

**UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL FUNDAMENTO Y
PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**
*A CRITICAL APPROACH TO THE SUBSTANCE AND
PURPOSE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY*

Enlil Iván Herrera Pérez*
*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad Privada de Tacna*

RESUMEN

En el presente artículo se realiza una aproximación crítica al fundamento y al propósito del principio de proporcionalidad en la teoría de Robert Alexy. El autor inicia presentando la filosofía jurídica de Alexy para la comprensión de su teoría, la cual, incluyendo su tesis de la proporcionalidad, gira entorno a su argumento de corrección. Partiendo de tales ideas, se expone el propósito del principio de proporcionalidad y se evalúa su plausibilidad en la práctica judicial. El autor concluye que el principio de proporcionalidad no logra cumplir su propósito, sin embargo, agrega que, empleado adecuadamente puede ser un instrumento útil para la transparencia del razonamiento judicial.

PALABRAS CLAVE: Robert Alexy, pretensión de corrección, principio de proporcionalidad, fórmula del peso.

*Abogado. Maestro en Derecho por la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna. Jefe de prácticas en línea de investigación en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna. Actualmente cursa el programa de Doctorado en Derecho en la Escuela de PostGrado de la misma casa de estudios.

ABSTRACT

In this article is performed a critical approach to the substance and purpose of the principle of proportionality in Robert Alexy's theory. The author begins by presenting Alexy's legal philosophy to understand his theory, which, including his proportionality thesis, is built over his correctness thesis. Based on such arguments, the purpose of the principle of proportionality is exposed and its plausibility in judicial practice is evaluated. The author concludes that the principle of proportionality fails to fulfill its purpose, however, he adds that, properly used, it can be a useful instrument for the transparency of judicial reasoning.

KEYWORDS: Robert Alexy, correctness thesis, principle of proportionality, weight formula.

Recibido: 10/05/2021

Aceptado: 21/07/2021

INTRODUCCIÓN

La influencia de la filosofía de Robert Alexy y sus propuestas es remarcable, sobre todo en atención a los sistemas normativos constitucionales. Hoy en día no es extraño encontrar en jurisprudencia (*case law*) o incluso en leyes que se haga alusión al denominado *principio de proporcionalidad* en casos en los que se está frente a un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales, también catalogados como principios en la teoría de Alexy. Incluso, hoy en día el Tribunal Constitucional peruano parece sugerir considerar a esta figura como una exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales (Herrera Pérez, 2020).

En el presente artículo se pretende realizar una aproximación crítica al fundamento y al propósito del principio de proporcionalidad propuesto en la teoría de Robert Alexy.

Para tal propósito, en primer lugar, se describe la *filosofía jurídica de Alexy* en la cual se enmarca su teoría; en segundo lugar, su particular concepción de la *doble dimensión del derecho*; en tercer lugar, el punto arquimédico de su teoría, conocido como su *pretensión de corrección*; en cuarto lugar, se aborda de manera crítica su concepción del *principio de proporcionalidad*; y finalmente, se presentan las conclusiones correspondientes.

FILOSOFÍA JURÍDICA EN LA TEORÍA DE ALEXY

Para hablar de filosofía jurídica, o filosofía del derecho, Robert Alexy parte en primer lugar de la filosofía en sentido amplio o general, cuya esencia es entendida por Alexy como *una reflexión general y sistemática* que se ocupa de lo que *es* –cómo es el mundo-, de lo que *debe ser* –cómo debe ser el mundo-, y del modo de llegar al entendimiento de ambos aspectos previos –cómo conocer lo que *es* y lo que *debe ser*-.

Para Alexy (2003), la filosofía jurídica es una *rama* de la filosofía general, y, por tanto, también supone –en esencia- una reflexión general y sistemática, con la única diferencia en cuanto a su objeto de atención: pues el objeto de la filosofía jurídica es el *derecho*.

Sobre esa base, Alexy sostiene la tesis de la *relación especial*. Si la filosofía jurídica, o filosofía del derecho, es una rama de la filosofía general, entonces existe una relación entre ambas disciplinas. Pero no sólo eso, sino que, si la filosofía moral o filosofía política también son ramas de la filosofía general, entonces también existe una relación entre tales. En consecuencia, Alexy sostiene que entre la filosofía jurídica o del derecho y la filosofía moral o la filosofía política también existe una *relación especial*, al partir de una misma esencia que busca la *reflexión general y sistemática* de lo que *es*, lo que *debe ser*, y el modo de entender ambos aspectos. Ello no debe entenderse como la asimilación ni equiparación de una rama de la filosofía a otra, para Alexy la filosofía jurídica no es una filosofía

moral o política, pero sí tienen una *relación especial*. La diferencia, cabe remarcar nuevamente, es en cuanto a su objeto: el derecho.

Esto permite sostener a Alexy la tesis de los problemas específicos de la filosofía jurídica o del derecho, pero también lo lleva al problema de la circularidad de su concepción. Este problema se hace evidente puesto que, mientras la filosofía jurídica busca definir qué *es* el derecho, la propia filosofía jurídica no puede ser definida –ni delimitada– sin antes acudir a una definición de *derecho*. El concepto de derecho, entonces, es el *punto de partida* para la filosofía jurídica de Alexy, y al mismo tiempo es su *resultado*. Alexy responderá que el problema de la circularidad no es tal como para invalidar su concepción de la filosofía jurídica. Para el filósofo de Kiel, es posible resolver la circularidad de su concepción aproximándose al derecho mediante la *precomprensión* de su práctica. Para ello, sostiene que, a través de un análisis sistemático de sus manifestaciones y argumentos, es posible determinar su naturaleza, y con ello, entender el sentido y alcance de la filosofía del derecho.

Confrontado el problema de la circularidad, Alexy insiste en que la filosofía jurídica o del derecho tiene una relación especial no sólo con la filosofía general, sino también con otras ramas de la misma como la filosofía moral o política. La diferencia, como se dijo, es el *derecho*. Esto lo llevará a sostener que, la filosofía jurídica, entonces, también tiene sus problemas específicos entre los que destaca tres: el primero (1) acerca de la norma y del sistema normativo, como una expresión articulada y sistemática de las normas; el segundo y el tercero acerca de la validez del derecho, con la diferencia de que el segundo se enfoca en (2) la validez y la eficacia social del derecho en un sentido real o fáctico; y el tercero en (3) la validez en un sentido ideal o crítico, determinada por la corrección o legitimidad del derecho en un sentido moral.

LA DOBLE NATURALEZA DEL DERECHO

A partir de dicha perspectiva particular acerca de los *problemas específicos* de la filosofía del derecho, Alexy sostiene su tesis de la doble naturaleza del derecho. Para el filósofo de Kiel el derecho tiene dos naturalezas o dimensiones que lo componen, por un lado, una dimensión real o fáctica, y por otro una dimensión ideal o crítica.

En la dimensión real o fáctica el derecho aspira a una *pretensión de coerción*, es decir, a que aquellos mandatos pronunciados por la autoridad institucional sean obedecidos, así como socialmente eficaces. En esta dimensión se pone énfasis a la autoridad, pero no a una autoridad de -pura fuerza- o a aquella que se identifica por “ser obedecida” (Austin, 2002), sino a aquella que obtiene su condición en virtud de aquel sistema normativo existente cuyo propósito no es únicamente el “ser obedecido”, sino además ser eficaz socialmente.

Por otro lado, en la dimensión ideal o crítica el derecho aspira a una *pretensión de corrección*, es decir, a que aquellos mandatos pronunciados por la autoridad institucional sean moralmente correctos o legítimos. En tal sentido, la determinación de la validez ideal o crítica del derecho se efectuaría en base a criterios no sólo jurídicos, sino también en base a criterios de moral crítica, entendida no como “el conjunto de principios y valores de una sociedad en un tiempo determinado”.

Una comprensión integral del derecho sólo puede ser lograda considerando ambas dimensiones, debiendo rechazarse aquellas posturas reduccionistas que limitan el derecho a una sola dimensión. Así, Alexy cuestiona que el positivismo jurídico sostiene una posición inaceptable al reducir el derecho únicamente a su dimensión real o fáctica, sobre la que aquel derecho *injusto* seguiría siendo un derecho válido, y, por tanto, sujeto a obediencia.

Sin embargo, Alexy también cuestiona a aquellas teorías no-positivistas que denomina como *excluyentes* (Alexy, 2008), las cuales, al considerar que el derecho injusto no puede ser derecho reducen al derecho únicamente a su dimensión ideal o crítica, dejando un escenario proclive –al no reconocer la dimensión autoritativa del derecho- a la anarquía. La propuesta es, entonces, sostener que el derecho aspira tanto a una pretensión de coerción, como a una pretensión de corrección.

LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Como se ha indicado, la pretensión de corrección es uno de los conceptos característicos tanto respecto a filosofía jurídica, como un criterio de respuesta a sus *problemas específicos*, como también respecto a su propia definición de derecho, la cual describe del siguiente modo:

El Derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también a la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección. (Alexy, 2004, p. 123)

En la definición citada, Alexy trata de responder tanto a los problemas específicos de la filosofía jurídica, como a los temas de la filosofía general, describiendo lo que *es*, lo que *debe ser*, y cómo llegar a la comprensión de ambos aspectos, en relación al derecho. Visto de ese modo, para Alexy el derecho no sólo es un conjunto de normas –lo que sería su dimensión real o fáctica- sino un conjunto de normas que “formula una pretensión de corrección” – lo que sería su dimensión ideal o crítica. El resultado de este *debe ser*, se refleja en el segundo segmento de su definición, a través de

la cual –para Alexy- lo que *es* el derecho se identifica con el derecho válido –en su dimensión real o fáctica- que no es *extremadamente injusto* –un parámetro de la dimensión ideal o crítica.

Esto último es relevante puesto que identifica el alcance de la pretensión de corrección de Alexy. Para el filósofo de Kiel, únicamente el derecho *extremadamente injusto* no puede ser considerado derecho (Alexy, 2001; cfr. Radbruch, 1962). Sobre esta perspectiva, Alexy describe a su propia concepción iusfilosófica como una concepción no-positivista *incluyente*, puesto que, a diferencia del no-positivismo excluyente, para Alexy no cualquier derecho considerado *injusto* provoca la pérdida de su validez, sino únicamente si traspasa el umbral de la “injusticia extrema”. Esta concepción se distingue de un tercer tipo de no-positivismo que Alexy denomina como *super-incluyente*, en el cual, aquel derecho que es injusto –sin distinción de niveles de injusticia- sigue siendo válido, pero será considerado defectuoso o corrupto (Alexy, 2013; cfr. Finnis, 2000).

La pregunta es ¿y cómo determinamos cuándo se está ante una “injusticia extrema”? ¿y sobre qué criterios realizar tal determinación? Interrogantes que pueden plantearse bajo una pregunta general: ¿cómo evaluar la corrección del derecho? La respuesta de Alexy es considerada en su propia definición del derecho, como puede verse en el tercer segmento de la misma tal como es citada líneas arriba: a través de “los principios y los otros argumentos normativos” (Alexy, 2004, p. 123).

LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

Comprender la respuesta de Alexy frente a la última interrogante citada en el apartado anterior, requiere responder previamente a otra interrogante: ¿qué se entiende por *argumentos normativos*? Para dar respuesta a ello, es necesario recurrir a la *teoría de la argumentación* de Alexy (1997). En ella, Alexy, de manera muy

similar a su visión de una relación entre la filosofía general y la filosofía jurídica, sostiene que la argumentación jurídica es parte de la argumentación práctica general. A esta tesis la denomina como tesis del *caso especial*. Para Alexy el discurso jurídico es sólo un *caso especial* del discurso práctico general, entendido este último como aquel discurso en el que se abordan cuestiones acerca de lo que *debe* hacerse, lo que *puede* hacerse, o lo que se *prohíbe* hacer.

En tal sentido, cuando Alexy referencia a *argumentos normativos*, no sólo se está refiriendo a argumentos propios del discurso jurídico, sino de manera amplia, a aquellos argumentos del discurso práctico general que, como puede notarse, no es sino un discurso moral. Este discurso es el que finalmente aporta los criterios de justicia para la corrección del derecho, no sólo en términos procedimentales (Fuller, 1967; cfr. Hart, 1983), sino también -y, sobre todo- en términos materiales (Alexy, 2003).

A partir de ello, la nueva interrogante que se formula es respecto a ¿cuáles son esos criterios de moralidad o -más específicamente- de justicia? No está en discusión que Alexy se refiera a aquellos resultantes de un proceso de justificación racional, sin embargo, existen tantas posiciones filosófico-morales como autores, y cada uno sostiene y argumenta que su teoría es precisamente el resultado de un proceso de justificación racional (cfr. Campbell, 2008; 2002) -y no todos esos criterios serían compatibles con el modelo constitucional que el propio Alexy defiende. Ningún autor afirma para sí "el modelo moral que propongo es irracional", y ello no es extraño, lo contrario sería además de absurdo, calificado como una *contradicción performativa* -en palabras de Alexy.

Alexy, aunque consciente de ello, no ofrece una respuesta más detallada a la interrogante planteada, sino que enfoca la discusión en los derechos humanos como un *ejemplo* de criterios de justicia. Según el filósofo de Kiel, si prueba que existen elementos morales objetivos y necesarios para el derecho, entonces su tesis acerca de

que existe una relación necesaria entre el derecho y la moral tendría que aceptarse. Según Alexy (2013), la clave está en los derechos humanos, los cuales son “en primer lugar: morales, segundo: universales, tercero: fundamentales y, en cuarto lugar: derechos abstractos, que, en quinto lugar, tienen prioridad sobre todas las otras normas” (p. 165).

Al respecto, en primer lugar, para Alexy, existe una relación entre los derechos humanos y la moral, o más específicamente la justicia. Argumenta esta relación sosteniendo que, si es plausible admitir la *tesis de centralidad* que reza que “lo que viola los derechos humanos es necesariamente injusto, [aunque] no todo lo que es injusto viola siempre al mismo tiempo derechos humanos” (Alexy, 2000, p. 29), o bien, si es plausible admitir la tesis alternativa denominada como *tesis de equivalencia* en la que se sostiene que “cada violación de los derechos humanos es injusta y cada injusticia es una violación de los derechos humanos” (Alexy, 2013, p. 164), en uno u otro caso, se tendría que admitir que la existencia de derechos humanos implica la existencia, al mismo tiempo, de criterios morales o de justicia *necesarios*.

En segundo lugar, la determinación del contenido de los derechos humanos implica un razonamiento discursivo no sólo limitado al ámbito jurídico, sino que es partícipe del ámbito del discurso práctico general –es decir, del discurso moral. Esta última afirmación sería aceptada, en cierta medida, incluso por una de las versiones de positivismo denominada como positivismo incluyente, el cual reconoce que, a razón de la incorporación de ciertos elementos morales en los ordenamientos jurídicos, es posible recurrir a un razonamiento moral para interpretarlos y dotarlos de contenido. Sin embargo, a diferencia del no-positivismo de Alexy, en el positivismo jurídico incluyente no se acepta la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral, pues se argumenta que, de existir tal relación, esta sería sólo

contingente, es decir, que en algunos casos se da y en otros no necesariamente (Waluchow, 2007).

Sobre tales argumentos, Alexy sostiene que la existencia de los derechos humanos prueba que existen elementos morales objetivos y necesarios en el derecho, sin embargo, Alexy también reconoce que la determinación o el establecimiento del contenido de tales derechos humanos para su aplicación práctica, requiere del ejercicio del operador jurídico que finalmente es un ejercicio *subjetivo*. En consecuencia, Alexy se ve obligado a admitir que los derechos humanos suponen elementos tanto objetivos como subjetivos, a lo que concluye con bastante optimismo señalando que al menos son “algo más que pura subjetividad” (Alexy, 2013, p. 168) –visión que Sardo (2013) caracterizaría como un *acto de fe*.

PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA TEORÍA DE ALEXY

Habiendo expuesto cuáles son aquellos "argumentos normativos" a los que se hace referencia en la teoría de Alexy --así como a los problemas que suponen-, cabe exponer su concepción de los principios jurídicos, pues, junto con los "otros argumentos normativos" son los *ingredientes* para resolver la pregunta acerca de cómo evaluar la corrección del derecho.

Para Alexy, las normas de derecho fundamental, en las cuales se sitúan –entre otros- los derechos fundamentales, se estructuran bien como reglas, o bien como principios. Mientras las reglas son normas jurídicas que, al tener un contenido y consecuencias determinadas, se dan por cumplidas o no cumplidas; los principios son entendidos también como normas jurídicas, pero que, al no tener la misma determinación en cuanto a contenido y consecuencias, exigen que “algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993, p. 86) –una distinción que no debe ser confundida ni menos equiparada a la propuesta por Dworkin

(1978). En tal sentido, tanto reglas como principios se tratan de normas jurídicas, la diferencia entre ambas no es sino cualitativa.

La pregunta a plantearse es ¿cómo determino las exigencias que se derivan de los principios jurídicos? Alexy responderá que, en base a lo fáctica y jurídicamente posible, añadiendo que, el ámbito de lo *jurídicamente posible* se determina en función a “los principios y reglas opuestas” (Alexy, 1993, p. 86). Nótese que la delimitación de un principio para un caso concreto no se produce únicamente en función a los principios opuestos, sino también a las reglas existentes que resulten opuestas. Aunque, como indica el filósofo de Kiel, las reglas también se sustentan en principios. Alexy aclara que un principio es desplazado por otro principio cuando éste último tiene un “peso mayor”, sin embargo, ello no sucede de la misma manera cuando se está frente a una regla de por medio. A pesar de que un principio tenga un “peso mayor” frente a otro principio que sustenta una regla determinada, este principio de “peso mayor” no desplazará a dicha regla por ese sólo motivo. Para que tal principio desplace a la regla, deberá además desplazar a los principios que otorgaron a la autoridad la competencia de dictar dicha regla y que esta sea cumplida. A estos últimos principios Alexy (1993, pp. 98-101) los denomina como “principios formales”.

Esta primera concepción de Alexy en su *teoría de los derechos fundamentales* sería motivo de discusiones, interpretaciones y reelaboraciones conceptuales, que impulsarían años más tarde a presentar una aclaración conceptual entre aquellos “principios sustantivos o materiales” y los denominados “principios formales”. Según Alexy, la diferencia entre ambos tipos de principios radicaría en su objeto de optimización. En tal sentido, mientras en los principios sustantivos o materiales el objeto de optimización “es un contenido específico, como, por ejemplo, vida, libertad de expresión, mínimo existencial, protección del medio ambiente. Por el contrario, el objeto de optimización de los

principios formales son decisiones jurídicas, independientemente del contenido específico que estas tengan” (Alexy, 2016, p. 34). Por tanto, mientras en los principios sustantivos o materiales la dimensión ideal o crítica del derecho parece ser preponderante, en los principios formales prepondera la dimensión real o fáctica –lo que no significa que no estén presentes elementos de la dimensión ideal o crítica.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Partiendo de lo expuesto, entonces, se sostiene que la determinación o establecimiento del contenido a satisfacer de los derechos fundamentales responde tanto a criterios de la dimensión ideal o crítica del derecho, como también a aquellos de la dimensión autoritativa. Por su parte, la *metodología* que Alexy propone para ello, se basa en el que denomina como *principio de proporcionalidad* (*Verhältnismäßigkeit*). Este no es un principio tal cual los principios sustantivos o formales, sino un *meta-principio*, que se compone, a su vez, por tres subprincipios a través de los cuales se expresará la idea de optimización. El primero de ellos es el subprincipio de *idoneidad*, el cual exige que, para que una medida –establecida mediante una disposición legal, acto administrativo, o decisión judicial- que afecta limita un derecho o principio se justifique, dicha medida debe poder satisfacer la finalidad por la cual se adoptó o se dictó. El segundo subprincipio es denominado como subprincipio de *necesidad*, el cual exige no existan otras medidas alternativas menos lesivas para satisfacer la misma finalidad. Hasta este punto, podrá advertirse que tanto el primer como el segundo subprincipio se caracterizan por referirse a (1) las posibilidades fácticas de los principios, y (2) por evitar costos innecesarios (Alexy, 2011). Ambos casos, asimilables a los criterios de eficiencia de Pareto (cfr. Chiassoni, 2013, pp. 232-238).

Es el tercer subprincipio, denominado como subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, o *ponderación* (*Abwägung*). A

diferencia de los anteriores subprincipios, la *ponderación* expresa las posibilidades jurídicas que enmarcan la exigencia de optimización de un principio determinado. Este subprincipio parte de la denominada *ley de ponderación*, la cual postula que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1993, p. 161). En función a la citada *ley*, Alexy afirma no sólo la existencia de una colisión entre principios (cfr. Serna y Toller, 2000), sino además que el resultado de dicha colisión deviene en la exclusión o desplazamiento de un principio respecto de otro. La interrogante que se plantea al respecto es ¿cómo determino qué principio debe prevalecer? Alexy responde proponiendo su fórmula del peso (*Gewichtsformel*) constituida por diversas variables numéricas que, según el filósofo de Kiel, permitirían determinar el *peso* de un principio frente al otro, y con ello, el contenido a optimizar, pero no sólo eso, sino que, es a través de la *ponderación* que el contenido ideal o crítico de la pretensión de corrección se transformaría en un contenido *real*.

Dicho eso, cabe advertir, además, que la fórmula del peso ha sufrido de diversos cambios y variaciones a lo largo del tiempo a mano de su propio autor. Así, aquella fórmula basada en seis variables numéricas, sería reemplazada por la que el propio Alexy (2016, p. 33) denomina como la “fórmula del peso en su notación completa y refinada”, la cual contempla la siguiente estructura:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \times G_i \times S_i^e \times S_i^n}{I_j \times G_j \times S_j^e \times S_j^n}$$

Donde,

- ($G_{i,j}$) es una representación de la ponderación entre el principio (P_i) en relación al principio (P_j).

La fórmula del peso comprende, a su vez, cuatro variables en relación al principio (P_i) y otras cuatro –del mismo tipo– en relación al principio (P_j); siendo las siguientes:

- Las variables (I_i) y (I_j), respecto a las cuales, la primera representa el nivel de intensidad de interferencia en el principio (P_i), y la segunda el nivel de importancia de satisfacer al principio contrapuesto, es decir, al principio (P_j).
- Las variables (G_i) y (G_j), respecto a las cuales, ambas representan los pesos abstractos de los respectivos principios contrapuestos, es decir, de (P_i) y (P_j).

Hasta este punto, debe decirse que, tanto las variables (I) y como (G) son una expresión de la *dimensión sustantiva* de la ponderación y se establecen en base a factores ontológicos, es decir referidos al *objeto* de la ponderación –que son los principios contrapuestos. Asimismo, para la medición de las citadas variables, Alexy sugiere emplear una escala triádica no continua, a la cual se pueden asignar los valores “leve”, “moderado” y “grave”, expresados numéricamente como 2^0 , 2^1 y 2^2 de manera respectiva, o bien directamente como 1, 2 y 4.

En cuanto a las variables (S_i) y (S_j), estas son una expresión de la *dimensión formal* de la ponderación, y se establecen en base a factores epistémicos, es decir, a partir de la fiabilidad *empírica* y *normativa* no acerca del objeto, sino del *conocimiento del objeto* de la ponderación. En tal sentido, cada una de estas variables (S) se descompone en las siguientes:

- Las variables (S_i^e) y (S_j^e) representan el nivel de fiabilidad empírica, es decir, la seguridad de las premisas fácticas –i.e., de los hechos– respecto a la

interferencia o importancia de uno y otro principio contrapuesto.

- Las variables (S_i^n) y (S_j^n), por su parte, representan el nivel de fiabilidad normativa, es decir, la seguridad de la discrecionalidad normativa que sustenta a cada uno de los principios contrapuestos.

Ambas variables (S) obedecen a lo que Alexy denomina como “ley epistémica de la ponderación”, a través de la cual expresa que: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan” (Alexy, 2002, p. 55). Englobando, como se ha indicado, tanto a premisas empíricas como a premisas normativas (Alexy, 2016). Asimismo, para la medición de las citadas variables, Alexy también sugiere emplear una escala triádica no continua, sin embargo, con valores distintos: “confiable o cierto”, “plausible” y “no evidentemente falso”, expresados numéricamente como 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} de manera respectiva, o bien directamente como 1, $1/2$ y $1/4$.

La medición numérica es un aspecto importante en la fórmula del peso de Alexy, puesto que, al expresarse como un cociente de dos productos, sólo tendría sentido si los elementos sometidos a *balance* o *peso* pueden ser representados numéricamente. A este problema Alexy lo denomina como *problema de la graduación*.

Esta es la estructura de la ponderación propuesta por Alexy que sostiene en los últimos años, en el que, resalta ambas dimensiones del derecho, enfatizando además la relevancia de la evaluación de la certeza de las *premisas subyacentes*, ahora identificadas como premisas empíricas y normativas. Esta relevancia se hace patente a razón de que, si existe certeza sobre las premisas que envuelven la colisión de principios, el favorecimiento a la discrecionalidad de la autoridad quedará fuera; sin embargo, si existe incertidumbre

sobre las premisas, se hará necesario el paso a lo que Alexy denomina como *ponderación de segundo orden*. Esta ponderación ya no enfoca un conflicto entre principios materiales, sino entre un principio material y un principio formal. La relevancia de esta *ponderación de segundo orden*, a la que Alexy también denomina como *meta-ponderación*, es expresada por su autor de la siguiente manera:

El punto decisivo de la ponderación de segundo orden consiste en que los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización epistémica colisionan con el principio formal del legislador democráticamente legitimado. Si esta colisión pudiese ser resuelta estableciendo una precedencia absoluta del principio material de los derechos fundamentales respecto del principio formal del legislador democráticamente legitimado, se producirían consecuencias inaceptables en amplias áreas del derecho. (Alexy, 2016, p. 49)

Una idea que parte por la preocupación de Alexy de –como le señalaban sus críticos- sostener una teoría que favoreciese el rechazable paso del Estado de la *democracia* al Estado del *gobierno de los jueces*, a partir de la cual –como se ha ido viendo- iría desarrollando –aunque en un primer momento de manera muy genérica- distintas tesis acerca de la dimensión formal del derecho, y en esta, de los principios formales y de la discrecionalidad de la autoridad, que habrían devenido en lo que Portocarrero Quispe (2016) calificaría como un “giro copernicano” respecto a su teoría del derecho.

CONCLUSIÓN

Tal y como se ha presentado, Alexy concibe a la filosofía jurídica y a la argumentación jurídica como ramas de la filosofía en general y de la argumentación general práctica, de manera respectiva. Sobre esa base el filósofo de Kiel argumenta la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral –como uno de los

discursos de la argumentación general práctica. Partiendo de tales premisas, Alexy definirá el derecho como un sistema de normas jurídicas válidas que formula una pretensión de corrección, es decir, que aspira a ser *correcto*, y específicamente *moralmente correcto* –y con ello, *justo*.

La dificultad en argumentar este planteamiento, es decir, en ofrecer *buenas razones* para aceptarlo, reside centralmente en acreditar su pretensión de corrección, pues a partir de la misma (1) se haría explícita la relación necesaria entre derecho y moral; y (2) su definición de *derecho* resultaría plausible en la práctica jurídica y dejaría de ser *un noble sueño* –utilizando esta expresión de Hart (1977), aunque para otros fines.

En respuesta a esta problemática, Alexy sitúa la discusión en los derechos humanos o fundamentales, los cuales –según él– permitirían acreditar la existencia de elementos morales objetivos y necesarios para el derecho. Estos derechos humanos o fundamentales, por su construcción estructural como normas, son considerados principios. El nuevo problema es, entonces, su realización: se requiere transformar aquella posibilidad ideal a una realidad concreta. La respuesta a última situación parece estar dada en su teoría de los principios, y más específicamente, en su formulación de su tesis de la proporcionalidad y la ponderación de los principios.

El fundamento de la tesis de proporcionalidad y su propósito o razón de ser, se explicita en su pretensión de corrección como corrección moral o de justicia –pretensión que además dota de sentido y vinculación al resto de sus tesis. Sin embargo, de la proporcionalidad, es la ponderación el ejercicio que dota de contenido a los principios y que probaría que la corrección del derecho *es posible*.

La interrogante es si la ponderación, tal y como es planteada por Alexy, logra dicho cometido. Al respecto, aun dotando de escalas de medición numérica a la fórmula de peso –sin la cual no tendría sentido su propuesta aritmética- la subjetividad del operador no es reducida, por lo que (A) si la ponderación se basa en una justificación basada en variables numéricas, entonces no tiene sentido, pues el problema de los principios se debe a una falta de claridad conceptual; y (B) si la ponderación se basa en maximizar la transparencia del razonamiento de los jueces, entonces tendría sentido únicamente en lo que respecta a (1) el control de la motivación, pero no respecto a (2) transformar la posibilidad ideal de “elementos objetivos y necesarios” en una realidad concreta.

Por tanto, existen razones para abandonar la idea de la ponderación como método –o si se prefiere, como *metodología*- para la corrección del derecho. Afirmar lo contrario puede generar aquel riesgo temido por el propio Alexy, y en base al cual habría dado un “giro copernicano” en su teoría: el paso del Estado de la *democracia* al Estado del *gobierno de los jueces*.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, Trans.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático (M. C. Añños Meza, Trad.). *Derechos y Libertades*, 8, 21-41.

- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch (J. A. Seoane, Trad.). *Anuario de la Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 75-95.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (C. Bernal Pulido, Trad.). *Revista española de derecho constitucional*, 66, 13-64.
- Alexy, R. (2003). Justicia como corrección (A. I. Haquín, Trad.). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 161-171.
- Alexy, R. (2003). La naturaleza de la filosofía del derecho (C. Bernal Pulido, Trad.). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 145-159.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, Trad.). Gedisa.
- Alexy, R. (2008). En torno al concepto y la naturaleza del derecho. En C. Bernal Pulido (Eds.), *El concepto y la naturaleza del derecho*, (pp. 73-98). Marcial Pons.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 11-29.
- Alexy, R. (2013). Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos, *Signos Filosóficos*, 15 (30), 153-171.
- Alexy, R. (2013). Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis, *The American Journal of Jurisprudence*, 58 (2), 97-110.
- Alexy, R. (2016). Principios formales. Algunas respuestas a los críticos. En J. Portocarrero Quispe (Eds.), *Ponderación y discrecionalidad*, Universidad Externado de Colombia.

- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia* (J. R. Paramo, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Campbell, T. (2002). El sentido del positivismo jurídico (A. Ródenas, Trad.). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 303-331.
- Campbell, T. (2008). *La justicia. Los principales debates contemporáneos* (S. Álvarez, Trad.). Gedisa.
- Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho* (F. Morales Luna, Trad.). Palestra Editores.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, 2nd Ed. Harvard University Press.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales* (C. Orrego, Trad.). Abeledo-Perrot.
- Fuller, L. (1967). *La moral del Derecho* (F. Navarro, Trad.). Trillas.
- Hart, H. L. A. (1977), American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, 11 (5), 969-989.
- Hart, H. L. A. (1983). Lon L. Fuller: The Morality of Law. In *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 343-364). Clarendon Press.
- Herrera Pérez, E. I. (2020), La motivación constitucionalmente deficitaria: ¿exigencia de motivación o una vía arbitraria para la revisión de causas? En J. Lionetti de Zorzi y H. M. Lell (eds.), *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica* (pp. 51-57). EdUNLPam.

Portocarrero Quispe, J. (2016). *Ponderación y discrecionalidad*. Universidad Externado de Colombia.

Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal* (M. Azareto de Vásquez, Trad.). Abeledo-Perrot.

Sardo, A. (2013). Teorías de la ponderación. Análisis crítico. En P. Grández, & F. Morales, *La argumentación jurídica en el estado constitucional* (pp. 239-272). Palestra Editores.

Serna, P., y Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley.

Waluchow, W. J. (2007). *Positivismo Jurídico Incluyente* (M. S. Gil y R. Tesone, Trads.). Marcial Pons.