

| ARTÍCULO

Democracia, argumentación e ideologías jurídicas***Democracy, Argumentation and Legal Ideologies**

José Manuel Cabra Apalategui
Áreade Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga

Fecha de recepción 31/03/2016 | De aceptación: 25/11/2016 | De publicación: 19/12/2016

RESUMEN.

Este trabajo analiza la relación de la democracia y la argumentación jurídica desde diversas perspectivas. En primer lugar, desde un punto de vista externo, que apunta al fundamento político y moral de las corrientes argumentativas dentro de la Filosofía del Derecho. En segundo lugar, aborda esta relación desde un punto de vista interno, analizando el papel del principio democrático en el marco de un modelo general de racionalidad argumentativa. Y, por último, pretende hacer una caracterización de las teorías/ideologías jurídicas en el contexto de la democracia constitucional.

PALABRAS CLAVE.

Democracia constitucional, argumentación jurídica, garantismo, principialismo, post-positivismo

ABSTRACT.

This paper analyzes from varied perspectives the relation between democracy and legal argumentation. First, from an external point of view, that points to the political and moral foundations of the argumentative currents of Philosophy of Law. Secondly, it approaches this relation from an internal point of view, inquiring into the rol of the democratic principle within a general model of argumentative rationlity. And, last, it pretends to characterize the various legal theories/ideologies in the context of constitucional democracy.

KEY WORDS.

Constituional democracy, legal argumentation, garantism, principalism, post-positivism

* Proyecto de investigación: "Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos" (DER2013-47662-C2-1-R) del Ministerio de Economía y Competitividad. Investigador principal: Dr. Juan Antonio García Amado.

Sumario: 1. El contexto filosófico-político de la argumentación jurídica. 2. El lugar del principio democrático en la argumentación jurídica. 3. Teorías e ideologías jurídicas en la democracia constitucional.

El tema que me propongo tratar aquí –la relación entre democracia y argumentación jurídica– es de tal amplitud que conviene comenzar haciendo alguna precisión, aunque me temo que, en cualquier caso, mis palabras adolecerán inevitablemente de cierta indeterminación. Cabría preguntarse, de entrada, “¿qué democracia?” o “¿qué argumentación?”, pues difícilmente cabe encontrar dos palabras más necesitadas de desambiguación. Espero, no obstante, que en el discurrir del texto estas cuestiones queden lo suficientemente precisadas, si bien no es mi propósito presentar una taxonomía de ninguno de los dos conceptos. Debo advertir, además, que no pretendo abordar la cuestión en un sentido primigenio que remita a los orígenes de la democracia como forma política; lo que aquí se diga quedará circunscrito al momento presente del debate iusfilosófico.

Sea como fuere, la asociación entre democracia y argumentación jurídica apunta ya a una cuestión esencial para comprender el marcado carácter argumentativo de la actual Filosofía del Derecho, a saber, su dimensión o fundamento filosófico-político e ideológica. Podríamos denominar esta perspectiva de la relación como el punto de vista externo.

A su vez, la cuestión de la democracia y la argumentación jurídica es susceptible de ser planteada desde un punto de vista interno, es decir, preguntándonos por el papel del principio democrático dentro de los modelos generales de racionalidad argumentativa.

Una de las tesis que voy a mantener en este trabajo es que si bien el contexto filosófico político, y particularmente una determinada concepción de la legitimidad –la racional-democrática– ha favorecido el desarrollo del enfoque argumentativo del Derecho, la integración del principio democrático en los modelos de racionalidad argumentativa no ha sido homogénea, ni siquiera en el marco de un mismo modelo de racionalidad, como la racionalidad discursiva, lo que intentaré ilustrar comparando las tesis de Jürgen Habermas y Robert Alexy.

Por último, cabría sostener que la democracia constitucional ha obligado a matizar –si no a redefinir– el mapa de las ideologías jurídicas. La mayoría de las teorías de la

argumentación y planteamientos afines, como los del propio Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino o Manuel Atienza responden a una concepción iusmoralista-principialista. Además de sus afinidades en el plano de la teoría de la norma, es característico de esta corriente una concepción de la racionalidad jurídica que supone algún modo de objetivismo ético. Por otro lado, podemos identificar un frente positivista-garantista, en el que podríamos incluir a autores como Luigi Ferrajoli o Juan Antonio García Amado, cuyas discrepancias declaradas no sólo alcanzan al objetivismo ético, como veremos más adelante. Mi tesis en esta última parte es que aquello que separa a ambas ideologías no es tanto una diferencia radical acerca del concepto de razón práctica, sino que obedece, más bien, a su articulación como racionalidad jurídica.

1. El contexto filosófico-político de la argumentación jurídica.

Creo que podemos estar de acuerdo en que el enfoque argumentativo que caracteriza hoy el programa de investigación de la Filosofía del Derecho –que ha recibido la denominación, no exenta de ambigüedad, de “constitucionalismo” o “neoconstitucionalismo”– no es el producto únicamente de un giro *teórico* en la Filosofía del Derecho a partir del último tercio del siglo pasado, sino que –como por otra parte ocurre

siempre, pero quizás en este caso con mayor intensidad– responde también a factores *filosófico-políticos*.

Ciertamente, las teorías del Derecho dominantes durante la primera mitad del siglo habían desatendido los aspectos prácticos del Derecho. El caso paradigmático es Kelsen. En Kelsen concurren, por un lado, un programa de investigación heredado del Derecho público alemán, que determina su enfoque estatalista del orden jurídico, y, por otro, el relativismo axiológico imperante en el ambiente filosófico de la época, que le lleva a desterrar cualquier cuestión no susceptible de ser abordada científicamente según el modelo de ciencia positivista. Se da, por tanto, en su obra un absoluto predominio de los aspectos estructurales del Derecho frente a los funcionales. De ahí su escaso interés por la interpretación y mucho menos por la justificación jurídica en todo aquello que tenga que ver con la razón práctica.

Igualmente representativa en este sentido es la discusión sobre la posibilidad de una lógica deontica en los términos que los plantea el llamado “dilema de Jørgensen”, esto es, el problema trascendental acerca de la validez de los principios y reglas de inferencia de la lógica deductiva en los razonamientos prácticos¹.

¹ Sobre el carácter trascendental de esta cuestión, vid. González Lagier, D.; *Acción y norma en G. H. von Wright*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 508-9.

Este panorama teórico va a cambiar drásticamente con la aparición de las teorías de la argumentación jurídica y otros planteamientos afines, que van a destacar la naturaleza práctica de los problemas jurídicos y la necesidad de que las soluciones que el Derecho ofrezca para tales problemas sean aceptables. Como explica Perelman, en tanto que problemas de carácter práctico, los problemas jurídicos no son susceptibles de una solución demostrativa, necesaria y evidente, sino que sólo son susceptibles de una solución argumentativa, es decir, y según el caso, verosímil, plausible o probable². Así, la noción de *acuerdo* o *consenso* vendría a sustituir a la verdad como criterio de validez de las pretensiones y decisiones realizadas en el contexto jurídico.

Es el propio Perelman quien nos advierte de la dimensión política del consenso: “[e]n una sociedad democrática –dice Perelman–, es imposible mantener la visión positivista según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción”³. Que la eficacia del Derecho quede

supeditada en parte a la aceptación del derecho es síntoma de la evolución que en el mundo occidental ha experimentado el concepto de *legitimidad*⁴. La legitimidad, entendida como el título en virtud del cual se detenta y ejerce el poder, es, en las sociedades contemporáneas, una legitimidad racional-democrática. La legitimidad ya no puede fundarse en la *tradicción*, que, cuando no está bajo sospecha, apenas puede generar a favor de tal o cual institución o pauta de comportamiento una débil presunción de racionalidad con un fundamento evolutivo (“si ha llegado hasta nuestros días...”, “si ha sido así hasta hoy...”). Y tampoco puede hacerlo en la *autoridad*, hasta el punto incluso de que el propio principio de representatividad empieza a dar muestras de agotamiento, como manifiesta el hecho de que la llamada legitimidad de *origen* pierda terreno frente a la legitimidad de *ejercicio*: no sólo se exige que el político o el funcionario accedan a su posición mediante los cauces legalmente establecidos, sino que se exige igualmente que puedan justificar el ejercicio de sus poderes mediante razones y argumentos. Únicamente una justificación de las decisiones basada en argumentos está implícitamente abierta al control intersubjetivo y a la discusión racional.

Se ha dicho, en este sentido, que la argumentación jurídica conecta con el “sentido

² Perelman, Ch. / Olbrechts-Tyteca, L. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* (trad. J. Sevilla Muñoz), Madrid, Gredos, 1989, p. 30.

³ Perelman, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas, 1979, p. 231.

⁴ Atienza, M. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 17.

profundo” de la democracia⁵. Se trata, en todo caso, de una relación recíproca, pues si el concepto de legitimidad democrática condiciona los procedimientos de creación y aplicación de normas, aumentando las exigencias de fundamentación, en no menos medida ha influido la teoría de la argumentación racional en el desarrollo del propio concepto de democracia⁶. A la concepción liberal, basada en los principios de la mayoría –agregado de preferencias dadas– y la representación política –sometida a cierto grado de control por parte de los representados–, se le contrapone hoy día una concepción deliberativa de la democracia que pone el foco en los procesos argumentativos de intercambios de razones orientados al consenso. Se trata, por tanto, de una concepción que presupone que es posible la formación racional de la opinión y la voluntad política, la cual no es ya sólo un dato con valor sociológico, sino también –dicen sus defensores– un dato con valor epistémico desde el punto de vista moral⁷. Con ello se opera la transformación

de nuestra concepción del poder y de lo político, que se perciben ahora como espacios públicos para la deliberación acerca de los asuntos que afectan a la colectividad.

Un reflejo de este proceso de democratización de la autoridad en el ámbito estrictamente jurídico es la exigencia de motivación de las decisiones judiciales⁸. La motivación de las decisiones cumple una doble función, interna y externa. La función interna o, por decirlo con las palabras de Taruffo, “endoprocesal” de la motivación permite a las partes conocer las razones que fundan la decisión judicial y, en su caso, impugnar la sentencia ante una instancia superior. La motivación en este sentido interno está orientada, no tanto a evitar la arbitrariedad del poder judicial, como a evitar la indefensión de las partes en el proceso. La función externa o “extraprocesal” de la motivación –una motivación, por cierto, notablemente más intensa respecto de los órganos judiciales, que respecto de los órganos de la administración– tiene un carácter eminentemente político y responde a la posibilidad de control social de los poderes públicos.

Y es precisamente en relación a este control racional del ejercicio del poder donde

⁵ Atienza, M. “Argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, E. / Laporta, F. J. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta / C.S.I.C. / B.O. E., 1996, pp. 231-238, cita en pp. 231-2.

⁶ Aarnio, A. “Democracia y discurso racional”, en *Derecho, Racionalidad y Comunicación. Ensayos sobre Filosofía del Derecho* (trad. P. Larrañaga), México D.F., Fontamara, 1995, pp. 69-80.

⁷ Nino, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. R. P. Saba), Barcelona, Gedisa, 1997; Habermas, J.; *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.

⁸ Bergholtz, G. “Ratio et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas” (trad. Josep Aguiló), *Doxa* 8 (1990), pp. 75-85; Taruffo, M. *La motivación de la sentencia civil* (trad. L. Córdova Vianello), Madrid, Trotta/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, pp. 293 y ss.

juegan, o donde deberían jugar, un papel *políticamente* relevante las teorías de la argumentación jurídica. El control racional de la actividad judicial requiere el desarrollo de instrumentos que hagan posible el análisis y posterior evaluación de los argumentos, inferencias y, en general, los razonamientos efectivamente utilizados por jueces y tribunales. Sin negar el valor teórico que pueda atribuirse a, por ejemplo, la “tesis del caso especial” –y sin entrar a enjuiciar sus consecuencias normativas–, me parece que la mejor aportación que las teorías sobre el razonamiento jurídico pueden hacer a la democracia tiene que ver más con su vertiente *metodológica* (o analítico-normativa) que con su vertiente *teórica*. Lo que cabe exigirle a una teoría del razonamiento jurídico para poder llevar a cabo esta función de control son cosas como las siguientes:

1) Una clasificación de los distintos argumentos según sea su función dentro del razonamiento jurídico. Bajo la imprecisa denominación de “argumentos jurídicos” se suele englobar un conjunto heterogéneo de elementos que contiene argumentos interpretativos en sentido estricto, pero también reglas de la interpretación y formas lógicas de argumento⁹.

⁹ Sobre la distinción entre argumentos interpretativos, reglas de la interpretación y formas de argumento, Alexy, R. “Juristische Interpretation”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, pp. 71-93; Chiassoni, P. *Técnicas de*

Este uso ambiguo de la palabra “argumento” en el contexto jurídico es manifiesta cuando hablamos indistintamente de, por ejemplo, argumentos semánticos, argumentos *ad absurdum* o argumentos *a contrario*, como si los tres pertenecieran a una misma categoría o se movieran en el mismo nivel de discurso, cuando no es así. El argumento semántico es un argumento interpretativo en sentido estricto, esto es, tiene una eficacia hermenéutica inmediata y permite justificar una atribución de significado a una disposición normativa; el argumento *ad absurdum*, en cambio, es una regla de la interpretación, concretamente, una regla negativa o inhibitoria que excluye alguna de las alternativas de interpretación de que es susceptible una norma; y, por último, el argumento *a contrario* no es ni un argumento interpretativo en sentido estricto, ni una regla de la argumentación, sino una forma de inferencia que permite obtener una norma –de la que se dice, estaba implícita en el ordenamiento– a partir de otra norma, esto es, a partir de una disposición normativa ya interpretada.

interpretación jurídica. Breviario para juristas (trad. Maribel Narváez Mora y Pau Luque Sánchez), Madrid, Marcial Pons, 2011; García Amado, J. A.; “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”, en Zuluaga Gil, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Cali, Pontificia Universidad Javeriana / Librería Jurídica Sánchez, 2004, pp. 13-27; Wróblewski, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. Arantxa Azurza, rev. Juan Igartua Salaverria), Madrid, Civitas, 1985; Id. *Sentido y hecho en el derecho* (trad. Juan Igartua Salaverria, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas et al.), San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989; Id. *The Judicial Application of Law* (ed. Zenon Bankowski / Neil MacCormick), Dordrecht, Kluwer, 1992.

2) Establecer el correcto uso de los distintos argumentos interpretativos en sentido estricto¹⁰, indicando qué premisas deben ser explicitadas, fundamentadas y de qué manera.

3) Un análisis estructural de las formas de argumento más frecuentemente utilizadas por los juristas, mostrando qué premisas son necesarias para que esos argumentos sean inferencias lógicamente válidas, es decir, para que satisfagan el “requisito de saturación”¹¹. Por ejemplo, como señala Klug en su *Lógica Jurídica*¹², para que el argumento *a contrario* sea un inferencia lógica válida, la relación del antecedente y el consecuente de la norma debe ser de implicación recíproca, esto es, que el antecedente debe ser condición necesaria y suficiente del consecuente. Esto implica, por otra parte, que el argumento *a contrario*, cuando es un argumento lógicamente válido, no es un argumento creativo; simplemente permite inferir las consecuencias lógicas de la interpretación de una disposición normativa.

¹⁰ Por otra parte, no está claro qué argumentos integran la nómina de argumentos interpretativos en sentido estricto. Si bien parece evidente que los llamados argumentos sistemáticos no están en ella, plantea no pocas dudas el argumento teleológico que, especialmente en su variante subjetiva, resulta tributaria de los argumentos genéticos, y en términos generales puede pensarse como una meta-regla de la interpretación.

¹¹ Alexy denomina *requisito de saturación* a la exigencia de que los razonamientos expliciten las premisas propias de cada forma de argumento; vid. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 229 y 236.

¹² Klug, U.; *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Bogotá, Temis, 2004, pp. 176 y ss.

4) El desarrollo de pautas de argumentación racional sobre hechos.

5) El estudio de aspectos heurísticos (los llamados sesgos cognitivos) que condicionan el razonamiento y conducen a conclusiones erróneas o falaces.

No debe resultar curioso, sin embargo, que los autores más escorados hacia la concepción argumentativa del Derecho sugieran que la formación de los jueces y tribunales debe orientarse no tanto a este tipo de cuestiones metodológicas, sino a los saberes en filosofía moral y política¹³. Paradójicamente, una vez que la concepción argumentativa del Derecho ha insertado la praxis jurídica (y en especial la judicial) dentro de los modelos generales de racionalidad argumentativa, la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica apenas si se ha ocupado de estas cuestiones; sus intereses, salvo contadas excepciones, han apuntado hacia la filosofía y a cuestiones relativas al modelo general de racionalidad. En este sentido, las aportaciones de la teoría de la argumentación

¹³ Un ejemplo: “Desde el punto de vista de los jueces, la asunción de este planteamiento que inscribe resueltamente el discurso jurídico en el más amplio discurso práctico general les debería llevar a considerar la ampliación del horizonte de sus conocimientos y concebir el derecho como algo más que una técnica sofisticada de control social. Es de imaginar que esto exigiría de los jueces asumir un compromiso virtuoso con el ordenamiento y adquirir mayor familiaridad con la filosofía moral y política” (García Figueroa, A. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 247-271, cita en p. 270).

jurídica a la función de control no sólo son discutibles, sino que, como se ha puesto de manifiesto en no pocas ocasiones, pareciera que cumplen precisamente la función contraria, esto es, la de legitimación de la actividad judicial¹⁴. Un caso paradigmático es el de la teoría de los principios y su correlato metodológico, la ponderación. Tanto la una como la otra, hacen posible un activismo judicial de muy difícil control, que, además, puede presentarse con el marchamo de racionalidad y objetividad.

Como sugiere García Amado, este abandono del proyecto argumentativo obedece a la absorción de la dimensión metodológica por el objetivismo moral que, articulado generalmente a través de alguna variante de la teoría jurídica principialista, acaba proporcionando criterios definitivos de decisión para los casos difíciles. Esta combinación de metaética y argumentación jurídica desplaza el foco de atención, de manera que “ya sólo van a importar destacadamente los casos *moralmente* difíciles”¹⁵. Cuando se trata de casos *técnicamente* difíciles, que afectan a la interpretación de las normas o a la valoración de

la prueba, disminuye el interés de la teoría de la argumentación.

Precisamente esta moralización de la argumentación jurídica da entrada a la perspectiva interna a la que me he referido al comienzo, esto es, la inserción del principio democrático en la argumentación jurídica. Si hasta el momento hemos visto cómo la evolución de la Filosofía del Derecho hacia un enfoque argumentativo discurre paralelamente, al menos en parte, a la consolidación de una concepción racional-democrática de legitimidad, a continuación abordaré la cuestión desde el punto de vista interno de los modelos generales de racionalidad argumentativa, identificando el lugar del principio democrático en el razonamiento jurídico y, especialmente, su relación con los criterios de validez moral.

2. El lugar del principio democrático en la argumentación jurídica.

De todos los enfoques posibles, aquí abordaré la cuestión desde la perspectiva de la teoría del discurso. En este apartado se presentarán dos modos distintos de recepción del principio democrático en el marco de una concepción general de racionalidad como es el de la racionalidad discursiva. El primer modelo (Habermas) refleja una estrategia de fragmentación del discurso práctico, que intenta

¹⁴ Algo que fue advertido en los comienzos de la teoría de la argumentación jurídica por Ernst Tugendhat (“Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht”, *ARSP, Beiheft* 14 (1980), pp. 1-20).

¹⁵ García Amado, J. A. “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, *Doxa* 33 (2010), pp. 441-450, cita en p. 448.

configurar el principio democrático como criterio de validez autónomo, desvinculado del principio moral de universalidad. En la medida en que, como veremos, el principio democrático hace referencia únicamente a las condiciones de participación en el procedimiento de fundamentación de las normas, la noción de legitimidad democrática es en este modelo una noción procedimental en sentido estricto. El segundo (Alexy), en cambio, responde al principio de unidad de razonamiento práctico¹⁶, de manera que la noción de legitimidad democrática no opera como criterio de validez definitivo, quedando supeditada a una valoración moral sustantiva.

(i) En *Facticidad y Validez* y otros escritos coetáneos¹⁷, Habermas hace un intento de explicar la validez jurídica sin que ésta se solape o dependa de la validez moral. Habermas sostiene que el “deber” contenido en el interrogante

práctico –¿qué debo hacer?– mantiene un sentido inespecífico en tanto no se determine el punto de vista práctico (moral, político o jurídico) desde el que se debe resolver. Todos los puntos de vista responden a un mismo principio abstracto de fundamentación, que no es otro que el *principio del discurso* (D). Según este principio, son válidas aquellas normas capaces de suscitar la adhesión en un discurso racional de todos los afectados por ellas. Con ello, sólo se expresa un criterio general de fundamentación imparcial de cualquier tipo de normas: el asentimiento en un discurso racional. Nada se dice, sin embargo, de los criterios específicos de validez para *cada* tipo de normas. En este sentido, el principio del discurso conserva aún un carácter previo y neutral. Así, una afirmación del tipo: “la norma N está justificada” es un enunciado que comporta cierta ambigüedad, pues no especifica el sentido práctico específico de esa justificación.

No voy a aventurarme a hacer una tipología de cuáles sean todos los sentidos prácticos en los que el principio del discurso puede concretarse (algo que, por otra parte, tampoco está del todo claro en la obra de Habermas¹⁸). Para lo que aquí interesa, basta la diferenciación entre un sentido moral y un sentido

¹⁶ Sobre el principio de unidad de razonamiento práctico, véase, entre otros muchos, Guarinoni, R. V. “Juridical Norms and the Unity of Practical Reasoning”, *ARSP*, Beiheft 91 (2004), pp. 50-59; Nino, C. S. *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 64 y ss.; Raz, J.; “The moral point of view”, en Id. *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 247-272; Redondo, M. C.; *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996; Id. “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa* 21, vol. II (1998), pp. 355-370; Id. “La justificación de las decisiones judiciales”, *Isegoría* 21 (1999), pp. 149-163.

¹⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*, op. cit.; “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, en Id. *Aclaraciones a la ética del discurso* (trad. J. Mardomingo), Madrid, Trotta, 2000, pp. 109-126; “Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos”, en Id. *Entre naturalismo y religión* (trad. P. Fabra), Barcelona, Paidós, 2006, pp. 83-103.

¹⁸ Véase en este sentido Kettner, M.; “Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik”, en Wüsthube, A. (Hrsg.) *Pragmatische Rationalitätstheorien. Studies in Pragmatism, Idealism and Philosophy of Mind*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1995, pp. 85-111, especialmente, p. 93.

jurídico del principio discursivo, representados, respectivamente, por el *principio moral* y por el *principio democrático*.

La diferencia entre ambos reside en que mientras el principio moral introduce una regla de la argumentación y, con ello, un estándar de validez epistémico, al establecer que la justificación de las normas en un discurso moral pasa por que éstas consideren “los intereses de todos”, el principio democrático fija el procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, esto es, nos dice únicamente cómo debe institucionalizarse el proceso de formación racional de la voluntad política, estableciendo un sistema de derechos que garantice la igual participación de todos, pero el principio democrático no define una regla de la argumentación específica que pueda funcionar como estándar de validez¹⁹. Antes bien, el discurso jurídico de producción de normas está plenamente abierto a todo tipo de fundamentaciones a fin de “agotar el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su

amplitud”²⁰. La compleja naturaleza de los problemas jurídicos, que en las sociedades modernas abarca la totalidad de la vida colectiva, excede la estrecha y muy exigente perspectiva de la validez moral basada en el principio de universalización.

En definitiva, el principio moral opera en la estructura interna de un determinado discurso de fundamentación, mientras que el principio democrático se refiere a la estructura externa, a las condiciones de participación en el procedimiento. Podría decirse, entonces, que el principio democrático, en tanto que no establece una regla de la argumentación específica, es un principio *procedimental puro* en el sentido de Rawls²¹. El principio moral, en cambio, al incorporar en la regla de la argumentación un estándar de validez, a saber, que las normas vayan en interés de todos, puede –y, en mi opinión, debe– ser interpretado en un sentido realista, de manera que el discurso moral es un procedimiento de justificación de la corrección moral, pero no el significado de la corrección moral, que consiste

¹⁹ Lafont, C. *The Linguistic Turn in the Hermeneutic Philosophy*, Cambridge (Mass.): MIT Press, 1999; Id. “Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics”, *Philosophy and Social Criticism* 29 (2003), pp. 163-181; Id. “Law, Normativity and Legitimacy. Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en Berteau, S. / Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford / Portland, Hart, 2011, pp. 229-245; Id. “Correctness and Legitimacy in the Discourse Theory of Law”, en Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 291-306.

²⁰ Habermas, J. “Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos”, op. cit, p. 99.

²¹ “Un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado; ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo. Está claro que no podemos decir de un estado de cosas particular que es justo porque pudo haberse obtenido siguiendo un procedimiento imparcial. (...) Un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado sólo cuando es efectivamente observado” (Rawls, J. *Teoría de la justicia* (trad. María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1971, cita en p. 109).

en que, en efecto, la norma vaya en interés de todos.

El Derecho queda así diferenciado de la Moral como un contexto distinto de fundamentación. Esta diferenciación obedece a un argumento funcional poco discutible: el Derecho viene a complementar a la Moral, descargando al sujeto de las exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas que implica la puesta en práctica del saber moral. De ahí que Habermas muestre un especial preocupación por la cuestión de la seguridad jurídica al abordar los problemas de indeterminación del Derecho. En todo caso, al asumir la distinción que señalara Klaus Günther entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación de las normas²², Habermas mantiene la distinción entre el nivel legislativo, en el que rige el principio democrático, y el nivel jurisdiccional, en el que rige el principio de adecuación, que opera en términos de coherencia normativa en un sentido similar a como lo hace el especificacionismo²³. Se pretende, así, salvaguardar la autonomía del principio democrático como criterio de validez frente al principio moral.

(ii) El segundo modelo de integración es el de la unidad de razonamiento práctico. Alexy, al igual que Habermas, concibe los procedimientos democrático y judicial como la institucionalización de la razón práctica, en la medida que dichos procedimientos reproducen las condiciones de la racionalidad comunicativa, especialmente los derechos de participación. Estos discursos aparecen intercalados en el mundo jurídico entre otros discursos no institucionalizados o, al menos, no concluyentes, como el discurso práctico general y el discurso de la dogmática jurídica. Los procedimientos legislativo y judicial incorporan reglas de decisión (principio de mayorías, competencia para fallar en primera instancia de los órganos unipersonales) que ponen fin a uno discursos potencialmente infinitos²⁴.

Ahora bien, Alexy concibe el discurso jurídico de aplicación de normas como un caso especial del discurso práctico general. Ello significa, por un lado, que el juez o funcionario está sujeto a las fuentes jurídicos a la hora de fundamentar sus decisiones, esto es, a la ley, a los precedentes judiciales y a las construcciones dogmáticas paradigmáticas; pero significa, también, que pueden suscitarse problemas desde cualquier punto de vista práctico –pragmático,

²² Günther, K. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988.

²³ Günther, K. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” (trad. Juan Carlos Velasco), *Doxa* 17-18 (1995), pp. 271-302.

²⁴ Alexy, R. “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems”. *ARSP*. Beiheft 44 (1991), pp. 30-44.

ético, moral²⁵– y que, en última instancia, la justificación jurídica depende de razones morales²⁶.

Desde esta perspectiva, el principio democrático no opera como criterio de validez de reglas y principios susceptibles de fundamentar una decisión judicial, sino que es problematizado en el discurso de aplicación, es decir, cuenta como una razón más a considerar en el balance de razones del que depende la decisión final. Esto se ve claramente al analizar los argumentos interpretativos que pueden fundamentar una u otra interpretación de una disposición normativa. Alexy establece una escala jerárquica entre los distintos argumentos en función de los valores o principios jurídico-políticos que realiza cada argumento. De este modo, los argumentos lingüísticos prevalecen sobre los genéticos y éstos, a su vez, sobre los sistemáticos. Tanto los argumentos lingüísticos como los genéticos tienen a su favor el principio democrático, en tanto que

se refieren directamente a lo dicho o querido por la autoridad legítima. Esta jerarquía, no obstante, tiene un carácter *prima facie*, en tanto no concurren razones prácticas –y, particularmente, morales– que inviertan estas relaciones de precedencia²⁷.

Algo similar ocurre cuando afirma que las reglas y principios tienen distinto carácter *prima facie*. Aunque suele atribuirse un carácter definitivo a las reglas, lo que debe entenderse como que son aplicables si se confirma el supuesto de hecho abstracto, no podemos descartar la introducción de excepciones a la regla, al menos –dice Alexy– para aquellas reglas sobre las que no exista una prohibición expresa de introducción de excepciones por vía jurisprudencia. Y, de hecho, no podemos delimitar ni enumerar a priori las circunstancias en las que la podrán introducirse estas excepciones. Lo que no está claro, por cierto, es el estatus, definitivo o no, de esas normas que prohíben la introducción de excepciones a la regla, ¿son también ellas mismas susceptibles de incorporar una excepción? Una interpretación coherente con la concepción discursiva de la razón práctica nos dice que sí lo son.

Sea como fuere, las reglas –todas o algunas– pierden su carácter definitivo, aunque no se equiparan directamente a los principios. Un

²⁵ Esta referencia genérica a la presencia de argumentos prácticos en el discurso jurídico presenta como una misma cosa lo que en realidad son dos modos de apertura del discurso jurídico. Así, la presencia de argumentos pragmáticos en el discurso jurídico es incuestionable, sea cual sea la ideología jurídica que se defienda, si pensamos, por ejemplo, en la necesidad de argumentar teleológicamente cuando estamos ante una norma de fin, que obliga a alcanzar un estado de cosas, pero no establece un medio específico para hacerlo. Pero esto es muy distinto a cuestionar por razones morales una decisión que aplica una norma válida siguiendo su tenor literal. En el primer caso, estamos ante una apertura *funcional* u *operativa* del discurso jurídico; en el segundo caso, se trata de una apertura *valorativa*.

²⁶ Alexy, R. “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris* 12 (1999), pp. 374-384, aquí p. 379.

²⁷ Alexy, R. “Juristische Interpretation”, op. cit., p. 90 y ss.; Id. *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 239 y ss.

principio es derrotado cuando en el caso particular que debe decidirse simplemente concurre un principio de más peso. Sin embargo, en el caso de las reglas, no basta con que el principio concurrente pese más que el principio subyacente a la regla, sino que, en deben pesarse también los llamados *principios formales*, entre los que se encuentra el principio de obediencia a las reglas creadas por la autoridad legítima²⁸. En este segundo modelo, la normatividad del Derecho depende directamente de su consideración moral, en la que la legitimidad democrática es sólo un ingrediente más; importante, pero no definitivo. En esto consiste lo que Alexy llama la doble naturaleza del Derecho²⁹. El principio que rige en los discursos de aplicación de normas no es, pues, el de adecuación, sino el de justificación³⁰, articulado en una regla de la argumentación que exige que las decisiones jurídicas puedan satisfacer simultáneamente ambas dimensiones del Derecho, la real y la ideal. En otras palabras, que sea razonable. Se trata, en mi opinión, al igual que

en el caso del principio moral, de un principio no puramente procedimental, pues presupone un criterio no epistémico de corrección jurídica: la razonabilidad, entendida como el resultado de la ponderación de las dimensiones real e ideal del Derecho³¹.

3. Teorías e ideologías jurídicas en la democracia constitucional.

La recepción del principio democrático por la teoría de la argumentación jurídica en el marco de la democracia constitucional tiene implicaciones mucho más profundas que las señaladas hasta este punto. La principal característica de la democracia constitucional –a los efectos que aquí interesan– es la sujeción del legislador a las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales. Esta relación de jerarquía entre los contenidos constitucionales y el resto del ordenamiento jurídico, así como la pretendida nueva fisonomía de las normas constitucionales no sólo tiene consecuencias para la teoría del derecho –de hecho, ha dado lugar a toda una nueva teoría de la norma jurídica sobre el concepto de los “principios” y, correlativamente, del razonamiento jurídico adecuado a este tipo de

²⁸ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 98 y ss; Id. “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), pp. 511-524.

²⁹ Alexy, R. “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris* 23 (2010), pp. 167-182.

³⁰ Sobre la discusión de Alexy con Klaus Günther acerca de la caracterización por parte de este último del discurso jurídico como un caso especial del discurso moral de aplicación, véase Alexy, R. “Normenbegründung und Normenanwendung”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, pp. 52-70.

³¹ Alexy, R. “The Reasonableness of Law”, en en Bongiovani, G. / Sartor, G. / Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, Springer, 2009, pp. 3-15.

normas–, sino que tiene también consecuencias ideológicas, que entran en tensión con los principios del Estado de derecho, especialmente, la separación de poderes y la legitimidad democrática.

Por un lado, el llamado “efecto irradiación” de las normas constitucionales, al ampliar la extensión de la relevancia jurídica potencialmente a casi cualquier circunstancia que pueda vincularse explícita o implícitamente con el supuesto de hecho de una norma constitucional, parece limitar –si es que no, directamente, vaciar de contenido– al poder legislativo. En los planteamiento más radicales, esta relevancia se extiende incluso a los principios no constitucionales, esto es, a cualquier principio moral que pueda incorporarse por vía argumentativa al discurso jurídico. El modo de proceder no es otro que el de presentar la solución establecida en la norma infraconstitucional como un caso de laguna axiológica. Como es sabido, esto no significa la ausencia de una respuesta determinada por parte del ordenamiento, sino de una respuesta adecuada una vez consideradas todas las propiedades relevantes³², esto es, todas las propiedades moralmente relevantes a la luz de una norma constitucional (o, en su caso, un principio moral extrajurídico). De este modo, las

normas infraconstitucionales están siempre sujetas a excepciones que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano³³.

Por otro lado, la concepción de los derechos como normas que expresan mandatos de optimización o como meros argumentos “de peso”, por decirlo con dos denominaciones bien reconocibles, expone los derechos a las contingencias políticas, debilitando, por vía argumentativa, la rigidez constitucional y las garantías de los mismos.

En el panorama teórico e ideológico resultante de los debates surgidos sobre estas cuestiones, creo que podemos distinguir tres posiciones fundamentales: (i) positivismo garantista; (ii) positivismo principalista; y (iii) post-positivismo o iusmoralismo³⁴.

(i) El *positivismo garantista* se caracteriza por atribuir un alto grado de rigidez a las normas jurídico positivas en todos los niveles del ordenamiento. Las razones o argumentos en que

³² Alchourrón, C. / Bulygin, E.; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002⁴, pp. 159 y ss.

³³ Como apunta Juan Carlos Bayón, cuando hablamos de excepciones a la norma que no pueden identificarse de antemano, no se está haciendo referencia a un problema de vaguedad, esto es, a no poder determinar de antemano la extensión completa de las excepciones de la norma; la afirmación de que una norma es derrotable supone afirmar “que ni siquiera es posible identificar de antemano en su totalidad el conjunto de circunstancias *genéricas* que constituirían sus excepciones”, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 263-309, cita en p. 294.

³⁴ Esta clasificación tripartita no es un trasunto de aquella otra que distingue entre positivismo excluyente, positivismo incluyente y no-positivismo. Las denominaciones utilizadas aquí pretenden poner de relieve la dimensión ideológica del debate en el marco de la democracia constitucional.

se sustenta esta posición son tanto teóricas como normativas.

Desde el punto de vista teórico, el positivismo garantista cuestiona la teoría principialista de la norma jurídica, dominante en el paradigma constitucionalista, así como la ponderación como procedimiento de aplicación de normas y, especialmente, de los principios jurídicos³⁵.

En primer lugar, el positivismo garantista pone en cuestión la distinción estructural entre reglas y principios, ya sea entendiendo éstos como mandatos de optimización³⁶ o como normas con una condición de aplicación abierta³⁷. La equiparación de toda norma constitucional o toda norma relativa a derechos y libertades fundamentales con los principios resulta disolvente respecto de categorías dogmáticas más adecuadas para dar cuenta de las normas constitucionales. Así, por ejemplo, Ferrajoli habla

de principios *regulativos*, que representan expectativas específicas y determinadas, estableciendo auténticas prohibiciones de lesionar u obligaciones de realizar una prestación, y principios *directivos*, menos numerosos y relativamente marginales, que, en efecto, carecen de supuesto de hecho en la medida en que no es concebible su inobservancia o ésta no es determinable si no es mediante una valoración acerca del grado de realización del fin o estado de cosas que ordena³⁸.

En segundo lugar, el positivismo garantista defiende una concepción más interpretativa que argumentativa o ponderativa, más atomista que holista, en definitiva, más legalista que moralista. Desde el punto de vista empírico, se pone en cuestión el rendimiento explicativo de la ponderación como procedimiento de aplicación de las normas constitucionales; en otras palabras, en la práctica, los jueces ponderan menos –e interpretan más– de lo que los teóricos del Derecho iusmoralistas dicen.

Sin dejar de reconocer la validez de la llamada “interpretación conforme” o, como acabamos de ver, la aplicación directa de las normas constitucionales cuando estas establecen claramente una libertad que debe ser protegida, el

³⁵ En este punto, es necesario precisar que la tesis según la cual existe un vínculo conceptual entre los principios y la ponderación y, por tanto, que el principio de proporcionalidad constituye el único método racional para establecer una relación de precedencia entre principios en conflicto, no es unánime en la doctrina; vid, entre otros, Martínez Zorrilla, D. “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 86 (2009), pp. 119-144; Mendonca, D.; *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003; Moreso, J. J.; “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, *Ratio Juris* 25 (2012), pp. 31-46.

³⁶ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit.

³⁷ Atienza, M. / Ruiz Manero, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004²; Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. Marina Gascón Abellán), Madrid, Trotta, 1997².

³⁸ Ferrajoli, L. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa* 34 (2011), pp. 15-53, aquí pp. 37-8.

llamado efecto irradiación no puede servir para que el poder judicial sustituya virtualmente al poder legislativo. La sede adecuada para la ponderación de los principios constitucionales, para introducir garantías a los derechos constitucionales o la resolución de antinomias constitucionales es el proceso legislativo. Los posibles conflictos “contextuales” entre una norma infraconstitucional y un principio constitucional, es decir, los conflictos que se producen bajo determinadas circunstancias no contempladas en los supuestos de hecho de las normas implicadas, no deben ser materia que se confíe al activismo judicial. Y ello por razones normativas.

El recurso a la ponderación y la consiguiente derrotabilidad de las normas tiene consecuencias nefastas para el Derecho como sistema de garantías de derechos y libertades. Las normas que fijan claramente sus condiciones de aplicación, incluidas aquellas que establecen límites o barreras a las limitaciones de derechos, adquieren un carácter provisional, incompleto, quedando sometidas a una cláusula de excepción del tipo “salvo que en las circunstancias del caso haya razón suficiente para que resulte aplicable la consecuencia jurídica establecida en otra norma o principio”³⁹.

Igualmente, la concepción principialista de las normas constitucionales parece conceder al legislador ordinario la capacidad de disposición sobre el contenido de éstas, siempre que pueda justificarlo desde el punto de vista utilitarista que permite el principio de proporcionalidad. Sin embargo, teorías alternativas, como la del contenido esencial de los derechos, no admitirían una justificación de este tipo, sino una justificación en términos únicamente deontológicos⁴⁰.

El positivismo garantista aboga por el máximo respeto de los principios formales del Derecho, entre los que los hay de carácter moral, de carácter político y de carácter epistemológico, tales como la seguridad jurídica, la legitimidad democrática, la igualdad de trato, la reducción de la complejidad y de los costes de oportunidad, o la presunta superioridad epistémica del legislador.

La manifiesta desconfianza hacia al activismo judicial puede explicarse, desde luego, por el escepticismo ético de estos autores. Ahora bien, me parece que este escepticismo es más de índole pragmática que conceptual, y, más que fundarse en un rechazo nihilista de la razón práctica, se manifiesta sobre todo respecto de los operadores jurídicos reales. Por supuesto, desde una perspectiva garantista, algunas normas no son

Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Lima/Bogotá, Palestra/Temis, 2012, pp. 39-85, cita en p. 66.

³⁹ García Amado, J. A. “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en Manuel Atienza/ Juan Antonio García

⁴⁰ Ferrajoli, L. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, op. cit., p. 46.

susceptibles de incorporar excepción alguna mediante el recurso a la ponderación; tendrían un carácter definitivo y funcionarían como razón excluyente en el razonamiento jurídico. Ello exigiría su aplicación siempre que concurriesen las circunstancias contenidas en el supuesto de hecho de la norma, incluso cuando concurriesen otras circunstancias o razones que pudieran justificar apartarse de la norma *all things considered*. Juan Carlos Bayón ha calificado esta actitud como “irracional reverencia hacia la regla”⁴¹. No creo que la posición garantista obedezca a la cerrazón en materia de razón práctica de estos autores, o a una irracional y obstinada reverencia ante las reglas, sino al escepticismo ante la posibilidad de un balance de razones objetivo *all things considered*. No es que se ponga en duda que ser racional significa seguir el resultado del balance de todas las razones relevantes, se pone en duda que ese balance sea posible y, sobre todo, que sea posible aquí y ahora.

b) Una segunda postura en el contexto de la democracia constitucional es el *positivismo principialista*, cuya carga ideológica es significativamente menor que la del positivismo garantista. El positivismo principialista asume con todas sus consecuencias la aplicabilidad directa de

las normas constitucionales y su influencia en el resto de normas del sistema jurídico. Se asume, por tanto, que “toda norma esta sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas *jurídicas*”⁴² y, con ello, la derrotabilidad como propiedad intrínseca de las normas jurídicas, si bien ésta se configura como una derrotabilidad intrasistémica. Se asume, incluso, la nueva terminología que habla de “colisiones” en lugar de antinomias, “excepciones implícitas” en lugar de creación de derecho, etcétera.

La actividad interpretativa y aplicativa adquiere aquí un carácter holista y coherentista, en tanto que el contenido definitivo de las normas legales está determinado por su relación con el resto de normas del sistema jurídico, especialmente de las normas constitucionales, con capacidad para incorporar excepciones a las normas de rango legal.

Por otra parte, que la derrotabilidad se mantenga dentro de los márgenes del propio sistema jurídico significa que todavía se distingue, al menos desde un punto de vista abstracto, entre la cuestión teórica de la identificación de la norma y la cuestión práctica de la obediencia, es decir, entre Derecho y

⁴¹ Bayón, J. C.; “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa* 19 (1996), pp. 143-162, cita en p. 144.

⁴² Ahora bien, especifica “una excepción implícita no es lo mismo que un *cambio* de la norma”, Bayón, J. C. “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, op. cit., p. 293.

Moral⁴³. De ahí que hayamos denominado a esta postura como positivista, a pesar de sus concomitancias con el post-positivismo o iusmoralismo.

c) *Post-positivismo o iusmoralismo*. El post-positivismo o iusmoralismo, al igual que el positivismo principialista, sostiene que no cabe una aplicación aislada y fragmentaria de las normas jurídicas, pero va un paso más allá. La concepción holista de la aplicación de normas no obedece únicamente al consabido efecto irradiación de las normas constitucionales, sino también a la llamada tesis del caso especial, que conecta el discurso jurídico con el discurso práctico general⁴⁴. Esta conexión de la aplicación del Derecho y la razón práctica tendría dos consecuencias: primera, que la aplicación de normas no puede excluir la deliberación práctica, reputándose como irracional cualquier propósito de concebir esta actividad excluyendo la deliberación; y, segunda, que el conjunto de principios y normas que pueden justificar la incorporación de excepciones a las normas jurídicas se extiende no sólo al sistema jurídico-positivo, sino también a cualquier razón de tipo práctico general, especialmente las razones morales.

El alcance de lo anterior opera una transformación en el propio concepto de Derecho, que ya no es concebido como un sistema de normas, sino en un conjunto de argumentos. De ahí la sustitución del término “antinomia” por el de “colisión” en la nueva terminología iusmoralista: la antinomia tiene lugar una vez identificadas las normas aplicables, la colisión es previa a la identificación definitiva de la norma, que resulta de resolver dicha colisión. Como ha sostenido uno de los más coherentes defensores de la concepción iusmoralista, significa asumir la “relación interna” entre reglas y casos de aplicación, es decir, que “sólo la aplicación racional de las normas hace inteligible el contenido de las normas”⁴⁵. Si para el positivismo principialista la identificación del contenido de las normas jurídicas era, producto del efecto irradiación, una cuestión de coherencia sistémica, esto es, de racionalidad formal, para el iusmoralismo la “relación interna” de las reglas con sus casos de aplicación convierte la identificación del Derecho en una cuestión de deliberación práctica, de manera que el contenido de las normas no viene dado por el significado de uno o varios enunciados normativos más o menos indeterminados, sino que debe ser una construcción *–ex post* y, por definición,

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., *passim*; García Figueroa, A. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, op. cit., p. 255.

⁴⁵ García Figueroa, A. “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, op. cit., p. 267.

provisional— a partir del conjunto de casos en los que resulte racional su aplicación.

Como hemos visto, desde la perspectiva positivista principialista, la cuestión teórica de la identificación y la cuestión práctica de la aceptación y la obediencia pueden —y deben!— responderse separadamente. Y, sobre todo, la posibilidad de introducir excepciones a las normas legales mediante su confrontación con normas constitucionales es una cuestión contingente que depende de la configuración del sistema jurídico: de la existencia de una constitución material vinculante y de los contenidos de ésta. Para el post-positivista, en cambio, precisamente porque la derrotabilidad de las normas es una exigencia de la razón práctica, o sea un rasgo necesario y no contingente de los sistemas jurídicos, identificación y justificación no pueden escindirse. Según esto, resultaría irracional e incorrecto afirmar que existe una norma jurídica que obliga a realizar una determinada conducta si hubiera razones con más peso para rechazar dicha obligación.

Esta caracterización de las ideologías sugiere dos comentarios finales. Primero, no está claro que la distinción entre el positivismo principialista y el post-positivismo tenga consecuencias prácticas relevantes. Cabe preguntarse si, habida cuenta de la extensa nómina de derechos, principios y bienes

constitucionales de algunas constituciones modernas, hay algún principio de la razón práctica que no esté más o menos expresamente recogido en las mismas. Mi impresión es que casi cualquier aspiración moral puede articularse en términos jurídicos, lo que no hace si no poner de manifiesto la apertura semántica y la naturaleza disolvente de conceptos como “irradiación” o “interpretación conforme”.

Segundo, el post-positivismo no sólo presupone el objetivismo ético, sino algo bastante más amplio, que podemos denominar “racionalidad constructivista”⁴⁶. Esta concepción de la racionalidad aspira a identificar e integrar en los procedimientos de decisión todos aquellos factores que determinan la corrección de la decisión. La evolución de la ponderación en la teoría de Alexy es un claro ejercicio de constructivismo: desde la primera ley de colisión a la actual fórmula del peso⁴⁷, se han incorporado

⁴⁶ Tomo la expresión de Hayek (Hayek, F. A.; “Kinds of Rationalism”, en Id. *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London/Henley: Routledge & Kegan Paul, 1967, 82-95, aquí, pp. 84 y ss.). Hayek sostiene la coexistencia de dos corrientes racionalistas en la cultura occidental. Por un lado, el *constructivismo* de ascendencia cartesiana, que concibe la razón como la facultad deductiva, teleológica y, en fin, capaz de controlar y ordenar todas las variables que intervienen en el orden social. Es el tipo de razón que subyace a la planificación económica. Por otro lado, un racionalismo *crítico* —no menos ambicioso en sus objetivos, pero sí menos pretencioso en sus formas— que entronca con la tradición de Mandeville, Hume y la Ilustración escocesa, y que supone un intento de optimización de las capacidades de la razón humana partiendo de sus propias limitaciones para controlar las variables que intervienen en la obtención de un resultado.

⁴⁷ Véase esta evolución, entre otros, en los siguientes trabajos: Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit.; Id. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista*

al procedimiento de ponderación nuevas variables o se han precisado las ya existentes, de manera que su manejo en el razonamiento sobrepasa con mucho las posibilidades epistémicas de la mayoría de los operadores jurídicos⁴⁸. En cambio, la querencia del garantismo por la rigidez de las normas y el respeto a la autoridad democrática obedece no sólo al escepticismo ético, sino a una concepción de la racionalidad más consciente de sus propias limitaciones, especialmente en el marco institucional de un proceso judicial.

Española de Derecho Constitucional 66 (2002), pp. 13-64; Id. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-49; Id. “Formal Principles: Some Replies to Critics”, op. cit.

⁴⁸ Para un desarrollo aún más sofisticado de la “fórmula del peso”, vid. Bernal, C. “La racionalidad de la ponderación”, *Revista española de Derecho Constitucional* 77 (2006), pp. 51-75.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A.; “Democracia y discurso racional”, en *Derecho, Racionalidad y Comunicación. Ensayos sobre Filosofía del Derecho* (trad. P. Larrañaga), México D.F., Fontamara, 1995, pp. 69-80.
- Alchourrón, C. / Bulygin, E.; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002⁴.
- Alexy, R.; “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems”. *ARSP*. Beiheft 44 (1991), pp. 30-44.
- “Normenbegründung und Normenanwendung”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, pp. 52-70.
 - “Juristische Interpretation”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, pp. 71-93.
 - *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
 - *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
 - “The Special Case Thesis”, *Ratio Iuris* 12 (1999), pp. 374-384.
 - “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 66 (2002), pp. 13-64.
 - “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Iuris* 16 (2003), pp. 433-49.
 - “The Reasonableness of Law”, en en Bongiovani, G. / Sartor, G. / Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, Springer, 2009, pp. 3-15.
 - “The Dual Nature of Law”, *Ratio Iuris* 23 (2010), pp. 167-182.
 - “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), pp. 511-524.
- Atienza, M.; “Argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, E. / Laporta, F. J. *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta / C.S.I.C. / B.O. E., 1996, pp. 231-238.
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Atienza, M. / Ruiz Manero, J.; *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004².
- Bayón, J. C.; “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa* 19 (1996), pp. 143-162.
- “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en Juan Carlos Bayón y Jorge Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 263-309.
- Bergholtz, G.; “Ratio et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas” (trad. Josep Aguiló), *Doxa* 8 (1990), pp. 75-85.
- Bernal, C.; “La racionalidad de la ponderación”, *Revista española de Derecho Constitucional* 77 (2006), pp. 51-75.
- Chiassoni, P.; *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (trad. Maribel Narváez Mora y Pau Luque Sánchez), Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Ferrajoli, L.; “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa* 34 (2011), pp. 15-53.
- García Amado, J. A.; “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”, en Zuluaga Gil, Ricardo (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Cali, Pontificia Universidad Javeriana / Librería Jurídica Sánchez, 2004, pp. 13-27.
- “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, *Doxa* 33 (2010), pp. 441-450.
 - “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Lima/Bogotá, Palestra/Temis, 2012, pp. 39-85.
- García Figueroa, A.; “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 247-271.
- González Lagier, D.; *Acción y norma en G. H. von Wright*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- Guarini, R. V.; “Juridical Norms and the Unity of Practical Reasoning”, *ARSP*, Beiheft 91 (2004), pp. 50-59
- Günther, K.; *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988.
- “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” (trad. Juan Carlos Velasco), *Doxa* 17-18 (1995), pp. 271-302.

Habermas, J.; *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.

– “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, en Id. *Aclaraciones a la ética del discurso* (trad. J. Mardomingo), Madrid, Trotta, 2000, pp. 109-126.

– “Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos”, en Id. *Entre naturalismo y religión* (trad. P. Fabra), Barcelona, Paidós, 2006, pp. 83-103.

Hayek, F. A.; “Kinds of Rationalism”, en Id. *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London/Henley: Routledge & Kegan Paul, 1967, 82-95.

Kettner, M.; “Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik”, en Wüstehube, A. (Hrsg.) *Pragmatische Rationalitätstheorien. Studies in Pragmatism, Idealism and Philosophy of Mind*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 1995, pp. 85-111.

Klug, U.; *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Bogotá, Temis, 2004.

Lafont, C.; *The Linguistic Turn in the Hermeneutic Philosophy*, Cambridge (Mass.): MIT Press, 1999.

– “Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics”, *Philosophy and Social Criticism* 29 (2003), pp. 163-181.

– “Law, Normativity and Legitimacy. Can Moral Constructivism be Fruitful for Legal Theory?”, en Berthea, S. / Pavlakos, G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford / Portland, Hart, 2011, pp. 229-245.

– “Correctness and Legitimacy in the Discourse Theory of Law”, en Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 291-306.

Nino, C. S.; *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

– *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. R. P. Saba), Barcelona, Gedisa, 1997.

Martínez Zorrilla, D.; “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 86 (2009), pp. 119-144.

Mendonca, D.; *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003.

Moreso, J. J.; “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, *Ratio Iuris* 25 (2012), pp. 31-46.

Perelman, Ch.; *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas, 1979.

Perelman, Ch. / Olbrechts-Tyteca, L.; *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* (trad. J. Sevilla Muñoz), Madrid, Gredos, 1989.

Rawls, J.; *Teoría de la justicia* (trad. María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

Raz, J.; “The moral point of view”, en Id. *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 247-272.

Redondo, M. C.; *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

– “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, *Doxa* 21, vol. II (1998), pp. 355-370.

– “La justificación de las decisiones judiciales”, *Isegoría* 21 (1999), pp. 149-163.

Taruffo, M.; *La motivación de la sentencia civil* (trad. L. Córdova Vianello), Madrid, Trotta/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

Tugendhat, E.; “Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht”, *ARSP, Beiheft* 14 (1980), pp. 1-20.

Wróblewski, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. Arantxa Azurza, rev. Juan Igartua Salaverría), Madrid, Civitas, 1985.

– *Sentido y hecho en el derecho*, trad. Juan Igartua Salaverría, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas et al., San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

– *The Judicial Application of Law* (ed. Zenon Bankowski / Neil MacCormick), Dordrecht, Kluwer, 1992.

Zagrebelsky, G.; *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. Marina Gascón Abellán), Madrid, Trotta, 1997².