

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

Contribuciones a la teoría de la norma jurídica

Robert Alexy: Principios formales <i>Formal principles</i>	15
Carsten Bäcker: Reglas, principios y derrotabilidad « <i>Rules, Principles and Defeasibility</i> ».....	31
Alejandro Daniel Calzetta y Alessio Sardo: Una nueva visita a la concepción expresiva <i>The expressive conception revisited</i>	45
Andrej Kristan: En defensa de la concepción expresiva de las normas <i>In defence of the expressive conception of norms</i>	63
H. L. A. Hart	
H. L. A. Hart: Discrecionalidad <i>Discretion</i>	85
Riccardo Guastini: Releyendo a Hart <i>Reading Hart Again</i>	99
María Cristina Redondo: The concept of Law. Cincuenta años <i>The concept of Law. Fifty Years</i>	101

Anna Pintore: «A Rule-Governed Gunman Writ Large?» El puesto de la Coerción en The Concept of Law <i>«A Rule-Governed Gunman Writ Large?» The rol of coercion in The Concept of Law</i>	125
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Bruno Celano: El ángulo muerto de Hart. La pieza que falta en The Concept of Law <i>Hart's blind spot. The missing piece in The Concept of Law</i>	143
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Artículos

Marcelo Neves: La Constitución y la esfera pública: entre diferenciación sistémica, inclusión y reconocimiento <i>Constitution and Public Sphere: Sisticemic differentiation, inclusion and recognition.</i>	163
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Aldo Schiavello: Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa <i>Some arguments supporting an interpretative approach to legal knowledge</i>	193
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Pablo Ariel Rapetti: El incorporacionismo entre la espada del realismo moral y la pared del positivismo excluyente <i>Inclusivism: between the rock of moral realism and the hard place of exclusive positivism</i>	219
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Diego Dei Vecchi: Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo <i>About the Strength of Proof Statements in Judicial Decision: The Constitutive Leap</i>	237
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Hugo Seleme: ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? <i>Should moral philosophers learn from lawyers?</i>	263
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

José Calvo González: Le Fils naturel (1757), de Diderot, o la espectacularidad de una «condition» jurídico-familiar <i>Diderot's Le Fils naturel (1757), or the spectacularity of a juridical «condition» of family</i>	281
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Manuel Atienza:

Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca

A Philosophy of Law for the Latin World. A step forward 299

Notas

François Ost:

Michel van de Kerchove (1944-2014)

Michel van de Kerchove (1944-2014) 321

Mauro Barberis:

¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al Curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza

Imperialism of Argumentation? Remarks on Manuel Atienza's Curso de argumentación jurídica..... 325

Enrique P. Haba:

A revueltas con la storytelling llamada «ponderación», y también preguntando sobre «límites» del derecho

Stirring the storytelling on the so-called judicial balancing, as well as asking about the «boundaries» of Law..... 337

Entrevista

Nicoletta Ladavac:

Entrevista a Frederick Schauer

Interview to Frederick Schauer 375

**CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA
DE LA NORMA JURÍDICA**

PRINCIPIOS FORMALES*

Robert Alexy

Universidad de Kiel

RESUMEN. En este trabajo se defiende la teoría principialista de los derechos fundamentales de las críticas que la acusan de ser incapaz de determinar de forma adecuada la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, con la democracia. Para llegar a una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa, se necesita analizar el papel de los principios formales en la ponderación. Para ello se defiende un «modelo epistémico» de ponderación entre principios formales y sustanciales que se situaría entre el llamado «modelo sustancial-formal puro» y el «modelo combinado», y que se fundamentaría en la idea de ponderación de segundo orden, incorporando la fiabilidad epistémica en la fórmula del peso.

Palabras clave: Principios formales, proporcionalidad, discrecionalidad legislativa, fórmula del peso, ponderación.

Formal Principles

ABSTRACT. This paper argues in favor of the principle theory of fundamental rights. It is an elaborated reaction against those objections considering the theory not being able to determine the appropriate relation between fundamental rights, constitutional control, and democracy. According to the author, in order to construct an adequate theory of legislative discretion, we must analyze the role that formal principles play in balancing. As a methodological instrument, the author defends an «epistemic model» for the balancing of formal and substantial principles. This model should be considered between the so called «pure substantial-formal model» and «a combined model». The base of this model is to be found in the idea of second order balancing, incorporating the variable of epistemic fidelity in the weight formula.

Keywords: Formal principles, proportionality, legislative discretion, weight formula, balancing.

* Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Me gustaría agradecer a Stanley L. PAULSON por su ayuda y recomendaciones para la redacción de la versión en inglés.

1. EL PROBLEMA

La teoría de los derechos fundamentales como principios ha recibido numerosas objeciones¹. En el ámbito del constitucionalismo democrático la objeción institucional cobra especial importancia. Esta objeción señala que la tesis de la optimización —sin la cual la teoría de los principios no sería la teoría de los principios— conduce a una eficacia expansiva de los derechos fundamentales, llevando a su vez a una sobre-constitucionalización del sistema jurídico. Según Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, la consecuencia institucional es un «desplazamiento del estado legislativo parlamentario al estado de adjudicación constitucional»². Brevemente, el reproche a la teoría de los principios se centra en señalar que es incapaz de determinar de forma adecuada, por un lado, la relación entre los derechos fundamentales y el control constitucional, y, por otro lado, de éstos con la democracia.

La teoría de los principios ha intentado desde sus inicios contestar a esta objeción con una teoría de la discrecionalidad. En esta teoría, el concepto de principio formal juega un rol fundamental. Este concepto, sin embargo, es muy controvertido todavía. La controversia sobre los principios formales no es solamente parte importante del debate entre los opositores y los defensores de la teoría de los principios, sino que también ha llegado a existir una agitada disputa acerca de los principios formales incluso dentro del campo de la teoría de los principios.

Martin BOROWSKI recientemente ha caracterizado los principios formales como un elemento de la teoría de los principios que «curiosamente ha permanecido como un enigma»³, y se refiere a ellos con la metáfora de «el último gran parche blanco en el mapa de la teoría de los principios»⁴. Intentaré defender la tesis según la cual es posible que un análisis de los principios formales implique una adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa. El fundamento de este modelo es la fórmula del peso. Debo empezar con una presentación de algunos elementos básicos de la teoría de los principios.

¹ Sobre una clasificación de estas objeciones en siete grupos *vid.* R. ALEXY, «The Construction of Constitutional Rights», en *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2010, 24-5; Sobre la teoría de principios en general *vid.*, *id.*, «On the Structure of Legal Principles», en *Ratio Juris* 13, 2000, 294-304; *id.*, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris* 16, 2003, 131-140; J. RIVERS, «Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 167-188; M. JESTAEDT, «The Doctrine of Balancing - its Strengths and Weaknesses», en M. KLATT (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 152-172.

² E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt-on-Main, Suhrkamp, 1991, 190.

³ M. BOROWSKI, «Formelle Prinzipien und Gewichtsformeln», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 151.

⁴ *Ibid.*

2. ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

2.1. Reglas y Principios

La base de la teoría de principios es la distinción teórica entre reglas y principios⁵. Las reglas son normas que requieren estar determinadas. Son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización. De por sí, estos exigen «que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las condiciones fácticas y jurídicas existentes»⁶. Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.

Proporcionalidad

La naturaleza de los principios como mandatos de optimización, conduce enseguida a una conexión necesaria entre principios y análisis de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, el cual en las últimas décadas ha recibido el mayor reconocimiento internacional de todos los tiempos tanto en el ámbito práctico como teórico del control constitucional⁷, consiste en tres sub-principios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Los tres sub-principios expresan la idea de optimización. Por esta razón, la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa.

Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas. Esta optimización relativa a las posibilidades fácticas existentes consiste en evitar costos evitables⁸. Costos que, sin embargo, son inevitables cuando hay principios que colisionan. Entonces la ponderación se hace necesaria. La ponderación es objeto del tercer sub-principio del principio de proporcionalidad, específicamente del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización en relación con las condiciones jurídicas. Lo cual es idéntico a la regla que podría llamarse «la ley de la ponderación»⁹. Esta ley establece:

Cuanto mayor es el grado de insatisfacción o detrimento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (first publ. 1985), trad. J. RIVERS, Oxford, Oxford University Press, 2002, 47-48.

⁶ *Ibid.* 47.

⁷ *Vid.*, por ejemplo: D. M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. STONE SWEET y J. MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 2008, 72-164; A. BARAK, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

⁸ R. ALEXY, «Constitutional Rights and Proportionality», *Chinese Yearbook of Constitutional Law*, 2010, 222-224.

⁹ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, n. 5 *supra*, 102.