

ROBERT ALEXY Y EL "GIRO ARGUMENTATIVO" EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

1.

Robert Alexy es, sin duda, uno de los teóricos del Derecho más importantes de las últimas décadas. Su obra ha ejercido, además, una gran (y benéfica) influencia en la filosofía del Derecho del mundo latino: de Europa y, quizás sobre todo, de América. La influencia de Alexy no se reduce, por lo demás, al ámbito universitario, sino que se extiende también al de la práctica del Derecho, en especial, la judicial. La fórmula alexiana de la ponderación, por ejemplo, es hoy de uso corriente en los tribunales latinoamericanos. Diría incluso que de la misma se hace un uso que a veces es excesivo, innecesario. Problemas jurídicos que podrían resolverse con medios argumentativos, digamos, más sobrios, llevan ahora a no pocos tribunales de esos países a extensísimas motivaciones en las que no sólo se efectúa la ponderación siguiendo el esquema de Alexy, sino que, previamente, se expone con todo detalle la teoría¹, con la intención probablemente de transmitir a la audiencia la idea del alto nivel de preparación teórica de los jueces (y letrados) autores de las sentencias correspondientes. Pero de esta práctica, obvio es decirlo, el culpable no es Alexy.

La filosofía del Derecho que ha venido elaborando Alexy desde sus primeros trabajos de finales de la década de los 70 se puede incluir dentro del mismo paradigma al que pertenecerían también las obras de Ronald Dworkin, Carlos S. Nino o Neil MacCormick (especialmente, el MacCormick de los últimos escritos). A veces se califica, pero de manera muy confusa,

¹ Sobre la cual existen varios trabajos doctrinales de gran solvencia escritos por autores latinoamericanos. Entre otros: Carlos Bernal (2003) , Gloria Lopera (2006) y Laura Clérico (2009)

de “neoconstitucionalismo”², pero el rótulo que me parece más exacto debería ser el de “postpositivismo constitucionalista”. En lo esencial, se trata de una manera de entender el Derecho que tiene muy en cuenta el fenómeno de la constitucionalización de los sistemas jurídicos sobrevenido, sobre todo, en las últimas décadas, y que considera que una conceptualización adecuada del Derecho (en particular, de ese tipo de Derecho) supone ver en el mismo no sólo una dimensión autoritativa, sino también un componente valorativo. Dicho en términos más clásicos, el Derecho es tanto voluntad como razón. Entre esos autores hay, obviamente, diferencias de acento (debidas a muy diversos factores: uno de ellos –yo creo que bastante relevante- tiene que ver con las peculiaridades de la cultura jurídica en la que se inserta la obra de cada uno de ellos), pero me parece, como antes decía, que las discrepancias no afectan a cuestiones que puedan considerarse esenciales, y de ahí que puedan situarse, en definitiva, dentro de un mismo paradigma teórico.

En el caso de Alexy, lo que constituiría el centro de su filosofía del Derecho sería la tesis de la doble naturaleza del Derecho. Tal y como él lo expresa: el Derecho “comprende necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral” (Alexy 2009: 68). El tener en cuenta (también) ese elemento de idealidad moral es lo que hace que su concepción del Derecho tenga un carácter “no-positivista”. Y Alexy considera que esa tesis muy general se despliega a lo largo de tres pasos.

El primero se caracteriza por la idea de que el Derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección, la cual va unida a la teoría del discurso, en cuanto teoría procedimental de la corrección o de la verdad práctica; su tesis principal es que “la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento”, y ese procedimiento, el procedimiento discursivo, se define “mediante un sistema de reglas discursivas

² Sobre esto puede verse mi trabajo: *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del postpositivismo jurídico* (Atienza 2014)

[monológicas y dialógicas] que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional" (Alexy 2009: 72). Pero esa teoría del discurso tiene, en relación con el Derecho, ciertos límites que derivan, fundamentalmente, de estos tres factores: el discurso racional señala los límites de lo que es discursivamente imposible o necesario, pero hay un ámbito de lo discursivamente posible que queda abierto; la mera conciencia de la corrección no garantiza tampoco su observancia; y muchas exigencias de carácter moral y muchos objetivos razonables no podrían alcanzarse simplemente mediante la acción espontánea de los individuos. Se necesita, por ello, dar un segundo paso, pasar a un segundo nivel, que es el de la positividad, en el que aparecen los procedimientos regulados por el Derecho positivo para garantizar la toma de decisiones, así como medios coercitivos y organizativos; dicho de otra manera, a la idealidad en forma de corrección y discurso se agrega ahora la facticidad, en forma de legalidad y eficacia (p. 76). Y, en fin, las dos dimensiones de idealidad y de facticidad tienen que combinarse en la proporción correcta, esto es, se necesita generar una "corrección de segundo nivel", que sería la tarea del tercer paso al que Alexy denomina "institucionalización de la razón". Esa institucionalización es una empresa compleja, en la que pueden distinguirse cuatro aspectos: 1) El límite extremo o último del Derecho: la tesis de que la injusticia extrema no es Derecho, la cual conecta el Derecho con la moral, pero sin exigir una coincidencia plena entre ambos; 2) El constitucionalismo democrático: la teoría del discurso plantea dos exigencias respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico, los derechos fundamentales y la democracia (deliberativa), y permite justificar también una jurisdicción constitucional en la medida en que la misma se conciba como una "representación argumentativa de los ciudadanos" (p. 80) para garantizar esos derechos; 3) La argumentación jurídica, entendida esencialmente como mecanismo que asegura la tesis de la pretensión de corrección; o sea, que cuando la "necesaria apertura del Derecho" lleve a que las decisiones (en los casos difíciles) no puedan tomarse simplemente con los materiales autoritativos del Derecho, las premisas adicionales tienen que poder justificarse por medio de la argumentación práctica racional (p. 81). 4) La teoría de los principios; lo que, a su vez, implica: la distinción, dentro de las normas, entre las reglas

y los principios; la concepción de los principios como mandatos de optimización; la consideración de que los derechos fundamentales tienen carácter de principios; y la tesis de que, mientras que la forma de aplicación de las reglas es la subsunción, la aplicación de los principios exige la ponderación.

En relación con las obras de los otros autores mencionados, creo que puede decirse que la de Alexy es la que tiene un carácter más sistemático y también (quizás junto con la de MacCormick) la que más subraya el "giro argumentativo", es decir, la tendencia a estudiar los fenómenos jurídicos desde su vertiente argumentativa; una tendencia presente, de una u otra forma, en muchas direcciones contemporáneas de la teoría del Derecho y que, sin duda, es una marca distintiva de la cultura jurídica del mundo latino en los últimos tiempos. El enorme éxito que ha tenido la obra de Alexy en este ámbito puede deberse en cierta medida a esos dos factores, pero también, como es obvio, al valor intrínseco de la teoría. Al fin y al cabo, no hay muchos ejemplos de proyectos iusfilosóficos tan ambiciosos como el de Alexy, consistente en presentar sistemáticamente el proceso de institucionalización de la razón en el Derecho, y llevado a cabo, además, de manera notablemente exitosa.

2.

Mi contacto con la obra de Alexy, y con el propio Alexy, viene de finales de los años 80, y estuvo motivado en mi interés por estudiar a fondo su *Teoría de la argumentación jurídica* que, como resulta de aceptación generalizada, es una pieza fundamental de ese giro argumentativo en la teoría del Derecho del que antes hablaba. Desde entonces he seguido con gran atención, y podría decir también que "desde cerca", el desarrollo de su obra teórica: una de las que más han influido en mi manera de entender el Derecho y cuyos planteamientos me parecen esencialmente acertados, aunque desde entonces haya discrepado con él en una serie de aspectos que probablemente habría que considerar como secundarios. Básicamente son estos tres: su tesis del caso especial; su manera de

entender los principios como mandatos de optimización; su concepción de la ponderación.

2.1.

A comienzos de los años 90 (Atienza 1991) escribí un libro dirigido a exponer críticamente las diversas concepciones de la argumentación jurídica del siglo XX. Trazaba para ello una distinción, que creo ha tenido cierta fortuna, entre lo que llamaba “los precursores de la argumentación jurídica”, en los años 50: la lógica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman, la *working logic* de Toulmin; y lo que denominé como “la teoría estándar de la argumentación jurídica”: la que se desarrolla a partir de los años setenta y que tendría como principales representantes a MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenik y Wróblewski.

El análisis de esa teoría estándar lo centré en las obras de MacCormick (el MacCormick de *Legal Theory and Legal Reasoning*) y de Alexy, a las que consideraba sustancialmente coincidentes. Los dos autores, me parecía, habían recorrido la misma vía, pero en sentidos opuestos. MacCormick arrancaba de las argumentaciones o justificaciones de las decisiones tal y como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y, a partir de ahí, había elaborado una teoría de la argumentación jurídica que acababa por considerar como formando parte de una teoría general de la argumentación práctica. Alexy, al contrario, partía de una teoría de la argumentación práctica general que proyectaba luego al campo del Derecho para defender la tesis, central en su concepción, de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Ambos autores, por otro lado –añadía-, no habrían pretendido simplemente elaborar una teoría normativa de la argumentación jurídica, sino también una teoría con propósitos analíticos y descriptivos. Las coincidencias, tanto desde el punto de vista normativo como analítico y descriptivo eran manifiestas, y diría incluso que, desde entonces, se han acentuado, puesto que MacCormick sufrió una evolución desde un positivismo de tipo hartiano (que constituye la base de aquella obra de 1978) hasta posiciones (en sus últimos trabajos: MacCormick 2005)) no positivistas y afines a las de Dworkin o el mismo Alexy. De hecho, tanto MacCormick como Nino se mostraron partidarios, en alguna de sus obras, de la tesis alexiana del caso

especial: la que, como ya hemos visto, se enuncia diciendo que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

Ahora bien, esa tesis fue, casi desde el principio, objeto de críticas por parte de muy diversos autores y en el libro al que me estoy refiriendo (Atienza 1991) daba cuenta de las mismas siguiendo el esquema manejado por el propio Alexy (en Alexy 1989). Se trata de objeciones referidas al concepto, al alcance práctico de la teoría y a su posible dimensión ideológica que, telegráficamente expuestas, podrían condensarse así.

Las críticas de carácter conceptual se refieren tanto a cierta ambigüedad de la tesis central de Alexy (según que el acento se ponga en la noción de *caso*, o bien en la de *especial* -ver Neumann 1986-; o según que se hable de argumentación jurídica o discurso jurídico en un sentido más o menos amplio) como, sobre todo, al alcance de la noción de "pretensión de corrección". En relación con esto último, diversos autores habían formulado dudas en relación: 1) a que esa pretensión pudiera predicarse también de las argumentaciones que llevan a cabo las partes en un proceso (Neumann 1986); 2) a que tanto la argumentación dogmática como la judicial satisficieran la tesis del caso especial, dado que esas argumentaciones estarían limitadas por el Derecho positivo (que puede incluir normas injustas); 3) a que de la existencia de una pretensión de corrección en las decisiones jurídicas –por ejemplo, en las decisiones judiciales- no podría inferirse, como lo pretendería Alexy, que en el proceso para llegar a ese resultado también se hubiesen respetado las reglas del discurso (Tuori 1989); 4) a que Alexy no habría distinguido con claridad entre el discurso dirigido a justificar una norma y el discurso dirigido a aplicarla; este último (el discurso jurídico –judicial-) no se caracterizaría por la existencia de una pretensión de corrección (que simplemente se presupondría), sino por la pretensión del carácter apropiado de la aplicación (Günther 1989); 5) a que el modelo de la racionalidad discursiva sólo cubriría lo que Habermas llama el *Derecho como institución*, el que regula las esferas de actividad del mundo de la vida, pero no el *Derecho como medio*, esto es, las reglamentaciones

jurídicas que organizan los subsistemas de la economía, del Estado o de la Administración pública (ver Habermas 1987 y Tuori 1989).

En cuanto al alcance de la teoría (obviamente, una crítica muy ligada a lo anterior), podían señalarse cuatro objeciones: 1) No está claro que el modelo de Alexy permita integrar adecuadamente la racionalidad discursiva con criterios de racionalidad estratégica. 2) El progreso hacia una racionalidad más dialógica que, en principio, parecería suponer una teoría como la de Alexy (frente a la de MacCormick y su –monológica– instancia del “espectador imparcial”) podría ser más aparente que real, ya que Alexy reconoce que el procedimiento discursivo no puede normalmente realizarse en la práctica, sino que se lleva a cabo, hipotéticamente, en la mente de una persona (en cuyo caso, la ventaja en relación con la idea de espectador imparcial parece difuminarse). 3) El criterio para medir la racionalidad o justificabilidad de las decisiones jurídicas podría resultar demasiado lato y demasiado estricto al mismo tiempo: demasiado lato, porque los criterios son más de bien de carácter formal y flexible, de manera que lo que normalmente ocurrirá frente a un caso difícil es que las diversas soluciones propuestas superen esos criterios; y demasiado estricto, porque es dudoso que en muchos casos se cumplan reglas como la de la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados, la exigencia de sinceridad o la obligación de citar los precedentes o de usar argumentos dogmáticos. 4) Todo lo anterior plantea dudas con respecto a las aportaciones de la teoría en el plano analítico y descriptivo y lleva a interpretarla más bien como una teoría prescriptiva: el discurso jurídico no sería un caso especial del discurso práctico general sino que este último vendría a ser, simplemente, la instancia desde la que puede –y debe– evaluarse aquel.

Finalmente, las críticas de carácter ideológico se referían al riesgo de que la teoría pudiera contribuir a justificar, de manera acrítica, un determinado modelo de Derecho: el del Estado democrático y constitucional. Esos riesgos ideológicos **derivarían**: 1) de que si bien la exposición de las reglas del discurso práctico general la efectúa Alexy desde una perspectiva inequívocamente prescriptiva, sin embargo, cuando pasa al discurso jurídico se vuelve esencialmente descriptiva: las

reglas de la razón jurídica serían las tradicionales del método jurídico (Gianformaggio 1984); 2) de la idealización de algunas de las instituciones centrales del Derecho moderno, como la dogmática o el proceso (Gianformaggio 1984); 3) de que Alexy no parece tomar en consideración la posible existencia de casos trágicos en el Derecho, casos para los que no existe ninguna respuesta correcta; y 4) de que la defensa de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral tiene el riesgo de atribuir a lo jurídico un sentido encomiástico en una forma que podría resultar arbitraria.

Ahora bien, vistas las anteriores críticas desde la perspectiva de hoy (más de dos décadas después), mi opinión es que Alexy puede hacer (ha hecho) frente a las mismas de manera considerablemente exitosa. Y si lo ha hecho es porque, en gran medida, las objeciones anteriores tienen el sentido de poner de manifiesto la existencia de insuficiencias debidas a la falta de desarrollo de la teoría, más bien que a inadecuaciones de carácter objetivo, intrínseco. O sea, lo que él presentaba en 1978 (año de la primera edición de su "Teoría de la argumentación jurídica") no podía ser una teoría completa de la argumentación jurídica, porque Alexy no disponía aún de todos los ingredientes necesarios para ello. No había desarrollado aún (o sólo lo había hecho de una manera muy incipiente): una teoría de los principios (en cuanto tipo de norma contrapuesta a las reglas) como mandatos de optimización; una teoría de los derechos fundamentales y de la ponderación que, precisamente, presupone la noción de principio jurídico; y una concepción no positivista del Derecho, basada, como hemos visto, en la idea de que el concepto de Derecho contiene, además de una dimensión autoritativa, un elemento de idealidad –una "pretensión de corrección"– que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y no cabe, por lo demás, ninguna duda de que el trabajo teórico llevado a cabo por Alexy en estos últimos años es, verdaderamente, un desarrollo en profundidad de ideas que ya estaban en su obra seminal de 1978. Digamos que Alexy no pertenece a la estirpe de los autores que, en un cierto momento del desarrollo de su pensamiento, han dado un giro de alguna forma radical; Wittgenstein, entre los filósofos, y von Ihering, entre los juristas, son buenos ejemplos

de ello. El conjunto de los escritos de Alexy tiene un notable grado de coherencia interna (la de "coherencia", como se sabe, es también una noción importante en su teoría) y nada hace pensar que, a pesar de tratarse de un autor en plena producción, las cosas vayan a cambiar de cara al futuro. Podría decirse que el *leit motiv* de la obra de Alexy ha sido siempre la idea de que el Derecho debe contemplarse en el marco más amplio de la razón práctica.

Y, sin embargo, a pesar de todo ello, yo creo que en esas críticas (o en algunas de ellas) a la tesis del caso especial existe un punto de razón que no puede dejarse a un lado. Para formularlo de una manera muy sintética: la tesis del caso especial tiene, en mi opinión, el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, lo que supone, a su vez, el peligro de una teoría no suficientemente articulada (en el plano conceptual o analítico), menos útil en la práctica de lo que debiera ser (por su falta de realismo, de potencia descriptiva) y proclive a presentar la práctica jurídica (o algunos aspectos de la misma) en forma algo ideológica (dada su tendencia a la idealización). Trataré de fundamentar brevemente este juicio.

Yo no creo que, en rigor, la argumentación jurídica (si bajo este concepto se incluye –como, me parece, debe hacerse– no sólo la argumentación de los jueces y de la dogmática, sino también, por ejemplo, la de los legisladores o la de los abogados) sea un *caso especial* de la argumentación práctica general. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren diversos tipos de argumentaciones, de diálogos, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, puede prevalecer una u otra de esas formas de razonamiento. Por ejemplo, parece evidente que los componentes retóricos de la argumentación tienen una extraordinaria importancia (constituyen quizás el elemento predominante) en la argumentación de los abogados (o en alguno de los contextos de la argumentación forense), mientras que no ocurre lo mismo con la argumentación de los jueces dirigida a justificar una decisión. Resulta también razonable pensar que cuando se trata de, a partir de todas esas prácticas, construir algo así como una teoría *general* de la argumentación

jurídica, al discurso práctico racional (al discurso crítico) debe dársele cierta prioridad sobre los otros discursos; o sea, las formas estratégicas de argumentación no están a la par de la argumentación crítica racional. Pero hay una forma de lograr eso (una cierta unidad en la diversidad) que, me parece, no es exactamente la que propone Alexy. En mi opinión, lo que habría que hacer es mostrar que el diálogo racional (el diálogo práctico general) permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, de los legisladores, de los negociadores..., aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. Se trata, como digo, de una tesis distinta a la que parece defender Alexy, porque este último viene a sostener, si yo le interpreto bien, que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene –en forma muy abstracta- las reglas de todos los otros juegos argumentativos, cada uno de los cuales estaría regido, además, por algunas reglas específicas adicionales y compatibles con las del discurso práctico general. Pero yo creo que esto no es así: algunas de las reglas que rigen estos tipos de argumentación contradicen las del discurso práctico racional; no son casos especiales, sino casos –prácticas- que, simplemente, pueden encontrar una justificación en el discurso práctico general. Y la distinción de esos dos planos normativos me parece esencial: las normas del discurso práctico general permiten justificar la práctica argumentativa de los abogados en la que, por ejemplo, no rige (o rige con muchísimas limitaciones) el principio de sinceridad.

Trataré de ilustrar lo anterior en relación con la tesis de la única respuesta correcta. Esa tesis, y tal y como la entiende Alexy: como un ideal regulativo, se aplica, en mi opinión, al caso de la argumentación judicial, hasta cierto punto al de la argumentación dogmática, pero no a la argumentación legislativa o a la de los abogados. En el caso de la argumentación legislativa, porque no parece tener sentido (o casi nunca lo tiene) pretender que una determinada ley (su texto articulado) es la única respuesta correcta para el problema que trata de resolver la ley en cuestión; o sea, los problemas que hacen que surja la necesidad de una argumentación legislativa son más abiertos (y complejos) que los de orden judicial y no tienen la estructura binaria de estos últimos, estructura que,

naturalmente, favorece el que pueda hablarse de única respuesta correcta. Y en relación con la de los abogados, porque éstos (por razones institucionales obvias) no persiguen alcanzar la respuesta correcta, sino la respuesta favorable a los intereses de una parte. Frente a esto último, Alexy ha replicado en alguna ocasión que los abogados deben, al menos, hacer cómo que la respuesta que ellos defienden es la correcta (Alexy 1989: 317), pues en otro caso no podrían persuadir a los jueces. Pero esto no parece muy satisfactorio. Por un lado, porque esa actitud (“hacer como si...”) iría en contra de la regla que exige sinceridad. Y, por otro lado, porque no todas las argumentaciones de los abogados tienen como destinatarios a los jueces (aunque, como a veces se dice, todos sus argumentos –incluidos los que tienen como marco un proceso de negociación– se producen “a la sombra de la jurisdicción”): los procesos de negociación, mediación, etc. en que frecuentemente se ven envueltos los abogados, o los interrogatorios a testigos en el contexto de un juicio, constituyen también instancias de la argumentación jurídica.

2.2.

Como antes he dicho, Alexy desarrolló su concepción de los principios con posterioridad a los lineamientos generales de su teoría de la argumentación jurídica, si bien es cierto que en su primer libro, de 1978, estaba ya apuntado ese concepto que adquirirá un gran peso a partir de su segunda gran obra, la *Teoría de los derechos fundamentales*. El libro, cuya edición original alemana es de 1986, se tradujo al castellano en 1993, y con esa ocasión publiqué una reseña del mismo (Atienza 1994), centrada en la noción de principios jurídicos que, como se sabe, constituye el núcleo de la teoría alexiana de los derechos fundamentales.

Señalaba allí que, a pesar de **sostener** una concepción principialista de los derechos, Alexy no defendía un modelo puro de principios, esto es, él no consideraba (no considera) que las normas en que se plasman los derechos sean exclusivamente principios, ni contraponía tampoco la noción de principio a la de valor o fin; al contrario, principios y valores vendrían a ser una misma realidad vista desde dos planos o ámbitos distintos: el deontológico (el del deber ser) y el axiológico (el ámbito de lo bueno). En su opinión, aunque norma de derecho fundamental y derecho

fundamental no sean lo mismo, entre ambos conceptos existe una conexión esencial: siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma (válida) de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Además, Alexy atribuía un papel crucial a la distinción entre reglas y principios, que entendía en un sentido parecido, pero no idéntico, al de Dworkin. Como es bien sabido, según Alexy, entre las reglas y los principios (y esa clasificación de las normas la entiende como exhaustiva y excluyente: "toda norma es o bien una regla o un principio") habría una diferencia cualitativa y no de grado: los principios son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes" (vid. Atienza 1994: 87), mientras que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese sentido, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Al igual que en la conocida caracterización de Dworkin, los principios tienen, según Alexy, una dimensión de peso de la que carecen las reglas y que lleva a que, en caso de conflicto entre principios, el mismo se resuelva a favor de uno de ellos, pero sin que eso signifique que el derrotado en esa ocasión deje de ser una norma válida del sistema. Pero la concepción de Alexy de los principios se diferencia de la del autor norteamericano en dos aspectos de cierta importancia. El primero tiene que ver con la cuestión de si para cada caso jurídico existe una única respuesta correcta. La contestación afirmativa a la misma que da Dworkin se basaría en lo que Alexy llama una teoría *fuerte* de los principios, esto es, una teoría que contenga no sólo todos los principios del sistema en cuestión, sino también todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos que permita determinar unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Alexy rechaza esa posibilidad y en su lugar defiende una teoría *débil* de los principios, que permitiría construir un orden débil de los mismos (que evitaría su uso arbitrario) a partir de tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga importancia para nuevos casos, puesto que la solución de esos conflictos da lugar a reglas: las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente; 2) un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la

consideración de los principios como mandatos de optimización, tanto en relación con las posibilidades jurídicas como con las posibilidades fácticas; 3) un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba. El segundo aspecto en el que se separa de Dworkin es en considerar a todos los principios por igual como mandatos de optimización, lo que supone, entre otras cosas, prescindir de la distinción dworkiniana, dentro de la categoría general de los principios, entre *principles* (esto es, normas que establecen exigencias de justicia, equidad y moral positivas) y *policies* (que fijan objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc.).

Pues bien, mi crítica de entonces a la manera de abordar los principios por parte de Alexy se refería únicamente a este último extremo y la basaba en varios trabajos que, sobre ese concepto, había ido elaborando, conjuntamente con Juan Ruiz Manero, a partir de 1991. En esos trabajos (Atienza y Ruiz Manero, 1991 y 1996) habíamos defendido una concepción de los principios jurídicos que tenía en cuenta diversos enfoques de la normas jurídicas y en la que la distinción entre principios en sentido estricto y directrices jugaba un papel de gran importancia. Entendidas las normas como correlaciones entre casos o condiciones de aplicación y soluciones normativas, la distinción consistiría en que los principios en sentido estricto sólo podrían considerarse como mandatos de optimización en el sentido de que, al estar configuradas sus condiciones de aplicación de forma abierta, la determinación de la prevalencia o no de un principio en un caso individual determinado exigiría ponderación para ver si el mismo prevalecía frente a los principios y reglas que jugaran en sentido contrario, pero una vez establecido qué principio prevalece, el mismo exigiría un cumplimiento pleno; mientras que las directrices, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejarían también abierto el modelo de conducta prescrito, o sea, las directrices sí que pueden ser cumplidas en diversos grados. Además, desde la perspectiva de las razones para la acción, mientras que las directrices generarían razones de tipo instrumental o estratégico, las que derivan de los principios serían razones de corrección; o, dicho de otra manera, las primeras serían razones *finalistas* que

estarían lógicamente subordinadas a las segundas, a las razones finales (vid. Atienza y Ruiz Manero 1991).

Y a partir de ahí (Atienza 1994) señalaba dos aspectos en que esa distinción (entre dos tipos de principios) afectaría a la posición de Alexy. El primero consistía en que la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices permitiría configurar con más claridad la noción de "orden débil" que, como hemos visto, jugaba un papel importante en la racionalización de los principios ofrecida por Alexy. Y el segundo se refería a que la distinción en cuestión permitía también articular mejor la dimensión instrumental y la moral. En su *Teoría de la argumentación jurídica* aparecía sobredimensionado, en mi opinión, el aspecto moral, lo que llevaba a Alexy a considerar que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, era un caso especial del discurso práctico general. Y en su *Teoría de los derechos fundamentales* me parecía que el riesgo era más bien el contrario: la misma fórmula de "mandatos de optimización" parecía sugerir que el manejo de los principios tenía sólo o preferentemente que ver con una racionalidad de tipo económico o instrumental.

Esa crítica es parcialmente coincidente con la que le había dirigido Habermas en *Facticidad y validez*. En efecto, en ese libro, Habermas (1998) se había mostrado muy crítico con la manera de entender los principios (y los derechos fundamentales) por parte de Alexy como mandatos de optimización. Le parecía que eso era considerarlos como valores, en términos teleológicos, mientras que la manera apropiada de verlos (Habermas muestra su proximidad a la tesis de Dworkin de que los derechos fundamentales –los principios- deben funcionar como "triumfos" o cortafuegos) tendría que ser en términos deontológicos, como verdaderas normas, lo que, para Habermas, significa "normas obligatorias de acción", "normas de orden superior" "que obligan a sus destinatarios sin excepciones" y que "se presentan con una pretensión binaria de validez" (Habermas 1998: 332). Como consecuencia de ello, Habermas estimaba que mientras que las normas, tal y como él las entendía, tenían que ser aplicadas mediante un procedimiento de coherencia, lo que garantizaría que los derechos pudiesen cumplir la función antes señalada;

los valores (los mandatos de optimización) sólo permitían fijar “relaciones de preferencia” que consentían diversos grados y exigían un procedimiento de ponderación que Habermas caracterizaba como una operación que “escapa a todo rigor conceptual y lógico” y lleva a una creación arbitraria de Derecho por parte de los jueces (Habermas 1998: 334). Una crítica, por lo demás, en la que Habermas no parece estar en absoluto solo. Por ejemplo (y habría muchos autores a los que cabría citar en el mismo o parecido sentido), Ferrajoli ha sostenido también con gran énfasis que una concepción como la de Alexy (y, en general, la de todos los autores a los que incluye en la categoría de “constitucionalismo principialista”), al caracterizar de manera indiferenciada a todos los principios como mandatos de optimización (en la terminología de Ferrajoli, como principios directivos o directivas, que él contrapone a los principios regulativos o imperativos (vid. Ferrajoli 2012: 34 y ss.), lo que produce es una debilitación de los derechos, de la normatividad de las constituciones, y pone en riesgo también la legitimidad de la jurisdicción, pues la ponderación es también para Ferrajoli, como para Habermas, un procedimiento conceptualmente oscuro y una fuente de arbitrariedad. El constitucionalismo principialista –concluye Ferrajoli– “conlleva, en definitiva, un debilitamiento y virtualmente un colapso de la normatividad de los principios constitucionales, así como una degradación de los derechos fundamentales establecidos en ellos a meras recomendaciones genéricas de tipo ético-político” (p. 50).³

La réplica de Alexy a Habermas ha consistido fundamentalmente en señalar estos dos puntos. El primero es que la contraposición de la que Habermas parte entre el modelo de la ponderación y el modelo (ideado por Klaus Günther) del discurso de aplicación basado en la coherencia es, en realidad, falsa: la coherencia juega, por supuesto, un papel fundamental en la interpretación del Derecho, pero “no puede haber coherencia sin ponderación” (en Atienza 2001: 676). Y el segundo consiste

³ He criticado la postura de Ferrajoli, que él califica de “constitucionalismo garantista”, y que contrapone al “constitucionalismo principialista” (en donde incluye a autores como Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky o a mí mismo) en Atienza 2012. Uno de los puntos de mi crítica, por cierto, consiste en que Ferrajoli identifica, equivocadamente, la concepción de los principios de Alexy con la elaborada conjuntamente por Ruiz Manero y por mí y nos atribuye así la tesis de que nosotros consideramos todos los principios como mandatos de optimización.

en aclarar que la idea de optimización no destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales: “el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica...Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objeto derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario” (p. 676).

Y por lo que hace a la crítica que Ruiz Manero y yo le habíamos dirigido en relación con los principios, Alexy identifica cuáles son los puntos de acuerdo y los de desacuerdo. Así, existiría acuerdo en que los principios entran entre sí en colisión con frecuencia, y en que la solución para esas colisiones no puede ser otra que la ponderación. Y discreparíamos en estos dos extremos: 1) en que también para él resulta “particularmente importante” la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos pero, sin embargo, él no defiende “una prioridad estricta de los principios que tienen por objeto los derechos individuales, sino una prioridad *prima facie*, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil entre ambos tipos de principios” (p. 677); 2) y en que, para él, la colisión entre derechos individuales no tiene una estructura distinta a la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos.

Pues bien, transcurridos también algunos años en relación con las discusiones a las que acabo de referirme, mi opinión es, por un lado, que Alexy tenía sustancialmente razón en lo que le objetaba a Habermas y, por otro lado, que las diferencias entre su concepción de los principios y la nuestra son menos esenciales de lo que a primera vista pudiera parecer. Yo creo que los planteamientos de Habermas obedecen en una buena medida a lo que en un artículo célebre Bobbio (1980) llamó una “filosofía del Derecho de los filósofos”, construida de manera excesivamente abstracta, que no tiene suficientemente en cuenta el funcionamiento real del Derecho, traza distinciones que son mucho menos claras de lo que él parece suponer y, en definitiva, niega racionalidad a la ponderación basándose en ideas que plantean cuestiones de dudosa respuesta: ¿no

contienen los derechos fundamentales valores universales?, ¿qué significa que las normas obligan sin excepciones?, ¿acaso son inderrotables los principios?, ¿no son normas las normas de fin?, ¿hay alguna teoría de la coherencia que consiga eliminar por completo los riesgos de la arbitrariedad? . Pero es probable que Habermas tenga algo de razón al pensar que considerar los principios (todos los principios) como mandatos de optimización puede desdibujar algo la imagen de los derechos como “triumfos” o “cortafuegos” y en que la construcción de la ponderación de Alexy tiene al menos la apariencia de configurar un tipo de racionalidad economicista (el análisis costes-beneficios) que no parece encajar bien con la pretensión de Alexy de construir una teoría de la argumentación jurídica basada en la noción de discurso. Hoy sigo pensando que esos inconvenientes desaparecen al menos en buena medida si la caracterización de “mandato de optimización” se reserva para las directrices y no se aplica a los principios en sentido estricto, y se establece una cierta prioridad (que, en efecto, no puede ser absoluta) de las razones de corrección o razones últimas (incorporadas en los principios en sentido estricto) sobre las razones de fin (incorporadas en las directrices y que contienen un elemento de gradualidad que no se da en los principios en sentido estricto). Aunque también es cierto que a los inconvenientes anteriores (la necesidad de establecer entre los principios cierto orden que articule la dimensión moral y la instrumental de la argumentación jurídica) se puede hacer frente recurriendo a las nociones de “peso abstracto” y de “carga de la argumentación”. Pero eso nos lleva ya al tercero de los puntos que quería discutir: el de la ponderación.

2.3.

Como decía al comienzo de este trabajo, la teoría alexiana de la ponderación ha adquirido una difusión tal, al menos en el contexto de los países del mundo latino, que su exposición resulta casi superflua; y si digo “casi” es porque no siempre, cuando se expone o se hace uso de la misma, se es fiel a los planteamientos de Alexy. Recordaré entonces, aunque sea con la máxima brevedad, en qué consiste esa doctrina.

La idea fundamental, como ya hemos visto, es que, así como las reglas se aplican mediante la subsunción, los principios requieren de un procedimiento de ponderación. En concreto, Alexy trata de presentar una racionalización del manejo que hacen los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad en cuanto instrumento para resolver los frecuentes conflictos entre derechos fundamentales que tienen que resolver. Esto es así porque, al menos con gran frecuencia, esos conflictos no pueden entenderse como contradicciones entre reglas que se resolverían considerando una de ellas válida y la otra inválida. De lo que se trata con la ponderación es, entonces, de dar cuenta de esa dimensión de peso que es característica de los principios. Dado que los principios (todos los principios) son mandatos de optimización que ordenan realizar algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes (y que los derechos fundamentales pueden verse básicamente como principios), se necesita construir un criterio que permita justificar que uno de esos principios (o derechos) prevalece sobre el otro. En eso consiste el test de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico.

Ese principio de proporcionalidad consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significan que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación (el tercer principio), siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula así: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Las tres variables son: 1) el grado de

afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, de plausibles o de no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia al legislador).

Alexy ha expuesto esa teoría en numerosas publicaciones, la ha ilustrado con diversos ejemplos tomados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la ha ido también desarrollando y precisando a lo largo de estos últimos años⁴. Pero me parece que lo esencial de la misma se contiene en la exposición anterior, como resulta con claridad cuando se consideran las diversas contestaciones que él ha ido dando en relación con las muchas críticas que en los últimos tiempos se han formulado a su teoría de la ponderación (que, en realidad, forma una unidad con su teoría de los principios y de los derechos). En un escrito relativamente reciente (Alexy 2010) agrupaba esas críticas en siete apartados: 1) hasta qué punto existen principios y, si existen, cómo pueden diferenciarse de las reglas; 2) si la ponderación puede considerarse como un método racional; 3) si la concepción principialista de los derechos supone un peligro para los derechos constitucionales; 4) si la tesis de la optimización lleva a una proliferación de derechos constitucionales y, a su vez, a una sobreconstitucionalización del sistema jurídico; 5) si el constitucionalismo lleva a una interpretación adecuada de los derechos constitucionales, de acuerdo con el Derecho positivo; 6) si el constitucionalismo lleva a desdibujar el rango superior de la constitución y el sometimiento del poder ejecutivo y judicial al legislativo; 7) si el principialismo supone una teoría muy abstracta que no puede servir de guía para la práctica. Y, por lo

⁴ Por ejemplo, recientemente el elemento de la seguridad o fiabilidad de las apreciaciones empíricas se ha ampliado, extendiéndose también a las premisas normativas. Pero –insisto– no se trata de cambios sustantivos, sino de refinamientos en relación con su famosa “fórmula del peso”.

que se refiere a su recepción en el mundo latino, y circunscribiéndonos al tema de la ponderación, creo que podría hablarse de dos tipos de críticas, según que lo que se objete sea el método de la ponderación en su totalidad, o bien la forma de presentarlo por parte de Alexy. Un ejemplo de lo primero se encuentra en varios trabajos de García Amado. Para este último, el método de la ponderación no tiene autonomía con respecto al interpretativo/subsuntivo; la ponderación es una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos, en que esa doctrina “es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones [de los tribunales constitucionales] y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales tribunales, siempre en detrimento del legislador” (García Amado 2006). Y como ejemplo representativo de lo segundo puede servir un artículo de José Juan Moreso (2009) en el que este último acusa a Alexy de “particularismo”, al considerar que la ponderación que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc*, lo que le lleva a Moreso a proponer una estrategia “especificacionista”, capaz de superar ese supuesto particularismo.

A mí me parece que todas esas críticas (en las que no cabe entrar aquí) están equivocadas en relación con lo que puede considerarse como el elemento central de la teoría de la ponderación de Alexy. Es decir, en mi opinión, Alexy está en lo cierto al sostener, en primer lugar, la necesidad de la ponderación, y, en segundo lugar, que existen criterios de racionalidad práctica aplicables a esa operación que, por tanto, puede llevarse a cabo sin incurrir en ninguna arbitrariedad (aunque, obviamente, de hecho es posible que no sea así, o sea, que lo que se presenta como ponderación sea, en realidad, un ejercicio de arbitrariedad). Y me parece que tampoco están fundadas las objeciones de particularismo o de casuismo que con frecuencia se le han dirigido: Alexy sostuvo desde el comienzo que la ponderación da lugar a una regla *general*, de manera que el criterio de universalización también se aplicaría en relación con el esquema ponderativo.

Pero también aquí, a propósito de la ponderación, hay algo que reprocharle a Alexy y que probablemente sea, sobre todo, de naturaleza

retórica. Ciertamente, Alexy ha afirmado que su esquema de la ponderación, su fórmula del peso, tiene un carácter formal y equivaldría, de alguna manera, a lo que es el *modus ponens* en relación con la subsunción: el establecimiento de las premisas o la realización de juicios ponderativos a la hora de determinar, por ejemplo, cuál es el grado de afectación de un principio en un caso concreto requiere el uso de criterios de racionalidad práctica; o, dicho de otra manera, la fórmula del peso no es un algoritmo que permita resolver de manera mecánica e incuestionable un problema de ponderación. Pero su empeño en construir la fórmula en términos matemáticos y en defender la necesidad de atribuir valores aritméticos a cada uno de sus elementos ha llevado a muchos a pensar que la clave de la argumentación en esos casos se encontraría en la fórmula en sí en lugar de en donde verdaderamente está: en la atribución de esos valores. Es más, en mi opinión, la fórmula supone un uso más bien metafórico del lenguaje matemático que tiene el serio riesgo de incurrir en lo que Vaz Ferreira (1962) llamaba la falacia (el paralogismo) de la falsa precisión: hacer creer falsamente que con ello, con el uso de una terminología matemática, se ha ganado en precisión, cuando en realidad no es así. El esquema de la ponderación de Alexy resulta, a mi juicio, de gran utilidad y puede servir como una guía para racionalizar ese tipo de operación, pero para ello es preferible no considerarlo como un cálculo a efectuar, sino meramente como una serie de condiciones a satisfacer o de preguntas críticas a plantearse (¿es la medida necesaria?, ¿es idónea?, ¿supone una afectación grave de otro bien o derecho?, etc.) que, efectivamente, puede contribuir a evitar una decisión arbitraria.

3.

Robert Alexy fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad de Alicante, por mi universidad, hace algunos años. En la *Laudatio* (Atienza 2009) escribí sobre él lo siguiente: “Uno diría que en Robert Alexy se dan todas las propiedades –las virtudes- que, se supone, posee un profesor alemán, con dos excepciones: sus escritos son claros y no contienen ni un átomo de pedantería. A veces he discrepado de algunas de las posiciones

teóricas de Alexy, pero siempre he tenido la impresión de que en su obra se abordan los problemas realmente importantes de la filosofía del Derecho, y de que las soluciones que él propone no tienen sólo la pretensión de ser correctas sino que, esencialmente, lo son”.

Hoy sigo creyendo, naturalmente, lo mismo. Las discrepancias a las que antes me he referido son, más bien, cuestiones de acento y quizás se deban, al menos en una buena medida, a mi afán por, continuando la obra de Alexy y de algunos otros autores, construir una teoría de la argumentación jurídica suficientemente amplia y que pueda contribuir de manera significativa a orientar la práctica efectiva de los juristas. Para ello, mi punto de partida ha consistido en elaborar un concepto de argumentación que permita articular las dimensiones formales, materiales y pragmáticas (retóricas y dialécticas) de los argumentos para, a partir de ahí, dar respuesta a las tres grandes cuestiones que el jurista tiene que afrontar en su práctica (en sus muy variadas prácticas: judiciales, forenses, legislativas, dogmáticas...): cómo entender y analizar una argumentación; cómo evaluarla; cómo argumentar (vid. Atienza 2006 y 2013). Dicho de otra manera, mi orientación en el estudio de la argumentación jurídica ha tenido, me parece, un propósito más pragmático que el que puede encontrarse en la obra de Alexy que, por lo demás, no es tampoco un ejemplo de “filosofía del Derecho de los filósofos” alejada de la práctica jurídica, y a la que antes hacía referencia. Al contrario, la obra de Alexy constituye uno de los casos más destacados y más interesantes de los últimos tiempos de lo que Bobbio entendía por “filosofía del Derecho de los juristas” y, en ese sentido, se inserta en la línea de los grandes iusfilósofos del siglo XX: Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart o el propio Norberto Bobbio.

Por lo demás, Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino son los tres principales representantes de lo que se ha venido en llamar teoría (neo)constitucionalista del Derecho, que tanta influencia está teniendo en los últimos tiempos en el mundo latino. Hay entre ellos algunas diferencias de acento y de presentación, pero me parece que la idea de fondo de los tres es la misma: la necesidad de construir una teoría del Derecho que dé cuenta tanto del elemento autoritativo como del

elemento valorativo del Derecho yendo, de esa manera, más allá del positivismo jurídico; un planteamiento con el que yo estoy plenamente de acuerdo. De las tres, la obra de Alexy es la que en mayor medida ha puesto el énfasis en la argumentación y, por ello, la que mejor refleja el "giro argumentativo" que ha caracterizado a la filosofía del Derecho de las últimas décadas.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (ed. orig. Theorie der juristischen Argumentation, 1978), CEC, Madrid.

-(1993), *Teoría de los derechos fundamentales* (ed. orig. Theorie der Grundrechte, 1986), CEC, Madrid.

- (2009), "Los principales elementos de mi filosofía del Derecho", en *Doxa*, 32.

-(2010) , "Legal Principles and the Construction of Constitutional Rights", ponencia presentada en el seminario celebrado en Tampere (Finlandia), en enero de 2010, dedicado a la discusión de la obra de Alexy.

Atienza, Manuel (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.

-(1994), "Robert Alexy: Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, 17.

-(2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

-(2009), "Laudatio", en *Doxa*, 32.

-(2001), "Entrevista a Robert Alexy", *Doxa*, 24

-(2012), "Dos versiones del constitucionalismo", en (varios autores), *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

(2013), *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

-(2014), "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del postpositivismo jurídico", en *Revista argentina de Teoría jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, J. (1991), "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, 10.

-(1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

Bobbio, Norberto (1980), "Naturaleza y función de la filosofía del Derecho", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.

Clerico, Laura (2009), *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (2012), "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en (varios autores), *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

García Amado, Juan Antonio (2006), "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en R. Sanín Restrepo (coordinador), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá .

Gianformaggio, Letizia (1987), *In difesa del silogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano.

Günther, Klaus, "A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification", en *Ratio Juris*, vol 2, nº 2.

Habermas, Jürgen (1987), *Teoría de la acción comunicativa* (ed. orig. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981), Taurus, Madrid.

-(1998), *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (ed. orig. Factizität und Geltung), Trotta, Madrid.

Lopera Mesa, Gloria (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, CEPC, Madrid.

MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.

-(2005), *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, Oxford.

Moreso, José Juan (2009), "Alexy y la aritmética de la ponderación", en R. Alexy et al., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Neumann, Ulfrid (1986), *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

Tuori, Kaarlo (1989), "Discourse Ethics and the Legitimacy of Law", en *Ratio Juris*, vol. 2, nº 2.

Vaz Ferreira, Carlos (1962), *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires.