un positivista jurídico puede aceptar el argumento de la corrección, pero todavía insiste en la tesis de separación, que niega que exista una conexión necesaria entre validez jurídica o corrección jurídica y moral. Él podría admitir que el derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección y, al mismo tiempo, sostiene que esta pretensión tiene implicaciones morales. Alexy se basa en el argumento de principios para contrarrestar este desafío.

La base del argumento de principios es la distinción teórica entre normas y principios. Según Alexy en la definición estándar, los principios son normas ordenando que algo sea realizado en la mayor medida posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas al alcance de la mano. Los principios son, por tanto, llamados mandatos de optimización. La forma característica de la aplicación de principios es la ponderación de uno contra otro. Por el contrario, las reglas son mandatos definitivos. Una regla, si se aplica, puede determinar una decisión en particular, sin necesidad de pesarse con otras razones. La forma característica de la aplicación de las reglas es la subsunción<sup>4</sup>. No obstante, la diferencia estructural entre reglas y principios no tiene ninguna influencia directa sobre la conexión entre el derecho y la moral.

---

<sup>4</sup> Alexy (nota 1), p. 70; véase también R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, pp. 44 – 69.

Es necesario establecer una conexión positiva entre corrección jurídica y moral, Alexy emplea principalmente el argumento de principios, que consiste de las siguientes tres tesis: en primer lugar, cada sistema jurídico que está mínimamente desarrollado necesariamente contiene principios como parte del derecho (la tesis de la incorporación); en segundo lugar, los principios están incorporados en el derecho en virtud de su contenido moral (tesis de la moralidad); por último, aplicando el argumento de la corrección, la incorporación de principios morales conduce a una conexión necesaria entre derecho y moral correcta (la tesis de la corrección)<sup>5</sup>. En el siguiente apartado, voy a examinar si la tesis de la incorporación está bien fundada y sirve como un argumento indispensable para la tesis de la conexión.

## **2. LA TESIS DE LA NECESARIA INCORPORACIÓN Y SUS PROBLEMAS**

El argumento de Alexy sobre los principios tiene dos características importantes: en primer lugar, frente al denominado positivismo jurídico incluyente, que cree que es posible, aunque no sea necesario para incorporar los principios morales en el derecho por medio de una práctica convencional, Alexy sostiene que la incorporación es necesaria. Su tesis de la incorporación puede ser llamada “tesis de la necesaria incorporación”. En segundo lugar, el argumento de Alexy está dirigido principalmente a la adjudicación en el área abierta del derecho. Sostiene que los principios morales son necesariamente incorporados en el derecho por medio de la obligación judicial de aplicar los principios morales en casos difíciles. Dado que la ponderación es la forma característica de la aplicación de principios, puede ser llamado “incorporación por ponderación”.

---

<sup>5</sup> Alexy (nota 1), pp. 68 – 81.

Alexy distingue dos diferentes formas de incorporar los principios morales en el derecho. La primera es la incorporación a través del derecho positivo. El ejemplo que Alexy utiliza para ilustrar esta forma de incorporación es la Ley Fundamental Alemana, que contiene los principios de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el *Rechtsstaat* o estado de derecho, la democracia y el estado social como principios fundamentales del sistema jurídico alemán<sup>6</sup>. Sin embargo, un positivista puede inmediatamente objetar de que estos principios son normas jurídicas porque están respaldadas por la autoridad legislativa; en otras palabras, están incorporadas en el derecho no en virtud de los méritos de su contenido moral, sino por medio de su promulgación autoritativa. La incorporación a través del derecho positivo no es ni necesaria, ni conduce a la conexión entre derecho y moral, porque depende del derecho positivo decidir si se debe o no activar los principios morales en el sistema jurídico. Así, desde el punto de vista de los positivistas, un sistema jurídico que no comprende ningún principio moral todavía es conceptualmente posible<sup>7</sup>. Un desafío más potente proviene del positivismo jurídico incluyente, que adopta una versión más sofisticada de la incorporación a través del derecho positivo<sup>8</sup>. Un positivista incluyente no niega que a veces los principios morales puedan convertirse en normas jurídicas en virtud de los méritos de su contenido moral, pero esto es así sólo cuando la regla de reconocimiento del sistema jurídico pertinente contiene criterios morales sustantivos como necesarios o condiciones

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 71.

<sup>7</sup> Para la respuesta de Alexy a este ataque, véase Alexy (nota 1), pp. 71 – 72.

<sup>8</sup> Véase, ejm. J. Coleman, *The Practice of Principle*. In *Defence of a Pragmatist Approach en Legal Theory*, Oxford 2001, pp. 102 – 119; K. E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, en: J. Coleman/S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, pp. 125 – 165; M. H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford 2004, pp. 17–44.

suficientes para la validez jurídica. Dado que la regla de reconocimiento, como la mayoría de los positivistas cree, es una especie de convención social, es una cuestión contingente si la regla de reconocimiento incorpora criterios morales o no. Es posible que exista un sistema jurídico cuya regla de reconocimiento contiene sólo *pedigree* – o fuente de criterios basados en principios tales que no pueden convertirse en parte del derecho simplemente en virtud de su contenido moral. Un positivista jurídico no puede negar que los principios morales puedan ser incorporadas en el derecho, lo que él insiste es que la incorporación, ya sea por medio de la promulgación autoritativa o por medio de la regla de reconocimiento *qua* práctica convencional, no es necesaria. Por lo tanto, es difícil para Alexy basar su argumento exclusivamente en la incorporación al derecho positivo. Para defender la tesis de la necesaria incorporación, él tiene que mostrar que a pesar de que el derecho positivo no incorpora principios morales, todavía entrar en el derecho de otra manera. Para este propósito, Alexy propone la segunda manera de incorporar los principios morales en el derecho, es decir, incorporación por medio de la ponderación.

El punto de partida de Alexy es que el derecho positivo, como H.L.A. Hart señala, siempre tiene una textura abierta<sup>9</sup>. Existen varias razones para la existencia de la textura abierta, por ejemplo, la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos entre normas, la ausencia de una norma aplicable, y la posibilidad de tomar una decisión *contra-legem* en ciertos casos. Los casos comprendidos bajo la textura abierta suelen denominarse “casos difíciles” o “casos dudosos”<sup>10</sup>. Los casos difíciles, por definición, no pueden ser decididos exclusivamente por razones basadas en el derecho positivo. Cuando las razones del derecho positivo se

<sup>9</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford 1994, p. 128.

<sup>10</sup> Alexy (nota 1), p. 69.



agotan, existen dos posibilidades. La primera es que la decisión es tomada sin ningún motivo. La segunda es que la decisión tiene que estar basada en otros motivos que no están basados en el derecho positivo<sup>11</sup>. La primera posibilidad es excluida por la pretensión de corrección, Alexy sostiene, que la pretensión de corrección implica una garantía de justificabilidad<sup>12</sup>. Según el argumento de la corrección, una decisión judicial plantea necesariamente una pretensión para la corrección, y esta pretensión no será satisfecha si el juez no ofrece ninguna razón para justificar su decisión. En otras palabras, la pretensión de corrección implica la justificación de la decisión judicial, lo que significa que el juez tiene que aplicar las razones morales para fundamentar su decisión cuando no hay razones de derecho positivo disponibles. Entre las razones morales hay principios de especial importancia, porque en casos difíciles a menudo hay razones concurrentes y el juez tiene que encontrar un equilibrio para llegar a su decisión. Las razones que se pueden ponderar una contra otra, según Alexy, son principios o apoyados por principios<sup>13</sup>. Así, en casos difíciles que un juez se compromete a establecer una ponderación de principios morales para justificar su decisión. Además, la tesis de la corrección, que es la aplicación del argumento de la corrección en el marco de la discusión de principios, requiere que los principios en que se basa la decisión deben tener un contenido moralmente correcto y el resultado de la ponderación, que tiene que justificarse con argumentos morales, también debe ser el correcto<sup>14</sup>. De lo

---

<sup>11</sup> R. Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, en: L.H. Meyer/ S. L. Paulson/T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford 2003, p. 14.

<sup>12</sup> Alexy (nota 1), p. 78; véase también R. Alexy, *Law and Correctness*, en: *Current Legal Problems* 51 (1998), p. 208.

<sup>13</sup> Alexy (nota 1), p. 72.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 76 – 78.

anterior se desprende que la pretensión de corrección planteada por una decisión judicial incluye necesariamente una pretensión de corrección moral. La premisa del argumento de Alexy puede resumirse como sigue:

(1) Una decisión judicial plantea necesariamente una pretensión de corrección.

(2) A fin de satisfacer la pretensión de corrección, el juez, por encima de todo, a la hora de decidir los casos difíciles tiene que apelar a los principios morales y justificar su decisión sobre la base de la ponderación.

Obviamente, Alexy quiere esbozar a partir de (1) y (2) la tesis de la conexión, esto es,

(3) La corrección jurídica tiene una necesaria conexión con la corrección moral.

¿La tesis de la necesaria incorporación también sigue la forma (1) y (2)? La respuesta es negativa. Hasta ahora, el argumento de Alexy solo ha demostrado que los principios morales necesariamente figuran en el razonamiento judicial y de que existe una conexión necesaria entre el razonamiento moral y jurídico. No obstante, esto no significa que los principios morales están necesariamente incluidos en el derecho. Un positivista podría estar bastante de acuerdo con Alexy de que el juez debe hacer una ponderación de los principios morales, con lo cual entra en el razonamiento moral para resolver los casos difíciles a mano. Pero al hacerlo, en la opinión del positivista, el juez está facultado por el derecho positivo para crear un nuevo derecho sobre la base de estándares extralegales, del mismo modo que los actos de creación del derecho hace en una legislatura. Si los principios morales son estándares extra - jurídicos, el positivista podría seguir sosteniendo, que la decisión que no esté basada en la ponderación de principios morales sigue siendo jurídicamente

perfecta a pesar de ser moralmente defectuosa. Por lo tanto, el positivista puede aceptar las premisas (1) y (2), pero rechaza la tesis de la conexión<sup>15</sup>.

Ahora bien, estamos en posición de ver por qué la tesis de la necesaria incorporación juega un papel crucial en todo el argumento de Alexy. Para contrarrestar el desafío positivista, Alexy debe argumentar que, en primer lugar, el juez no está jurídicamente meramente facultado sino también jurídicamente obligado a aplicar los principios morales y, en segundo lugar, los principios morales son jurídicamente vinculantes para los jueces, incluso si carecen de fuentes de respaldo social o autoritativo. La incorporación es indispensable por una sencilla razón: si los principios morales son vinculantes para el juez en virtud de su legalidad, entonces, posiblemente, la decisión que no toma en cuenta los principios pertinentes no solo es moralmente incorrecto, sino también jurídicamente defectuoso. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la tesis de la necesaria incorporación no se sigue directamente a partir de (1) y (2) sin la adición de nuevas premisas. Para respaldar la afirmación de que los principios morales están necesariamente incorporados al derecho, en virtud de la obligación del juzgador de ponderar casos difíciles, por ejemplo, Alexy ha propuesto dos argumentos auxiliares. El primero es que la pretensión de corrección implica no sólo el poder jurídico del juez de aplicar los principios morales en casos difíciles, implica también la obligación jurídica de hacerlo. Según Alexy, la pretensión de corrección está necesariamente relacionada a la decisión judicial; por lo tanto, es una pretensión jurídica y no simplemente una cuestión moral. En consecuencia, es una obligación jurídica para que un juez pueda satisfacer la pretensión de corrección que plantea en su decisión. Por lo tanto, si esta pretensión no puede ser satisfecha

---

<sup>15</sup> Alexy es consciente de este punto, véase Alexy (nota 2), p. 295.

sin aplicar los principios morales, él está jurídicamente obligado a adoptar los principios morales como motivos de su decisión, en otras palabras, el juez tiene la obligación jurídica de fundamentar su decisión sobre la ponderación de los principios morales<sup>16</sup>. El segundo argumento auxiliar de Alexy apela a la idea de los sistemas jurídicos como sistemas de procedimientos. Según Alexy, el sistema jurídico no es solo un sistema de normas *qua* resultados o productos, sino también un sistema de procedimientos o procesos. Desde la perspectiva del participante, en cuyo centro se encuentra el juez, las razones tenidas en cuenta en el proceso de creación y justificación de una decisión pertenecen al procedimiento y, por tanto, al sistema jurídico. Por lo tanto, si el juez está obligado a adoptar los principios morales como razones para su decisión, están necesariamente incluidos en el derecho<sup>17</sup>.

El argumento de la tesis de la necesaria incorporación de Alexy puede ser resumida como sigue:

(4) Todo lo que un juez tiene que aplicar para justificar su decisión corresponde al derecho.

(5) A la hora de decidir los casos difíciles, el juez está obligado jurídicamente a aplicar los principios morales a fin de justificar su decisión.

(6) Por lo tanto, los principios morales están necesariamente incluidos en el derecho.

Este argumento formula la idea central de la incorporación mediante ponderación. Sin embargo, no parece ser un argumento sólido. El problema radica en la premisa (4). Si (4) fuese cierto, entonces el sistema jurídico contendría todas aquellas normas

---

<sup>16</sup> Alexy (nota 1), pp. 73 – 74; Alexy (nota 11), pp. 14 – 15.

<sup>17</sup> Alexy (nota 1), pp. 24 – 25, 73.

que los jueces están obligados a tener en cuenta en su decisión. Sin embargo, esta es una afirmación muy dudosa. Raz ha utilizado una analogía de la doctrina de los conflictos del derecho para mostrar que el argumento de Alexy es un *non-sequitur*<sup>18</sup>. En los casos de conflictos de derechos, el juez es a menudo conminado a aplicar las normas de un sistema jurídico extranjero. Él no pudo llegar a una decisión correcta sin tomar en cuenta las leyes extranjeras. Pero la obligación de aplicar normas extranjeras no las convierte en parte del sistema jurídico interno. Análogamente, Raz sostiene que la obligación judicial de observar los principios morales no implica *ipso facto* incorporar los principios morales en el derecho<sup>19</sup>. Por supuesto Alexy puede responder la crítica de Raz al insistir que el ejemplo de Raz no es apropiado. Los conflictos de las reglas que dirige al juez a aplicar las leyes extranjeras son normas de derecho positivo. Diciendo que el juez está obligado a aplicar las normas de derecho extranjero, significa que el juez está conminado por el derecho positivo a hacerlo. Por eso la refutación de Raz puede ser aplicada al positivismo incluyente, pero no a la tesis de la incorporación necesaria de Alexy. Para Alexy, la obligación judicial de aplicar los principios morales no dependen de la existencia de reglas de mandatos positivos. Incluso si la ley positiva no contiene tales reglas, el juez sigue estando obligado por ley a aplicar los principios morales, porque él tiene que cumplir con la pretensión de corrección necesariamente planteada en su decisión<sup>20</sup>. Sin embargo, creo que la respuesta de Alexy no atiende el punto planteado por Raz.

<sup>18</sup> J. Raz, The Argument from Injustice, or How Not to Reply to Legal Positivism, en: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, pp. 34–35.

<sup>19</sup> Véase también J. Raz, Incorporation by Law, en: *Legal Theory* 10 (2004), p. 10.

<sup>20</sup> R. Alexy, An Answer to Joseph Raz, en: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford 2007, p. 55.

Lo que Raz realmente quiere discutir es que no todo lo que figura en el razonamiento judicial puede ser considerado como parte del derecho. Otro ejemplo, extraído de Ronald Dworkin podría ayudar a ilustrar este punto<sup>21</sup>. Para decidir los casos de daños y perjuicios, el juez es a menudo requerido para calcular los daños. A pesar de que no hay normas de derecho positivo, el juez tiene que aplicar reglas aritméticas y calcular correctamente a fin de obtener una decisión correcta. Nadie puede negar que un juez que calcula los daños en el supuesto de que dos y dos suman cinco comete un error matemático que hará que su decisión sea incorrecta, pero es bastante extraño decir que las reglas aritméticas son, por lo tanto, las reglas jurídicas. Un argumento como “puesto que el juez está obligado a aplicar reglas aritméticas para calcular la indemnización de daños y perjuicios en casos de agravio, las reglas aritméticas quedan necesariamente incorporadas al derecho”, suena muy extraño e inverosímil. Desafortunadamente, el argumento que emplea Alexy para justificar la tesis de la necesaria incorporación es sólo uno.

### **3. CONEXIÓN NECESARIA SIN INCORPORACIÓN**

¿El fracaso de la tesis de la necesaria incorporación llevan a la refutación de la tesis de la conexión? No necesariamente. Depende de la forma en que la conexión entre el derecho y la moral se entiende. En opinión de Alexy, esta conexión es conceptualmente necesaria. Alexy aún caracteriza el desacuerdo entre el positivismo jurídico y el anti-positivismo como un debate sobre el concepto de derecho. Esto puede verse claramente en su anterior formulación de la tesis de la separación y la tesis de la conexión.

---

<sup>21</sup> Sobre este ejemplo, véase R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge Mass. 2006, p. 238.

Mientras que el positivismo afirma que el concepto de derecho se definen de tal forma que no se incluyen elementos de la moral, para Alexy, la tesis de la conexión sostiene que el concepto de derecho es definido de tal forma que se incluyen elementos de la moral<sup>22</sup>. Sin embargo, como Dworkin señaló recientemente, hay distintos, aunque interrelacionados en diversas formas, conceptos que usamos para hablar del derecho de tal manera que diferentes teorías acerca de las conexiones entre el derecho y la moral son a menudo respuestas a muy distintos tipos de preguntas. Dworkin distingue entre cuatro diferentes conceptos del derecho: el concepto doctrinal que utilizamos para proposiciones del derecho, es decir, afirmaciones acerca de lo que el derecho obliga, permite, prohíbe o crea (“El derecho obliga que el fabricante es responsable de los daños causados por productos defectuosos, si o no el fabricante está en falta”); el concepto sociológico que utilizamos para dar nombre a un tipo particular de institución social (“El derecho no existe, donde no existen instituciones especializadas de aplicación coercitiva”); el concepto taxonómico de derecho que utilizamos para clasificar una determinada norma como una norma jurídica más que una norma de otro tipo (“Aunque la regla que dos y dos hacen cuatro figura en algunos argumentos jurídicos, no es en sí una regla jurídica”); y el concepto aspiracional que utilizamos para describir un claro valor político como el valor de la legalidad o del estado de derecho (“el Tribunal de Nuremberg estaba preocupado con la naturaleza de la legalidad”)<sup>23</sup>. Si la controversia entre el positivismo jurídico y el anti-positivismo es una controversia sobre el concepto de derecho, entonces, podríamos preguntarnos, ¿qué tipo de concepto es el tema de esta controversia? Con respecto al

---

<sup>22</sup> Alexy (nota 1), pp. 3 – 4.

<sup>23</sup> Dworkin (nota 21), pp. 2 – 5, 223.

problema de la tesis de la necesaria incorporación, aquí radica la taxonomía y la doctrina del concepto de interés.

El concepto de taxonomía del derecho supone que el “derecho” es un conjunto de reglas, principios y demás normas y existen unos criterios específicos para probar si una determinada norma pertenece o no a este conjunto<sup>24</sup>. Normas que no pertenecen a este conjunto no pueden contarse como parte del derecho y no son normas jurídicas. Quienes consideran al concepto de derecho como una taxonomía también insisten en la distinción entre normas jurídica y no jurídica. En lo que ellos no están de acuerdo es cómo esta distinción debe ser esbozada. Desde el punto de vista de Dworkin, la polémica en torno a la tesis de la incorporación es una controversia taxonómica, porque se refiere a la cuestión de si ciertos principios morales son principios jurídicos<sup>25</sup>. Aunque Alexy considera al sistema jurídico como un sistema de procedimientos, en lugar de un sistema de normas, no está totalmente alejado del punto de vista taxonómico sobre el concepto de derecho. Obviamente, esto puede ser visto en su definición del derecho: “El derecho es un sistema de normas ... que comprende los principios y otros argumentos normativos en que el proceso o procedimiento de aplicación del derecho es y/o debe basarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”<sup>26</sup>. La idea de Alexy de los sistemas jurídicos como sistemas de procedimientos simplemente ofrece un criterio distinto para clasificar ciertas normas como normas jurídicas; su definición todavía presupone un concepto taxonómico del derecho. La tesis de la necesaria incorporación de

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 4.

<sup>25</sup> Esta observación es elaborada por Dworkin en la crítica del debate entre el positivismo jurídico inclusivo y exclusivo, consúltese Dworkin (Nota 21), pp. 232-240.

<sup>26</sup> Alexy (nota 1), p. 127.



Alexy es indispensable para la tesis de la conexión en la medida en que éste se concibe como una afirmación taxonómica de que los principios morales son necesariamente incluidos en el derecho, en la que el “derecho” es considerado como un conjunto discreto de normas o estándares. Como se mencionó anteriormente, esta pretensión taxonómica inclusiva sufre el ataque de Raz. Raz niega que todo lo que figura en el proceso o procedimiento de aplicación del derecho debe contarse como normas jurídicas. Según Raz, del hecho de que el juez esté obligado a aplicar los principios morales para justificar una decisión jurídica no se deduce que los principios morales, por lo tanto, se conviertan en parte del derecho. Esta es una afirmación taxonómica exclusiva en el sentido de que es imposible incorporar los principios morales en el derecho simplemente por los méritos de su contenido moral.

Supongamos de que Raz está en lo correcto. La incorporación de la ponderación es un argumento viciado. La tesis de la necesaria incorporación de Alexy es refutada porque los principios morales nunca pueden ser convertidos en derecho a través de la obligación de establecer una ponderación. ¿La tesis de la conexión cae en la tesis de la necesaria incorporación de Alexy? La respuesta parece afirmativa si la tesis de la conexión se entiende como una afirmación taxonómica inclusiva. Sin embargo, si la tesis de la conexión es concebida como una pretensión doctrinal, tendremos una imagen diferente. Utilizamos la doctrina del concepto de derecho para hacer afirmaciones o declaraciones acerca de lo que el derecho (de una particular jurisdicción) obliga, permite, prohíbe o crea. Siguiendo a Dworkin, tales afirmaciones o declaraciones se denominan “proposiciones de derecho”<sup>27</sup>. Utilizando la doctrina del concepto del derecho, estamos principalmente interesados en si una proposición de derecho, tales

---

<sup>27</sup> Dworkin (nota 21), p. 4.

como “El abogado judío ha sido privado de la ciudadanía con arreglo a derecho en la Alemania Nazi” o “En los casos de graves violaciones del derecho a la intimidad personal el derecho permite una compensación monetaria por los daños no materiales”, es verdadera o correcta. Para responder a esta pregunta, debemos analizar qué es lo que hace a una proposición de ley verdadera, cuando es auténtica. Llamemos a las condiciones que debe tener para hacer una proposición de derecho verdadera “condiciones de verdad de las proposiciones de derecho”. Si el debate entre el positivismo jurídico y el anti-positivismo es concebido como un debate acerca de la doctrina del concepto de derecho, el tema principal de este debate será si las consideraciones morales figura entre las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho.<sup>28</sup>

En mi opinión, el argumento de la corrección de Alexy es principalmente una pretensión doctrinal. La pretensión de corrección puede ser entendida de la siguiente manera: si uno hace afirmaciones acerca de lo que la ley obliga o permite o prohíbe o crea, necesariamente, aunque a menudo implícitamente, afirma que las proposiciones del derecho que afirma o defiende son verdaderas y deben ofrecer razones para fundamentar sus pretensiones. En consecuencia, la pretensión de corrección del juez implica que él puede justificar la afirmación implícita de que su decisión es correcta, es decir, que las proposiciones de derecho que su decisión declara son verdaderas. La tesis de la conexión, que en la reciente formulación de Alexy sostiene que la corrección jurídica depende necesariamente de méritos o deméritos morales, debería ser mejor considerada como una pretensión doctrinal inclusiva. Para decirlo más precisamente, sostiene que las consideraciones morales son necesariamente

---

<sup>28</sup> Este es el punto de vista de Dworkin en *Justice in Robes*, véase Dworkin (nota 21), pp. 26–33, 232–234.

incluidas en las condiciones de verdad de las proposiciones de derecho. La tesis de la separación positivista puede ser entendida como la negación de esta afirmación; es decir, las condiciones de verdad de las proposiciones de ley no contienen necesariamente consideraciones morales. Si mi opinión es correcta, sugiero que el argumento del punto de vista de Alexy de los principios debería ser si y cómo los principios morales son relevantes a la hora de decidir cuándo las proposiciones de ley son verdaderas. En otras palabras, la pregunta crucial es si, y en qué forma los principios morales necesariamente figuran entre las condiciones de verdad de las proposiciones de ley, si no se contarán como pertenecientes a un conjunto distinto de normas llamadas jurídicas.

Caracterizando la tesis de la conexión como una pretensión doctrinal evitamos el falaz argumento taxonómico de que todo lo que figura entre las condiciones de verdad de las proposiciones de ley debe contarse como parte del derecho. Desde las premisas (1) y (2) anteriormente indicadas, Alexy ha podido inferir que los principios morales están entre las condiciones de verdad de las proposiciones de ley, y al menos en casos difíciles, el juez tiene que apelar a los principios morales a la hora de decidir qué proposiciones de ley son verdaderas. Quizás la razón subyacente para agregar la tesis de la necesaria incorporación a su argumento es la siguiente premisa: “Si los principios morales no son normas jurídicas, son irrelevantes a la hora de decidir si las proposiciones de ley son verdaderas”. Sin embargo, este es un supuesto dudoso que atribuye una consecuencia doctrinal a un antecedente taxonómico. Como Raz señala, si las razones morales son vinculantes en virtud de los méritos de su contenido entonces los jueces están obligados por ellos, independientemente de si están incorporadas en el derecho o no<sup>29</sup>. Tal vez Alexy quiere recalcar que los principios morales son jurídicamente vinculantes. Sin embargo, como

---

<sup>29</sup> Raz (nota 19), p. 17.

Raz sostiene, ciertas normas son jurídicamente vinculantes, i. e., la aplicación de ellos es legalmente obligatorio, no forman parte del derecho<sup>30</sup>. Sin embargo, si la tesis de la conexión junto con el argumento del principio está situado dentro de una teoría sobre el concepto doctrinal del derecho, no es difícil responder al desafío de Raz. Consideremos la analogía del conflicto de leyes de nuevo. Supongamos que una jueza taiwanesa ha decidido que un determinado acusado taiwanés X es responsable legalmente frente un determinado demandante alemán por los daños resultantes de un accidente en Berlín. Según la ley de Taiwán, el juez tiene que aplicar el derecho de la responsabilidad civil alemán para decidir este asunto. A pesar de que ciertamente parece extraño decir que de esta manera la responsabilidad civil extracontractual alemán pasa a formar parte del derecho taiwanés, es indiscutible que el juez taiwanés no pudo llegar a una conclusión correcta sobre la cuestión de la responsabilidad sin la correcta aplicación e interpretación de la ley alemana de responsabilidad extracontractual. Podemos reconocer que la responsabilidad civil extracontractual alemán no es parte del derecho taiwanés, pero la ley alemana de responsabilidad civil extracontractual ciertamente figura en las condiciones de verdad de la proposición de que bajo la ley taiwanesa X tiene la obligación de compensar por lesiones provocadas por el accidente ocurrido en Berlín. De forma similar, si un juez no pudo llegar a una decisión jurídica correcta sin tomar en cuenta los principios morales, los principios morales tienen necesariamente un impacto sobre la verdad de la proposición de la ley pertinente que el juez defiende en su decisión aunque no están incorporadas en el derecho. Desde que el poder justificativo de los principios morales depende, entre otras cosas, de los méritos de su contenido, es irrelevante si tienen o no la etiqueta de “legal”. La corrección jurídica depende necesariamente de la

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 10.

corrección moral, no porque los principios morales son necesariamente parte del derecho, sino porque los principios morales están necesariamente entre las consideraciones que hacen a las proposiciones jurídicas verdaderas. Recordemos el ejemplo del cálculo de daños en casos de agravio. Si un juez que calcula daños supone que dos más dos suman cinco, diremos que comete un error matemático, no jurídico, porque es muy extraño decir que las reglas de la aritmética son las reglas de la responsabilidad extracontractual. Pero el error matemático afectará a la verdad de la proposición sobre la cuantía de la indemnización, el demandado está obligado a compensar. Aunque las reglas de la aritmética no son normas jurídicas, el juez podría llegar a una decisión jurídica incorrecta si no la ha aplicado correctamente. Análogamente, si un juez no fundamenta su decisión sobre el correcto equilibrio de los principios morales, podríamos estar inclinados a decir que él comete un error moral, más un error judicial. Pero este error moral conducirá a algunas falsas proposiciones jurídicas y por lo tanto tiene un impacto significativo sobre la exactitud de su decisión. Así pues, si los jueces deben observar los principios morales a la hora de decidir qué propuestas de ley son verdaderas, entonces, no importa si son principios morales y cómo se convirtió en derecho, la corrección jurídica tiene necesariamente una relación con la corrección moral. Esto es exactamente lo que dice la tesis de la conexión.

#### **4. COMENTARIOS FINALES**

En la sección anterior he argumentado que la incorporación mediante ponderación es un argumento taxonómico falaz y la tesis de conexión como una pretensión doctrinal puede ser defendida sin recurrir a la tesis de la necesaria incorporación. Cabe señalar que existen otros problemas en el argumento de Alexy sobre la tesis de la conexión. Según Alexy, los principios morales

necesariamente figuran en el razonamiento jurídico porque el derecho positivo tiene necesariamente una textura abierta. Esto parece como si los principios morales sólo entrasen en juego en los casos difíciles, en otras palabras, los principios morales no influyen en las decisiones judiciales siempre que las razones del derecho positivo estén disponibles. Sin embargo, es erróneo asumir que los principios sólo funcionan como conectores para llenar el vacío dejado por el derecho positivo. Por el contrario, los principios morales juegan un papel fundamental a la hora de decidir lo que exige la ley. Muy a grandes rasgos, este papel fundamental consiste en el hecho de que incluso la fuerza normativa de razones autoritativas o fuentes está basada en algunos principios de moralidad política que explican o justifican por qué y de qué manera ciertos hechos sociales o decisiones institucionales tales como la promulgación de legislación o la convención judicial son capaces de hacer proposiciones de derecho verdaderos<sup>31</sup>. En su último escrito, Alexy considera que los elementos de la emisión autoritativa y la eficacia social, junto con elementos morales, también están incluidos en el concepto de derecho. En el marco de una teoría del concepto doctrinal del derecho, este punto de vista equivale a la afirmación de que una cuestión conceptual, promulgación autoritativa o estándares socialmente eficaces tales como leyes y precedentes están entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas<sup>32</sup>. Recientemente, Alexy viene a subrayar que esta afirmación conceptual se basa en consideraciones de carácter normativo o valorativo. En su respuesta a Raz, Alexy divide las razones que utilizan los jueces para justificar las

---

<sup>31</sup> Para argumentos detallados sobre este punto de vista, véase N. Stavropoulos, *Interpretivist Theories of Law*, in: E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist>; M. Greenberg, *How Facts Make Law*, en: *Legal Theory* 10 (2004), pp. 157–198.

<sup>32</sup> Alexy (nota 1), pp. 3 – 4.

decisiones jurídicas o las proposiciones del derecho en razones autoritativas y no autoritativas. Estos dos tipos de razones corresponden a lo que Alexy llama “la naturaleza dual del derecho”, es decir, el derecho comprende necesariamente una dimensión autoritativa así como una dimensión ideal<sup>33</sup>. Las dos dimensiones están relacionadas con dos tipos de valores o principios<sup>34</sup>. El valor abstracto o la dimensión del principio autoritativo incluye la seguridad jurídica, el procedimiento de la justicia, la equidad, y así sucesivamente. Los principios de este tipo se denominan ocasionalmente por Alexy como “principios formales”<sup>35</sup>. El valor más abstracto o la dimensión del principio no - autoritativo es (la justicia material o sustantiva). Con respecto a la decisión judicial, mientras que el principio sustantivo de la justicia exige que el juez tome una decisión correcta, los principios formales requieren que el juez cumpla con las disposiciones autoritativas, como las leyes o los precedentes. Las razones autoritativas pueden o deben ser utilizadas para justificar una decisión jurídica porque hacerlo sirve a ciertos valores políticos como la seguridad jurídica, el procedimiento de justicia y la equidad. Así, la fuerza normativa de las razones del derecho positivo o las fuentes se remontan a principios abstractos de moralidad política. Para decirlo de manera abstracta, la tarea fundamental de los principios morales es determinar qué consideraciones, autoritativas o no autoritativas, y por qué razones, son capaces de hacer las proposiciones del derecho verdaderas.

El papel de los principios morales esbozado anteriormente podría proporcionar un argumento más estricto para la tesis de la conexión que el basado en la textura abierta del derecho positivo.

<sup>33</sup> Alexy (nota 20), p. 52; Alexy (nota 2), pp. 292 – 296.

<sup>34</sup> Alexy (nota 20), pp. 52–53.

<sup>35</sup> Véase, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (nota 4), pp. 58, 82, 414 – 425.

Este argumento, creo que es uno de los recientemente empleados por Alexy para establecer la tesis de la conexión<sup>36</sup>. Sin embargo, es notable que podamos distinguir dos tipos de afirmaciones: en primer lugar, los principios morales figuran necesariamente en las condiciones de verdad de las proposiciones del derecho; y, en segundo lugar, los principios morales necesariamente figuran en la justificación de cualquier teoría acerca de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas<sup>37</sup>. Los positivistas jurídicos podrían aceptar sólo la segunda, rechazando la primera afirmación. Ellos pueden argumentar, por ejemplo, que la seguridad jurídica o la justicia se sirve mejor, o que la decisión democrática colectiva es mejor respetada, o que la justicia procesal es mejor realizada, si las condiciones de verdad de las proposiciones del derecho constan únicamente de consideraciones autoritativas o basadas en el origen<sup>38</sup>. Desde este punto de vista, el impacto de los principios morales sustantivos en decidir lo que exige el derecho debe ser excluido por razones de moralidad política. Para contrarrestar este desafío, Alexy ha argumentado que, en primer lugar,

---

<sup>36</sup> Véase, Alexy (nota 2), p. 293. El argumento de Alexy es el siguiente: aunque la moralidad exige una resolución de problemas sociales de co-ordinación y co-operación, la moralidad como tal no es suficiente para resolver estos problemas. Estos problemas solo pueden ser resueltos por el derecho *qua* empresa que se esfuerza por comprender el valor de la seguridad jurídica. Esto implica que la corrección moral incluye la exigencia del derecho *qua* empresa que se esfuerza por comprender el valor de la seguridad jurídica. Si el derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección y esta pretensión comprende necesariamente la corrección moral, entonces Alexy sostiene, las premisas anteriores son suficientes para establecer una conexión necesaria entre la corrección jurídica y algunos de los valores de la moralidad política, tales como el valor de la seguridad jurídica.

<sup>37</sup> Sobre esta distinción, véase la respuesta de Dworkin a Mark Greenberg "How Facts Make Law", en: Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford 2006, pp. 310–311.

<sup>38</sup> Esta posición es lo que Dworkin llama "positivismo doctrinal político", véase Dworkin (Nota 21), p. 26 – 30.



el valor subyacente de los principios formales no es solo la virtud política al cual el derecho está destinado a servir y, en segundo lugar, los principios formales pueden ser sopesados contra los principios sustantivos y es posible que a veces estos últimos prevalezcan sobre los primeros<sup>39</sup>. Cómo resolver la tensión entre los principios formales y sustantivos, por ejemplo, la competencia en relación a la seguridad jurídica y la justicia material, es sin duda una cuestión de moralidad política. Un estudio detallado de las interrelaciones entre los principios formales y sustantivos a la hora de decidir la verdad de las proposiciones jurídicas está más allá del alcance de este trabajo. Aquí sólo puedo concluir, a partir de lo que ya se ha dicho anteriormente, que el debate entre las diferentes teorías acerca de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas es, en definitiva, un desacuerdo sobre qué tipo de valores se esfuerza en realizar la práctica jurídica. Si es así, el foco de la polémica entre el positivismo jurídico y anti-positivismo se aleja de la tesis de la conexión, ya sea concebida como afirmaciones taxonómicas o doctrinales, hacia la mejor comprensión del valor de la impugnada legalidad<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Alexy ha intentado argumentar en este sentido para defender su argumento de la injusticia contra la crítica de Raz, véase Alexy (Nota 20), p. 53.

<sup>40</sup> Así pues, podemos ver que el concepto de derecho está intrínsecamente relacionado con el concepto de derecho aspiracional. En Dworkin, esto significa que las concepciones sobre el valor de la legalidad y el problema de identificar las verdaderas proposiciones de derecho están entrelazados unos con otros. Para la explicación completa de Dworkin sobre este punto de vista, véase *Dworkin* (Nota 21), p. 168 - 186.

PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN,  
RAZÓN PRÁCTICA Y NATURALEZA DUAL  
DEL DERECHO

*Santiago Ortega*



## **1. INTRODUCCIÓN**

Alexy defiende la tesis de que el derecho tiene una doble naturaleza, esto es, que el derecho comprende una dimensión real o fáctica (elementos de expedición autoritativa – elementos sociales); así como una dimensión ideal o crítica (elementos de corrección moral).

Explica Alexy que si se afirma que los hechos sociales pueden determinar por sí solos qué es lo que el derecho exige, se tendría que aceptar un concepto positivista del derecho, este panorama cambia si se adiciona un tercer elemento: la corrección moral, configurándose un concepto no positivista del derecho. Por tanto, la tesis de la doble naturaleza implicaría la aceptación del no positivismo.

La tesis de la doble naturaleza es abstracta y formal, su contenido y estructura debe ser explicada en un sistema cuya idea central es la institucionalización de la razón obtenida en 3 pasos: argumento de defensa de la dimensión ideal del Derecho; argumento en defensa de la positividad (dimensión del derecho) y la reconciliación de lo ideal con lo real.

## **2. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN**

La tesis de Alexy afirma que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y que ésta implica una exigencia de corrección moral, siendo dicha pretensión de corrección la fuente de la relación entre el derecho y la moral.

La primera objeción a esta tesis afirma que el derecho no formula pretensiones; Alexy defiende la existencia de una pretensión de corrección en el derecho en la idea de que tal pretensión es formulada por personas y en particular por funcionarios, que actúan en nombre del derecho (representantes), es decir, el derecho puede causar y en efecto formula una pretensión de corrección, la misma que es formulada por sus representantes.

La segunda objeción niega que la pretensión de corrección esté necesariamente vinculada al derecho. Para demostrar lo contrario Alexy hace uso del método de la contradicción performativa. El método de la contradicción performativa busca explicar el absurdo resultante de la contradicción de una determinada afirmación. Respecto a la cuestión acerca de si los representantes del derecho no formulan una pretensión de corrección, esto es un asunto de hecho y es también un hecho que hay representantes del derecho que no formulan dicha pretensión.

Alexy distingue la pretensión de corrección, en sentido subjetivo o privado. Las convicciones subjetivas aportan un aspecto fundamental toda vez que los funcionarios pueden creer o sentir lo que ellos deseen, sin embargo, cuando actúan en nombre del derecho, es decir, en el rol de representantes del derecho, no pueden evitar “pretender” objetiva u oficialmente. Lo que nos dice Alexy en resumen es que no se puede negar que el derecho tenga una pretensión correctiva ya que al ser elaborada por sus representantes (personas con pensamientos propios) éstas en el ejercicio de formación permitirán que lo que piensan o pretendan influya en el sentido del derecho. Por tanto, un sistema que no formule la pretensión de corrección no es un argumento en contra de la necesidad de incluir dicha pretensión en los sistemas jurídicos.

Respecto al contenido de la pretensión de corrección, se podría argumentar que la pretensión de corrección no contiene

elemento que se oriente en un sentido ideal, para este argumento existen dos versiones: 1) Que la pretensión de corrección es trivial, formal o ambas cosas a la vez; y 2) Que el contenido de esta pretensión se refiera exclusivamente a la dimensión real o fáctica del derecho.

Respecto a la primera, la pretensión de corrección es una pretensión que se dirige a todos, y esta al mismo tiempo es una pretensión de objetividad. La objetividad es todo menos algo trivial; ella pertenece necesariamente a la dimensión ideal del derecho, en ese sentido la pretensión de corrección, a pesar de su carácter formal, se orienta hacia la dimensión ideal del derecho. Respecto a la segunda, esta busca determinar si la pretensión de corrección formulada por el derecho, se refiere solo a los hechos sociales o si también se refiere a hechos morales. La objeción sostiene que la pretensión de corrección se refiere únicamente a los hechos sociales como fuentes de derecho, es decir, solo a la dimensión real, fáctica o autoritativa.

Las decisiones jurídicas, por lo general, se refieren a cuestiones de distribución y compensación. Los problemas relativos a la correcta distribución y compensación son problemas relativos a la justicia y estos son problemas morales. La textura abierta del lenguaje, junto con la naturaleza de los problemas jurídicos, implica necesariamente que la pretensión de corrección, se refiera no solo a la dimensión real o fáctica, sino también, a la dimensión ideal o crítica. Esto es aplicable incluso a los casos en los cuales el material autoritativo, es decir, el texto de un enunciado normativo, permita una única decisión injusta. Eso muestra que la pretensión de corrección formulada por el derecho no solo se refiere a los hechos sociales; sino también a la moralidad.

Otra objeción contra la tesis de la corrección, sostiene que la pretensión de corrección, en tanto se refiera a la moralidad, no es más que la expresión de una ilusión o de un error. La objeción

afirma que la pretensión de corrección del derecho tiene que limitarse a razones autoritativas o institucionales basadas exclusivamente en el carácter real o fáctico del derecho, esta objeción es denominada “la objeción de irracionalidad”, y esta se encuentra en la teoría del discurso. La teoría del discurso afirma que entre la probabilidad, por un lado, y la arbitrariedad, por el otro, existe una tercera posibilidad; la racionalidad o razonabilidad. La teoría del discurso es una teoría procedimental de la razón práctica. Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta si y solo si ella es el resultado de un discurso práctico racional.

La positividad se caracteriza por la expedición autoritativa y la eficacia social. La insuficiencia de la dimensión ideal en tanto procedimiento de decisión hace necesario que complementariamente exista la dimensión real, es decir, la dimensión positiva del derecho.

### **3. LA RECONCILIACIÓN DE LA DIMENSIÓN REAL CON LA IDEAL**

Debe distinguirse entre dos situaciones o niveles de corrección: la corrección de primer orden (se refiere a la dimensión ideal – la justicia como tal) y la corrección de segundo orden (se refiere tanto a la dimensión ideal como a la dimensión real – implica a la justicia como a la seguridad jurídica). El principio de seguridad jurídica es un principio formal e implica la vinculación al material jurídico que se expide autoritariamente y que es socialmente eficaz. El principio de justicia es un principio material o sustantivo, exige que la decisión sea moralmente correcta. Ambos principios pueden estar en colisión, ninguno puede subsistir al otro completamente en todos los casos, es más la naturaleza dual del derecho exige que ellos se sitúen en una correcta proporción el

uno con el otro, hasta obtener la armonía del sistema jurídico. La corrección de segundo orden es un asunto que atañe a la ponderación, esta cumple un papel relevante no solo en la creación y la aplicación del derecho (*praxis jurídica*), sino también en el nivel del fundamento del derecho.

La polémica acerca de la existencia de un límite exterior del derecho es un tema central en el debate acerca del positivismo jurídico, un debate que Alexy no aborda, sino que le interesa determinar la relación que existe entre la idea del límite exterior y la tesis de la doble naturaleza. Existen dos versiones del positivismo: el positivismo exclusivo y el positivismo inclusivo; el primero sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho, y el segundo afirma que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida en el concepto de derecho.

Solo el no positivismo es compatible con la tesis de la doble naturaleza del derecho, aunque no todas sus versiones cumplen con las exigencias de la tesis, siendo estas las versiones del *no positivismo exclusivo* y *el no positivismo inclusivo* (sólo una tercera versión de esta se adecuada a la tesis de la doble naturaleza del derecho).

Con el fin de lograr la institucionalización, no solo se debe resolver el problema de la confrontación entre la positividad y la corrección del límite exterior sino que también es preciso que la positividad y la corrección estén conectadas internamente dentro del sistema jurídico. Esto es posible solamente en el modelo político de constitucionalismo democrático o discursivo. La democracia y los derechos fundamentales son los elementos principales del constitucionalismo democrático (ambos son exigidos por la teoría del discurso y ambos tienen una naturaleza dual).



La democracia es el elemento más importante en el aspecto procedimental de la institucionalización de la razón. Puede ser concebida como un proceso de decisión (aspecto real del principio de la democracia) y como un procedimiento argumentativo (discurso público – aspecto ideal). La única posibilidad para la realización del ideal político de la teoría del discurso es la institucionalización de una democracia que una ambos extremos: la “democracia deliberativa”.

Por otro lado, los derechos fundamentales han sido establecidos en la Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo. Son derechos morales, universales, fundamentales, abstractos y que tienen prioridad sobre las demás normas. Su validez, en tanto sean derechos morales, reside en su fundamentabilidad y exclusivamente en ella, en ese sentido, los derechos humanos existen únicamente si son fundamentables. Los derechos humanos, en tanto derechos morales, pertenecen exclusivamente a la dimensión ideal del derecho y su transformación en derechos fundamentales, o sea, en derecho positivo, representa el esfuerzo por unir a la dimensión ideal con la dimensión real.

En esta misma tesis de la doble naturaleza la argumentación jurídica se expresa mediante la tesis del caso especial, la cual sostiene que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, es decir, un discurso no institucionalizado acerca de problemas prácticos. El discurso práctico general comprende a todo argumento práctico no autoritativo, es decir, argumentos morales (referidos a justicia y derechos), argumentos éticos (referidos a la identidad individual o colectiva), y hasta argumentos pragmáticos (expresión del sentido final de la racionalidad).

La doble naturaleza del derecho ha demostrado por sí misma estar presente –explícita o implícitamente– en todos los asuntos

fundamentales del derecho. Lo que a Alexy le interesa es demostrar que la teoría de los principios forma parte de la variedad de consideraciones que se han hecho a través de los diferentes aspectos de la doble naturaleza del derecho. La doble naturaleza del derecho ha demostrado por sí misma estar presente en todos los asuntos fundamentales del derecho. Por esta razón, se constituye como la propiedad esencial del derecho; esto demuestra por qué el positivismo jurídico es una interpretación inadecuada de la naturaleza del derecho.

#### **4. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA VALIDEZ JURÍDICA**

Alexy se pregunta acerca de hacia dónde conduce la “racionalidad del discurso” y si dicha racionalidad es posible. Según el propio Alexy no es una pregunta referida al derecho o al sistema jurídico en general. Más bien, el alcance de la pregunta acerca de la racionalidad de la argumentación jurídica se limita a la interpretación y a la aplicación del derecho. Según el propio Alexy sus escritos juveniles no abordan el estudio del derecho como tal, sino que se refieren a temas un tanto generales. Alexy menciona tres en particular:

1. *La teoría del discurso*: es una teoría procedimental de corrección o verdad práctica. De acuerdo con esta, una proposición práctica es verdadera o correcta si ella es el resultado de un discurso racional.
2. *La tesis de la corrección*: la cual, como hemos mencionado, se refería únicamente a la argumentación jurídica y al proceso de toma de decisión jurídica como tal.
3. *La tesis del caso especial*: la cual sostiene que la argumentación o discurso jurídico puede comprobarse como procedimiento

racional si se le concibe como un caso especial del discurso práctico general. A pesar de las diversas críticas, Alexy aún sostiene que esta tesis es correcta.

Ya en un escrito de madurez, *El concepto y la validez del Derecho*, Alexy defiende una teoría no-positivista del derecho. Los no positivistas defienden la tesis de la conexión, al afirmar una conexión necesaria entre la validez o corrección jurídica, por un lado, y los méritos y deméritos morales o la corrección y la incorrección moral, por el otro. En este libro Alexy sostuvo que la tesis de la separación es esencialmente correcta desde la perspectiva del observador pero errónea desde la perspectiva del participante. Su argumento a favor de la tesis de la conexión consiste en la explicación y fundamentación de dos tesis: la tesis de la corrección y la tesis de la injusticia extrema. La tesis de la corrección sostiene que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y que ésta pretensión implica una pretensión de corrección moral; mientras que la tesis de la injusticia extrema sostiene el hecho de que no todos los defectos morales acarrearán la invalidez jurídica, es difícil deducir que la validez jurídica siga intacta en todos los casos de defecto moral. La validez legal se pierde una vez sea cruzado un umbral extremo.

## **5. LA NATURALEZA DUAL DEL DERECHO**

Respecto a la teoría de la naturaleza dual del Derecho ofrecida por Alexy, algunos autores como Sieckmann afirman que no encuentra claro si esta tiene sustancia en sí misma o si describe de una manera abstracta las características del derecho que se identifican independientemente de la tesis de la naturaleza dual, es decir, no encuentra precisión. Para Sieckmann existen tres dualismos importantes en el derecho:

- Lo empírico y lo normativo.
- Lo ideal y lo real.
- Lo procedimental y sustantivo.

Para Sieckman, Alexy asume que sólo puede existir un concepto del derecho; sin embargo, esta postura sería errada toda vez que al ser el derecho un fenómeno complejo deja abierta la posibilidad de ser objeto de diversas concepciones por tanto la tesis que afirma que diversas concepciones del derecho son posibles parece ser más creíble a que exista una esencia del derecho que el concepto de derecho debe alcanzar a entender. Para el autor, el estudio de una teoría esencial del derecho llevaría a un positivismo negativo, que sostiene que no toda definición del derecho debe incluir una referencia a la corrección moral, pudiendo resultar que tales teorías esencialistas sean de menos interés para el análisis del derecho que las concepciones del derecho dirigidas a un propósito teórico bien definido.

Sobre esta misma naturaleza dual, Pierluigi Chiassoni se enfoca no en repetir argumentos que critican la tesis de Alexy, sino que presenta tres argumentos adicionales:

1. *Un argumento parasitario.* Chiassoni denominado “parasitario” porque disfruta de una reacción crítica previamente asumida frente al argumento de Alexy. En relación al primer paso del argumento de la corrección plasmado por Alexy, este apunta al primer paso, es decir, a poner de relieve la absurdidad de ciertas disposiciones constitucionales. En ese sentido, mientras Alexy aduce como prueba capital de la pretensión necesaria de corrección el hecho, que él considera evidente, de la absurdidad de disposiciones constitucionales; Eugenio Bulygin formula su reacción crítica en cuanto a que puede ser aducida como prueba de que la pretendida absurdidad de las disposiciones contradictorias no resulta evidente.

2. *Un argumento Alexyano.* En relación al primer paso del argumento de la corrección plasmado por Alexy, este también apunta al primer paso, es decir, a poner de relieve la absurdidad de ciertas disposiciones. En este caso, Eugenio Bulygin critica la tesis de pretensión necesaria de Alexy toda vez que los enunciados, señalados por él como ejemplos de normas constitucionales evidentemente absurdas, en realidad serían declaraciones políticas. El argumento alexyano sugiere la misma conclusión del argumento parasitario, es decir, de la absurdidad plasmada por Alexy.
  
3. *Un argumento del convencionalismo conceptual.* Según este argumento, los conceptos son o bien usuales o bien estipulativos; los primeros corresponden a los usos lingüísticos observables en una comunidad y son, en relación a ello, verdaderos o falsos; los segundos son en cambio el fruto de opciones discretas por agentes determinados y no son, por tanto, ni verdaderos ni falsos. Por otro lado, está el esencialismo conceptual, en esta existen tres tipos de conceptos: los conceptos usuales, los conceptos naturales y los conceptos estipulativos. Los conceptos naturales son verdaderos a la luz de la verdadera naturaleza de las cosas, es decir, de las propiedades necesarias o esenciales de las cosas a las cuales refieren; hay una autonomía conceptual que coincide con el universo de los conceptos naturales en cuanto reflejo de la verdadera naturaleza de las cosas.

Respecto al empirismo, si bien no se puede demostrar la superioridad del empirismo sobre el no-empirismo, sí se puede demostrar cuales son las vías alternativas que corresponden a los dos enfoques. Existe una diferencia entre las dos vías, la cual sería que el empirismo es radical, mientras el no-empirismo es superfetacional. El empirismo radica nuestro conocimiento y nuestras acciones en la experiencia; el no - empirismo tiene en cambio la

inclinación de ir más allá de la realidad empírica, a sobreponer a ella entidades y propiedades ficcionales y superfluas.

Según Alexy, su concepción tuvo dos fases:

1. Analítica, antiesencialista y antimetafísica, debido a la influencia de Günther Patzig, Jürgen Habermas, la primera etapa de Kant y otros.
2. Esencialista, metafísica y antianalítica.

En esta segunda fase Alexy concibe la filosofía del derecho como investigación sobre la naturaleza, la esencia, y el adecuado concepto del derecho, y asume que hay un espacio de lo conceptualmente necesario distinto ya sea de lo contingente o ya sea de lo estipulativo-normativo.

## **6. DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA**

Para Stefano Bertea bajo la óptica de que existe una relación necesaria entre el derecho y la razón práctica, se concibe al derecho como un sistema normativo diseñado para brindar una guía, con el resultado de que los estándares del derecho –no tan diferentes de los estándares de la etiqueta, la moralidad y la prudencia– figura de una manera esencial dentro de nuestras razones para actuar. Uno de los defensores de la relación entre el derecho como razón práctica es Robert Alexy, toda vez que ésta fue fundamental para su teoría jurídica.

Alexy define la razón práctica como nuestra capacidad para discutir sobre preguntas prácticas y deliberar acerca de lo que debemos hacer, es decir, nuestra capacidad de pensamiento crítico sobre los problemas que surgen a medida que vamos estructurando una forma de conducta, en un contexto en donde debemos estar preparados para defender, y si fuese necesario

revisar, nuestra manera de pensar en respuesta a lo que otros tengan que decir sobre un tema.

Bajo este concepto de razón práctica, el elemento discursivo se entiende como la capacidad de deliberación de asuntos prácticos. Alexy establece una conexión entre la corrección práctica necesitada por la argumentación racional y el acuerdo universal que debe acatarse: todos los participantes deben tomar como correcto el resultado de un debate que procede manteniendo los estándares del discurso racional y del mismo modo aceptar ese resultado. Existen estándares que definen la estructura y naturaleza del razonamiento, en ese sentido, un argumento será *estructuralmente* racional si está libre de contradicciones, hace uso consistente de los términos y predicados, exhibe claridad lingüística y conceptual, se apoya en verdaderas premisas empíricas y sigue las reglas de la lógica deductiva, entre otros requisitos. Mientras los estándares estructurales son descritos como *monológicos*, pues su tipo de discusión y las formas de razonamiento práctico son consideradas como sensatas y racionales desde el punto de vista de una sola persona pensando y deliberando separada de otros; los estándares relacionados a la naturaleza de la argumentación práctica son *dialógicos* pues toman en cuenta a los otros participantes del proceso de argumentación y para que sea justificado se debe reconocer la autonomía, libertad e igualdad argumentativa de cada participante debiendo haber más compromiso con los estándares de imparcialidad y universalidad.

Los estándares dialógicos y monológicos forman un conjunto de condiciones fundamentales de la racionalidad discursiva, esta racionalidad discursiva no sólo regula la forma en que un debate debe proceder para ser considerado racional sino que también da forma a la noción de Alexy de la razón práctica. Para la tradición Kantiana la razón práctica es definida en los términos de la autonomía de un agente humano y se entiende como universal; Alexy

toma estas dos características de la tradición Kantiana con la teoría del discurso presentando dos cambios en la estructura de su concepción de razón práctica: 1) La razón práctica convertida en una capacidad intrínseca dialógica que se puede ejercer sólo como participantes alojados en un ambiente comunicativo intersubjetivo, es decir, si un problema involucra a otros para poder resolverlo y tomar una decisión se debe tomar en cuenta a estos; 2) La razón práctica como práctica racional, el discurso racional no funciona como fórmula ni asegura que las soluciones que ofrece sean finales y conclusivas, esto es porque la racionalidad del discurso racional no es juzgada por su resultado final, sino por el proceso a través del cual se ha obtenido este resultado.

El proceso discursivo se encuentra estructurado por una serie de estándares y límites estructurales, y mientras estos aseguren un resultado racional (cual fuera), permiten una gran medida de flexibilidad debido al hecho que (a) los estándares funcionan como modelos a seguir, o aproximarnos, tanto como podamos, más que rígidos criterios que o satisfacemos o no, lo que significa que su cumplimiento solo puede ser parcial; (b) los estándares no dictan todos los pasos a seguir en un debate práctico; y (c) lo que los estándares terminan prescribiendo depende mucho del contexto, es decir, en los intereses, creencias y asunciones con que los participantes de cualquier debate proceden en sus deliberaciones, y estas premisas varían de acuerdo a los participantes involucrados.

Si bien el modelo de debate teórico de la razón práctica no brinda una solución única e infalible para cada problema práctico, es cierto que si se asume que existe una manera correcta de resolver el problema, es decir, existe el método basado en dichos principios actuando como idea reguladora de una discusión en asuntos prácticos. Si bien este método es racional, el mismo no permite organizar una estructura de certeza absoluta, es decir, es



indeterminado. Esta indeterminación es considerada por Alexy como el resultado de nuestra limitada habilidad para distinguir qué es lo correcto en asuntos prácticos y distinguir qué es lo incorrecto, Alexy denomina esto como “un problema de conocimiento sustantivo”.

Para conseguir la forma efectiva de resolver disputas el discurso racional necesita ser integrado con más estándares y procedimientos, que aunque no sean racionales, permitan asegurar un resultado definitivo, orientándonos al derecho.

El derecho y la razón práctica están ligados por una dependencia mutua, pues por un lado “el discurso necesita del derecho para ganar realidad” y por el otro lado “el derecho necesita del discurso para ganar legitimidad”; asimismo, la conexión entre la razón práctica y el derecho parte de la necesidad práctica y discursiva de institucionalizar los principios de la razón práctica. Por tanto, al entender al derecho como una institución formada y limitada por la razón práctica es que, si bien hay un amplio rango de contenido que el derecho puede tomar, no puede tomar cualquiera de estos o desarrollar cualquier forma en absoluto, pues “en un discurso racional no todos los sistemas jurídicos pueden justificarse, sino solo aquellos que completen las exigencias básicas de la racionalidad práctica”, en ese sentido, el derecho resulta teniendo una autonomía limitada y parcial.

Los límites del derecho se emiten desde la razón práctica y la necesidad de darle una forma institucionalizada; los límites estructurales explican por qué el derecho está organizado típicamente en diferentes niveles y lo que justifica la estructura (o la necesidad de una) es el requisito racional de que el derecho funciona como una institucionalización de la razón práctica.

De estos niveles, la constitución se encuentra en el más alto y abstracto, al ser concebida como la norma suprema es la

estructura normativa diseñada para implementar los principios del discurso racional. Las constituciones y los sistemas jurídicos que gobiernan, tienen como mínimo un contenido racional: deben incorporar los derechos humanos básicos (un requisito sustantivo) y también deben implementar una forma de gobierno democrático y el estado de derecho (dos requisitos procedimentales esenciales).

Para que la Constitución asegure la determinación buscada en la esfera práctica se requiere el apoyo de la legislación y del razonamiento jurídico. La legislación no solo es una declaración promulgada con autoridad sino es una declaración que a la larga coincide con las directivas de la razón práctica. El razonamiento jurídico es una práctica dirigida a resolver disputas legales tomando en cuenta y comparando las diferentes alternativas de solución y escogiendo la más apropiada según los principios de la razón práctica. El razonamiento jurídico es construido por Alexy como un caso especial del razonamiento práctico, pues al mismo tiempo que se apoya en la razón para tratar una cuestión práctica, también procede bajo un grupo de restricciones y condiciones más exigentes y limitantes.

La razón práctica juega un papel crucial en la teoría jurídica de Alexy, ya que le permite no solo alegar que hay una manera racional para tratar los problemas prácticos, sino también para tomar una visión global del derecho como una empresa firmemente incrustada en el amplio escenario práctico en el cual todos operamos.

Para Alexy la práctica de la argumentación es la forma más básica de vida entre humanos, pues es algo que no podemos excluir de nuestra existencia ordinaria, pero por otro lado, un encuentro discursivo con otros no es algo que necesariamente debemos practicar todo el tiempo para vivir como humanos, sino más bien es algo que hacemos comúnmente, algo que

practicamos la mayor parte del tiempo. Desde el punto de vista de Alexy, cada uno de nosotros podría en cualquier momento retirarse del debate y vivir una vida en la que afirmemos casi nada, obviamente sería una vida diferente, pero sigue siendo vida. Es ahí donde los que tiene interés de corrección intervienen (aquellos comprometidos a participar en una forma básica de vida humana estructurada por la práctica discursiva del debate) toda vez que la razón práctica se vuelve necesaria. En ese sentido, según Alexy, si no nos comprometemos con la razón práctica por un interés en la corrección moral, lo haremos por el interés de maximizar nuestras propias utilidades, es decir, se refiere a un interés muy profundo con una motivación muy profunda al tomar decisiones y apoyarlas con argumentos.

Las bases de la razón práctica de Alexy une un argumento pragmático-trascendental primario con consideraciones utilitarias empíricas: el argumento consiste en demostrar que la razón práctica es una capacidad de la cual debemos hacer uso de alguna u otra manera, ya sea porque tenemos un interés genuino en la corrección o un interés estratégico - pero de cualquier forma, ya sea por un genuino compromiso o por necesidad práctica, vamos a querer tomar parte de la forma más básica de vida humano que nos invita a hacer declaraciones y apoyarlas con razones y de este modo cumplir con los principios básicos de la razón práctica.

Para Berteau la base de la teoría –la razón práctica– tiene debilidades, en este caso hace crítica a dos concepciones:

1. Respecto a la necesidad pragmática de realizar afirmaciones de aquellos que no viven en total soledad y además tengan un interés en la corrección. Si bien la primera concepción de Alexy significa que su argumento trascendental no puede fijar de manera adecuada la validez necesaria de la razón práctica, al menos provee de una base cuasi - necesaria, y lo hace a tal

punto que el mundo con el que estamos familiarizados (y más importante, con el mundo con que su proyecto está relacionado) la gente comúnmente tiene el interés moral o utilitario sobre el cual podemos afirmar que los principios de la razón práctica son válidos y necesarios.

2. Respecto a que no siempre debemos hacer afirmaciones cada vez que interactuamos con alguien en un contexto argumentativo, es decir, que si podemos ser selectivos al momento de escoger con quién ser “argumentativos”. Si en realidad podemos dejar de tomar en cuenta los principios de forma legítima, podríamos llegar a la conclusión de que en realidad estos no son tan necesarios y la forma básica de vida social humana no debe ser tan básica o debe ser más un ideal que una forma de existencia. Al prever la posibilidad de separación de las exigencias de la razón práctica, sin renunciar *ipso facto* a nuestra participación en la forma más básica de vida humana –y al requerir que sólo a veces necesitamos hacer afirmaciones y tomar parte del juego justificativo para considerarnos participantes de esta forma básica de vida humana– Alexy, en efecto, estaría concediendo la idea de que los principios de la razón práctica, después de todo, no son necesarios.

La necesidad significa que no podemos elegir actuar de otra forma: mientras el hacer afirmaciones sea visto como necesario no podemos elegir el no participar de la práctica de hacer afirmaciones y apoyarlos con argumentos cuando tomamos parte de una práctica discursiva o argumentativa. Del mismo modo, si no hay consecuencias serias ligadas a nuestro fracaso de un actuar en forma discursiva entonces sabemos que los principios subyacentes (los de la razón práctica) no son necesarios. Y como no hay en la teoría de Alexy no existe dicha consecuencia, se entiende que el argumento pragmático - trascendental de Alexy

no puede fijar la necesaria validez de su concepción teórica de la razón práctica.

Según indica Berteau, al existir críticas de que el argumento trascendental de Alexy ha fracasado en fijar los principios de la razón práctica en un cimiento sólido que demuestre que estos principios son necesarios, una respuesta a dichas críticas podría consistir en reconocer de que un proyecto de bases así no centrará en los cimientos de validez necesaria que espera ser encontrado, es decir, si bien se puede obviar de usar los principios en un debate esto no garantiza la validez del resultado.

Respecto a este punto en los últimos años Alexy ha puesto énfasis en el rol que las decisiones juegan al estructurar el espacio de la razón práctica. La idea es que la razón práctica define un espacio –discursible– que configura la frontera que delimita lo que puede contar como un discurso y lo que no. Alexy habla de una “decisión existencial” donde se encuentra el llamado y la fuerza normativa de la razón práctica, pues la decisión de actuar manteniendo los principios de la razón práctica o racionalidad discursiva es al fin y al cabo una decisión sobre el tipo de agente que queremos ser y por ende algo que nosotros, cual criaturas prácticas, encontramos convincente y que vamos a querer personificar. Así aun cuando la decisión de ser agentes discursivos no pueda ser construida como necesaria por consideraciones puramente racionales, sí nos lleva a un territorio que es racionalmente limitado, el territorio de la razón práctica definido por los principios de la racionalidad discursiva.

Para el autor, otra forma de reforzar la teoría de Alexy sería el de intentar estructurar el argumento pragmático-trascendental de tal forma que cualquier alejamiento de los principios de la razón práctica sería ilegítimo e injustificado. Así, un argumento tan estructurado tendría que demostrar que en el momento que no tomamos en cuenta los principio de la razón práctica,

habremos comprometido nuestra posición pragmática como agentes humanos, es decir, si se llega a demostrar que actos de violación a la razón práctica pone en riesgo nuestro status de agente humano se puede concluir que las demandas de la razón práctica son necesariamente válidas. Para llegar a este punto, Berteza pretende acercar el trabajo de Alexy con el trabajo de Korsgaard, el cual apoya la idea de acción para estructurar la relación entre la razón práctica y agencia: la acción es la actividad que entablamos como agentes capaces de tomar una pluralidad de incentivos y moldearlos hasta convertirlos en una línea coherente de conducta que siga los principios de la razón práctica. Es ahí donde interviene la necesidad constitutivo-trascendental de la razón práctica de Korsgaard, que plantea que los principios de la razón práctica constituyen nuestra agencia de tal forma que no podríamos ser agentes si no usamos estos principios para guiar nuestra conducta, convirtiendo a los principios de la razón práctica en una parte esencial y necesaria de nuestra agencia, haciendo imposible salir fuera de los límites que estos marcan sin dejar de ser el tipo de persona que la teoría imagina como su unidad básica de agencia.

## **7. CONCLUSIÓN**

Es importante contextualizar los principales aportes de Alexy y es que toda su teoría tiene repercusión en la función realizada por los jueces. Desde ese punto de vista, entre el fortalecimiento de valores jurídicos importantes como la seguridad jurídica o la tutela de la constitución política como norma jurídica suprema y los principios que estructuran todo el sistema jurídico, es claro que el constitucionalismo de Alexy está a favor de la segunda alternativa y para ello es fundamental la argumentación constitucional y el proceso de asignación de significados a estos principios constitucionales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_, *Balancing, constitutional review, and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

Dworkin, Ronald, *The model of Rules*, The University of Chicago Law Review, Volume 35, No. 1, 1967.

H.L.A., Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Great Britain, Clarendon Law Series, 1982.

Pulido, Carlos Bernal, "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Volume 92, Number 2, April 2006, pp. 195-208.

Prieto Sanchís, Luis "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", en *Derecho y proceso*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 5, 2001.

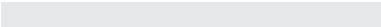
Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007.





Este libro se terminó de imprimir en los talleres de  
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.  
En el mes de agosto de 2017

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond  
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.  
Las fuentes tipográficas empleadas son Warnock pro en 11 puntos  
en texto corrido y 13 puntos en títulos.



La obra de Robert Alexy ha tenido una amplia repercusión en la filosofía del derecho y el derecho constitucional contemporáneo. Este volumen incorpora varios ensayos de profesores procedentes de diferentes partes del mundo y cuyo estudio sobre diversos aspectos del pensamiento de Alexy es indispensable.

Para los autores, lo central de la argumentación constitucional es dar razones de porqué los valores o derechos en ciertos casos predominan sobre otros y en qué medida van a tener predilección de interferencia sobre otros derechos y valores, y con esas razones, se racionaliza el uso de discrecionalidad judicial a la hora de interpretar derechos humanos.

ISBN 978-958-8981-63-5



9 789588 981635