

MATTHIAS KLATT
MORITZ MEISTER

**LA ESTRUCTURA
CONSTITUCIONAL
DEL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD**

Traducción y estudio preliminar de
Héctor A. Morales Zúñiga

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
LISTADO DE TABLAS	11
LISTADO DE CASOS	13
LISTADO DE FÓRMULAS	15
ESTUDIO PRELIMINAR. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: FUNDAMENTO Y AUTORIDAD, por Héctor A. Morales Zúñiga	17
1. INTRODUCCIÓN	17
2. EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO	18
2.1. El argumento analítico	18
2.1.1. La primera tesis de la conexión necesaria	18
2.1.2. La segunda tesis de la conexión necesaria	19
2.1.3. La tercera tesis de la conexión necesaria	22
2.2. El argumento moral	28
2.2.1. Forst y el derecho a la justificación	28
2.2.2. Derecho a la justificación y examen de proporcionalidad	30
2.2.3. Observaciones críticas	33
3. EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD	35
4. CONCLUSIÓN	40
BIBLIOGRAFÍA	40
NOTAS DE LOS AUTORES A LA TRADUCCIÓN	45

	Pág.
RECONOCIMIENTOS	47
INTRODUCCIÓN	49
CAPÍTULO I. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	55
1. LAS CUATRO REGLAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	56
2. LA FÓRMULA DEL PESO	58
CAPÍTULO II. DERECHOS, INTERESES Y TRIUNFOS	63
1. EL MODELO DE LOS INTERESES	64
2. LA VERSIÓN FUERTE DEL MODELO DE LOS TRIUNFOS	65
3. LA VERSIÓN INTERMEDIA DEL MODELO DE LOS TRIUNFOS	70
4. LA VERSIÓN DÉBIL DEL MODELO DE LOS TRIUNFOS	71
4.1. Protección efectiva.....	72
4.2. <i>Trumping</i> y ponderación combinados.....	74
4.3. Derechos absolutos	77
4.4. Los intereses de los individuos y de las minorías	90
5. RESULTADOS	92
CAPÍTULO III. EL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN	95
1. GENEROSIDAD DEFINICIONAL.....	95
1.1. Definiendo derechos	96
1.2. Definiendo el interés público	99
2. ESTADO DE DERECHO	99
3. EL IMPACTO DE LA MORAL EN LA PONDERACIÓN	102
4. LA PONDERACIÓN COMO CÁLCULO	106
5. INCONMENSURABILIDAD	108
5.1. Cuantificabilidad y comparabilidad.....	109
5.2. Escala común	111
5.3. Comparabilidad y seguridad epistémica	114
5.4. Comparabilidad y neutralidad.....	114
5.5. La necesidad crónica de ponderar.....	115
5.6. Conclusiones	116
6. EL CONTENIDO ESENCIAL INVOLABLE	116
7. CORRECCIÓN Y RAZONABILIDAD	118

	Pág.
8. EXCESIVO ÉNFASIS EN LA PONDERACIÓN	120
9. RESULTADOS	121
CAPÍTULO IV. MARGEN DE ACCIÓN Y DEFERENCIA	125
1. MARGEN DE ACCIÓN ESTRUCTURAL.....	129
2. MARGEN DE ACCIÓN EPISTÉMICO.....	130
2.1. La segunda ley de la ponderación.....	130
2.2. Margen de acción empírico-epistémico.....	132
2.3. Margen de acción normativo-epistémico.....	133
3. RESULTADOS	134
CAPÍTULO V. DERECHOS POSITIVOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	135
1. INTRODUCCIÓN	135
1.1. Justificación, contenido y estructura.....	137
1.2. Estructura disyuntiva	138
1.3. El caso <i>Hatton</i>	139
2. DERECHOS NEGATIVOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	140
3. DERECHOS POSITIVOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	145
3.1. Cuatro medidas de protección	145
3.2. Dos líneas de valores	146
3.3. Dos líneas de valores para los derechos negativos.....	149
4. DERECHOS POSITIVOS Y MARGEN DE APRECIACIÓN.....	152
4.1. Margen para la ponderación	155
4.2. Margen para la elección de medios.....	156
4.3. Margen para la fijación de fines.....	157
5. RESULTADOS	158
CAPÍTULO VI. SEGURIDAD EPISTÉMICA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	161
1. INTRODUCCIÓN	161
2. PONDERACIÓN Y TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	162
3. MARGEN DE ACCIÓN EMPÍRICO-EPISTÉMICO	163
3.1. El problema de las escalas	163

	Pág.
3.2. El problema clasificatorio	165
3.3. Dependencia de perspectivas	174
3.4. Conclusiones	175
4. MARGEN DE ACCIÓN NORMATIVO-EPISTÉMICO	176
4.1. Principios básicos	176
4.2. La aplicabilidad de la segunda ley de la ponderación.....	183
4.3. Inseguridad normativa y fórmula del peso.....	185
4.4. Ponderación clasificatoria y margen de acción clasificatorio	185
4.5. Resultados.....	188
5. MARGEN DE ACCIÓN EPISTÉMICO Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	189
5.1. Principios formales	189
5.2. El modelo de dos niveles	195
5.3. Resultados.....	200
6. RESULTADOS	200
6.1. Inseguridad epistémica	200
6.2. La segunda ley de la ponderación.....	201
6.3. Margen de acción.....	201
6.4. El modelo de dos niveles	202
CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DE UN CASO: OTTO-PREMIINGER- INSTITUT V. AUSTRIA.....	203
1. LA DECISIÓN.....	204
1.1. Fin legítimo.....	205
1.2. Necesidad en una sociedad democrática.....	206
2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD...	207
2.1. Fin legítimo.....	208
2.2. Idoneidad	210
2.3. Necesidad.....	210
2.4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto	211
3. RESULTADOS	220
CAPÍTULO VIII. RESULTADOS.....	221
BIBLIOGRAFÍA.....	227
ÍNDICE DE NOMBRES	237
ÍNDICE ANALÍTICO	239

ESTUDIO PRELIMINAR

**EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD:
FUNDAMENTO Y AUTORIDAD**

Héctor A. MORALES ZÚÑIGA

1. INTRODUCCIÓN

El examen de proporcionalidad (en adelante EP) se ha erigido en una de las piezas fundamentales del constitucionalismo moderno. Desde Alemania ha migrado a gran parte de los sistemas constitucionales europeos, así como a Oceanía, África, Asia y Latinoamérica¹. Incluso, algunas voces han comenzado a abogar por su adopción tanto en Reino Unido como en Estados Unidos². El libro de Matthias Klatt y Moritz Meister constituye un excelente punto de partida para el estudio del EP.

La monografía que aquí se presenta analiza la estructura del EP, la comprensión de los derechos constitucionales que le subyace, así como las principales objeciones que ha enfrentado. Además, Klatt y Meister abordan la eventual tensión entre el EP y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, así como la aplicación del EP a conflictos en los cuales al menos uno de los derechos tiene por objeto una prestación positiva. Enseguida, los autores ofrecen una original aproximación al problema de la seguridad epistémica en la aplicación del EP, introduciendo la noción de ponderación clasificatoria y un modelo de dos niveles que permite integrar principios formales y materiales

¹ Véanse BERNAL PULIDO, 2015; CAMPBELL y LEE, 2019; PETERSEN, 2017; SWEET Y MATHEWS, 2017.

² Véanse JACKSON, 2015; RIVERS, 2018; YOWELL, 2014.

en el juicio de ponderación. Finalmente, el libro cierra con una dimensión usualmente descuidada: la práctica. Klatt y Meister demuestran en detalle la aplicación del EP al caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1994.

Desde la publicación de esta monografía por Oxford University Press el año 2012, la discusión sobre el EP se ha acentuado. Nuevas objeciones han emergido y algunos viejos temas se han tornado persistentes. En lo que sigue, presentaré críticamente dos problemas del EP que recientemente han cobrado particular interés: el problema del fundamento y el problema de la autoridad. En ambos casos, uno de los autores de esta monografía, Matthias Klatt, ha realizado importantes contribuciones. De este modo, el lector podrá apreciar con una perspectiva más amplia tanto la discusión actual en torno al EP como las actuales líneas de investigación de Matthias Klatt.

2. EL PROBLEMA DEL FUNDAMENTO

Si bien la aplicación del EP es un rasgo de gran parte de los sistemas constitucionales modernos, su justificación sigue siendo debatida. Aquí presentaré dos argumentos justificativos que han sido ofrecidos en la literatura reciente: el argumento analítico (2.1) y el argumento moral (2.2).

2.1. El argumento analítico

El argumento analítico sugiere que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el EP. Robert Alexy ha defendido esta posición³. Por las razones que se observarán más adelante, esta tesis será denominada «tercera tesis de la conexión necesaria».

El argumento es construido en tres etapas. En primer lugar, Alexy afirma que existe una conexión necesaria entre los principios y el EP (2.1.1). En segundo lugar, Alexy sostiene que existe una conexión *similar* entre los derechos fundamentales y los principios (2.1.2). Finalmente, en tercer lugar, Alexy concluye con la tercera tesis de la conexión necesaria (2.1.3). A continuación, ofreceré una reconstrucción del argumento, alertando sobre las tensiones que exhibe.

2.1.1. La primera tesis de la conexión necesaria

De acuerdo con Alexy, entre principios y EP existe una conexión necesaria⁴. Las tres etapas del EP —*i. e.* idoneidad, necesidad, ponderación— son

³ Véanse ALEXY, 2008: 91-95; ALEXY, 2011b: 12; ALEXY, 2019a: 82; ALEXY, 2019d; ALEXY, 2019g.

⁴ Véanse ALEXY, 2008: 91; ALEXY, 2011b: 12, 19; ALEXY, 2019a: 82; ALEXY, 2019g: 266 y s.; ALEXY, 2019d: 214.

la consecuencia lógica de la «definición»⁵, «carácter»⁶ o «naturaleza»⁷ de los principios en tanto mandatos de optimización. La conexión —piensa Alexy— es particularmente fuerte, puesto que se verifica también de modo inverso, es decir, del EP se sigue necesariamente la definición de principio⁸. La primera tesis de la conexión necesaria, entonces, consiste en una relación de bicondicionalidad o «implicación mutua»⁹.

Las alternativas a esta primera tesis pueden ser dos. Por un lado, puede afirmarse que en ningún caso existe una conexión entre principios y EP. Podemos llamarla la «primera tesis de la separación necesaria». Por otro lado, es posible afirmar que tal conexión puede verificarse en algunos casos. Parafraseando a Alexy, esta tesis puede ser denominada «primera tesis de la conexión contingente»¹⁰.

La primera tesis es una tesis de teoría del derecho, pues se refiere a la estructura de las normas —principios— y a su modo de aplicación —EP—. Si lo que se pretende es fundamentar el EP, entonces el argumento analítico requiere además de una tesis sobre los derechos fundamentales¹¹; es decir, no basta con afirmar la existencia de una conexión necesaria entre principios y EP, se requiere además afirmar la existencia de *algún tipo* de conexión necesaria entre derechos fundamentales y principios.

2.1.2. *La segunda tesis de la conexión necesaria*

La «segunda tesis de la conexión necesaria» afirma que entre derechos fundamentales y principios existe una conexión necesaria¹². La explicación de Alexy de la segunda tesis es intrincada, llevándolo incluso a modular el carácter necesario de la conexión. Tal como en el caso anterior, pueden presentarse dos tesis rivales: la «segunda tesis de la separación necesaria» —*i. e.* en ningún caso existe una conexión entre derechos fundamentales y principios— y la «segunda tesis de la conexión contingente» —*i. e.* es posible que en algunos casos exista una conexión entre derechos fundamentales y principios—¹³.

⁵ ALEXY, 2019d: 215.

⁶ ALEXY, 2008: 91; ALEXY, 2019a: 82.

⁷ ALEXY, 2011b: 19; ALEXY, 2019g: 266; ALEXY, 2019h: 303; ALEXY, 2019i: 335.

⁸ ALEXY, 2011b: 19; ALEXY, 2019a: 82; ALEXY, 2019d: 214 y s.; ALEXY, 2019g: 267; ALEXY, 2019h: 303.

⁹ ALEXY, 2019d: 214.

¹⁰ ALEXY emplea el término «tesis de la conexión contingente» para referirse a lo que denominaré «segunda tesis de la conexión contingente». ALEXY, 2011b: 23 (traducción modificada).

¹¹ ALEXY la denomina «tesis interpretativa». *Ibid.*: 20.

¹² *Ibid.*: 19.

¹³ *Ibid.*: 23 y s.; ALEXY, 2012: 332 y s. (denominándola simplemente «tesis de la conexión contingente»).

La tensión que enfrenta Alexy al fundamentar la segunda tesis de la conexión necesaria proviene de su teoría de las normas. Según Alexy, las normas que instituyen derechos fundamentales pueden construirse como reglas o como principios¹⁴. La primera opción es denominada por Alexy «construcción como reglas»¹⁵ o «construcción estrecha y rigurosa»¹⁶; mientras que la segunda, «construcción como principios»¹⁷, «construcción amplia y comprensiva»¹⁸, «construcción holística»¹⁹ o «construcción como proporcionalidad»²⁰.

La distinción entre reglas y principios como estructura de las normas aparece en el trabajo de habilitación de Alexy —*Teoría de los derechos fundamentales*—²¹. Allí, basado en la distinción introducida por Dworkin en su obra temprana²², Alexy sugiere que las reglas son mandatos definitivos y exhiben una forma de cumplimiento binaria, en tanto que los principios son mandatos de optimización y poseen una forma de cumplimiento gradual²³. Estas estructuras conducen a modos diferenciados de aplicación. Mientras que la subsunción es el modo propio de las reglas, la proporcionalidad es el modo propio de los principios²⁴. Además, conforme a la primera tesis de la conexión necesaria y su elemento de mutua implicación, podemos agregar que el EP necesariamente no se sigue de las reglas —lo cual es relevante para el argumento analítico de Alexy—.

Ahora bien, si Alexy asume que el legislador constituyente puede construir los derechos fundamentales tanto como reglas o como principios: ¿cómo es posible defender la segunda tesis de la conexión necesaria?

Un primer argumento consiste en simplemente describir la práctica constitucional. Podría aseverarse que el entendimiento contemporáneo de los derechos como configuradores de un orden axiológico conduce a que estos sean definidos como principios, es decir, como mandatos de optimización de los valores que protegen²⁵. Esta estrategia, sin embargo, es insuficiente, pues no

¹⁴ Véanse ALEXY, 2019b: 131 (traducción modificada); ALEXY, 2019d: 212.

¹⁵ *Ibid.*: 132 (traducción modificada); ALEXY, 2019d: 212.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ ALEXY, 2019d: 213 (traducción modificada). Alexy subraya que esta distinción no solo tiene relevancia teórica, sino también práctica, ALEXY, 2019d: 212.

²¹ ALEXY, 2008: 67 y ss.

²² DWORKIN, 2013: 38-45.

²³ ALEXY, 2008: 68.

²⁴ ALEXY, 2011b: 12; ALEXY, 2019c; ALEXY, 2019d: 212. Sobre la posibilidad de un tercer modo de aplicación, véase ALEXY, 2019e.

²⁵ Alexy ofrece como ilustración el impacto en la práctica constitucional alemana del célebre caso Lüth. ALEXY, 2019b: 108-110. También véanse BÖCKENFÖRDE, 1993: 106 y ss.; PINO, 2017: 215 (sosteniendo que «la presencia de múltiples principios en el texto constitucional o, también, en el horizonte axiológico del Estado constitucional hace inevitable el uso de algún tipo de ponderación y la limitación recíproca entre principios y derechos») (cursivas añadidas).

persigue *fundar* la conexión entre derechos y principios, sino meramente re-tratarla como cuestión de hecho. El escenario fáctico podría ser distinto, haciendo posible la segunda tesis de la conexión contingente.

Un segundo argumento sugiere que la conexión entre derechos fundamentales y principios existe si así lo ha decidido el legislador constituyente (*framers*)²⁶. Puede ser llamada «tesis decisionista» o «tesis de [la] positividad»²⁷. Esta tesis, empero, corresponde a una versión de la segunda tesis de la conexión contingente, por lo que debe ser descartada²⁸.

Un tercer argumento tiene carácter normativo. Se trata de proveer razones morales, éticas o políticas en favor de la construcción como principios o en contra de la construcción como reglas. Este argumento será explorado en la siguiente sección. Sin embargo, debemos subrayar que un argumento normativo no puede ser fundante de una conexión *necesaria* entre derechos fundamentales y principios, por cuanto asume la existencia de un rango abierto de posibilidades²⁹.

Ninguno de estos argumentos, desde luego, sortea la dificultad: los derechos fundamentales pueden construirse como reglas o como principios y a la vez existe una conexión necesaria entre derechos fundamentales y estos últimos.

Para zanjar la tensión, Alexy articula una modulación de la segunda tesis de la conexión necesaria. El argumento general, sin embargo, tiende a desdibujarse. Hasta acá, para defender la tercera tesis de la conexión necesaria, Alexy había intentado construir un argumento en tres pasos. En el primer paso, afirma la conexión necesaria —bicondicional— entre principios y EP. En el segundo paso, defiende una conexión necesaria entre derechos fundamentales y principios. El paso final consistía en concluir por transitividad que derechos fundamentales y EP están vinculados necesariamente. Esta estrategia puede ser llamada «estrategia indirecta»³⁰.

Al explicar el tipo de conexión necesaria que se verificaría entre derechos y principios, sin embargo, Alexy desplaza el eje de la argumentación a la co-

²⁶ Alexy presenta la mencionada posibilidad a través de su crítica a esta, véase ALEXY, 2011b: 12, 23. Véanse también ALEXY, 2019f: 253 (sobre la decisión de los *framers* de establecer un derecho fundamental como regla); JESTAEDT, 2012: 161.

²⁷ ALEXY, 2012: 333; ALEXY, 2011b: 24 (aludiendo a la conexión entre derechos constitucionales y EP).

²⁸ ALEXY, 2011b: 12, 23.

²⁹ Cfr. FINE, 2005: 248 y ss. (examinando el concepto de «necesidad normativa»).

³⁰ Recientemente, Alexy ha sugerido que «todo aquel que *acepta* la necesidad del examen de proporcionalidad en la aplicación de derechos constitucionales debe aceptar el carácter de principios de estos y todo aquel que *acepte* el carácter de principios de los derechos constitucionales debe aceptar el examen de proporcionalidad» (cursivas añadidas). ALEXY, 2018: 873. Desde luego, la cuestión consiste en justificar esa «aceptación».

nexión entre derechos y EP. Enseguida, sugiere que, dado que existe una conexión necesaria entre derechos y EP, entonces la segunda tesis de la conexión necesaria se halla probada. Si bien esto es consistente, el objetivo de Alexy es probar la tercera y no la segunda tesis de la conexión necesaria. Una vez probada la tercera tesis, no es imprescindible probar la segunda tesis —aun cuando pueda ser cierta—. Esta estrategia argumentativa puede ser etiquetada como «estrategia directa».

Por lo anterior, la modulación de la segunda tesis de la conexión necesaria será desarrollada en la siguiente sección.

2.1.3. *La tercera tesis de la conexión necesaria*

La «tercera tesis de la conexión necesaria» sostiene que derechos fundamentales y EP están necesariamente conectados. Como se acaba de observar, esta tesis puede probarse de dos modos. Por un lado, siguiendo una estrategia indirecta que, a través de la unión de la primera y segunda tesis de la conexión necesaria, por transitividad, funda la tercera tesis. Por otro lado, puede asumirse una estrategia directa, conforme a la cual, sin apelar a una tesis mediadora, existe una relación de necesidad entre derechos fundamentales y EP.

Las tesis alternativas corresponden a la tercera tesis de la separación necesaria y a la tercera tesis de la conexión contingente.

Alexy modula su aproximación, afirmando que entre derechos fundamentales y EP existe una *potencial* conexión necesaria³¹. Es decir, aun cuando es posible que los derechos fundamentales sean instituidos como reglas, potencialmente están necesariamente vinculados al EP. Permítanme denominar este giro como «versión potencial» de la tercera tesis de la conexión necesaria. Esta versión se opone a la versión «real» o «actual» de tal tesis³², en virtud de la cual es siempre el caso que existe una conexión necesaria entre derechos fundamentales y EP³³.

A continuación, analizaré los tres argumentos que provee Alexy en favor de la versión potencial.

³¹ ALEXY, 2011b: 27.

³² ALEXY se refiere a la versión «real» o «actual», pero referida a la segunda tesis de la conexión necesaria, véase *ibid.*

³³ Alexy describe esta tesis de una manera imprecisa: «Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la constitución, *tienen* que ser interpretadas directamente como principios» (cursivas añadidas). *Ibid.* No queda claro en esta formulación cuál es la función del verbo «tener», toda vez que puede ser leído en términos normativos o conceptuales.

a) Ponderación por retroceso

Según Alexy, los derechos fundamentales poseen un doble carácter. Por una parte, tienen un carácter real, expresado en su positividad como «derechos constitucionales» y, por otra, un carácter ideal, expresado en la pretensión³⁴ de corresponder a la institucionalización o positivización de los «derechos humanos».

En su dimensión ideal, la validez de los derechos humanos depende de su justificabilidad. Uno de los obstáculos de su justificabilidad es que los derechos humanos son abstractos³⁵, de modo que es inevitable que colisionen con otros derechos o bienes colectivos. El perfilamiento de estos derechos, entonces, da cuenta de soluciones a estas tensiones³⁶. Si este es el caso, entonces, tal conflicto debe resolverse mediante la aplicación del EP³⁷.

La institucionalización de esta dimensión ideal puede darse de dos formas: como reglas o como principios. Podría pensarse, entonces —sugiere Alexy—, que la conexión entre derechos y EP solo se verifica a nivel moral³⁸. No existiría una conexión necesaria entre derechos fundamentales *qua* derechos constitucionales y EP. Alexy afirma que esto es incorrecto. La transformación de derechos humanos en derechos constitucionales no comporta la desaparición de su dimensión ideal o crítica³⁹. En este sentido, los derechos humanos siempre constituyen razones para su concreta institucionalización. Si se ha construido un derecho constitucional como principio, la conexión con el EP es evidente. El problema, como se ha mencionado anteriormente, emerge cuando la configuración se realiza a través de reglas.

Según Alexy, en virtud del principio formal de autoridad, la construcción como reglas otorga un peso diferenciado al contenido que ha sido establecido. Las reglas poseen una preferencia *prima facie*⁴⁰, puesto que la dimensión real de los derechos posee una preferencia *prima facie*⁴¹. Que sea *prima facie* significa que la preferencia de las reglas no tiene un carácter absoluto. En determinados casos, el contenido de las reglas puede ceder frente a otro tipo de consideraciones. En tales circunstancias, el EP entra en juego. Alexy sugiere dos casos en que esto ocurriría: indeterminación y antinomias. En el primer caso, debido a la ambigüedad, vaguedad o condición evaluativamente abierta

³⁴ Alexy afirma que existe tanto una intención subjetiva como objetiva de positivizar los derechos humanos. *Ibid.*: 24.

³⁵ ALEXY, 2000: 30 y s.

³⁶ Véase ALEXY, 2008: 109-117.

³⁷ ALEXY, 2011b: 25.

³⁸ *Ibid.*: 25.

³⁹ *Ibid.*: 24 y s.

⁴⁰ Véase ALEXY, 2008: 113 (afirmando que, dado el principio de vinculatoriedad de la Constitución, las reglas que institucionalizan derechos humanos tienen prioridad).

⁴¹ ALEXY, 2011b: 25 y s.

de las reglas, los principios que le subyacen entran en escena y, consecuentemente, el EP⁴². En el segundo caso, la regla es incompatible con un principio constitucional que es regulado por una regla de un peso superior al que detenta el principio formal de autoridad⁴³. De nuevo: deberá apelarse al EP para resolver la incompatibilidad. En otras palabras, en ambos casos —piensa Alexy—, el aplicador de la regla deberá retrotraerse a la etapa de ponderación que precedió a la construcción de esta. En tal situación, la aplicación del EP se torna inevitable como modo de concretización del derecho humano en cuestión.

Por todo lo anterior, concluye Alexy, existe una *potencial* conexión necesaria entre derechos constitucionales y EP. Es potencial pues se actualiza frente a situaciones de indeterminación e incompatibilidad. En suma, aun cuando los derechos humanos se institucionalicen como reglas, el EP estará presente.

El argumento de Alexy es problemático por tres de razones. Primero, la tesis de que los derechos constitucionales necesariamente llevan engarzada la pretensión de institucionalizar un derecho humano es problemática. Los derechos constitucionales pueden también ser comprendidos simplemente como compromisos fundamentales de una comunidad política que la constituyen como tal. En este sentido, los derechos fundamentales residen en una decisión que se proyecta a lo largo del tiempo respecto a la identidad de una comunidad. En tal caso, la conexión entre derechos humanos y derechos constitucionales es meramente contingente. Desde luego, esto no obsta para afirmar que un orden constitucional solo es *legítimo* en tanto institucionaliza los derechos humanos, pero de ello no se sigue que los derechos constitucionales dejen de ser tales por carecer de legitimidad. Como puede observarse, en último término, el argumento de Alexy descansa en su controvertida tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral⁴⁴.

Segundo, el carácter necesariamente abstracto de los derechos fundamentales también es contingente. A nivel moral, nada exige esto. Es posible justificar normas morales específicas que respondan a circunstancias específicas. A nivel jurídico, una situación similar se observa. El legislador constituyente puede intentar regular detalladamente un aspecto particular de la vida en comunidad. En rigor, el propio Alexy reconoce esta posibilidad, sin embargo, se muestra escéptico respecto de ella por cuanto llevaría a «una casuística de los derechos humanos»⁴⁵. Uno puede compartir el juicio de Alexy en el sentido que no sería deseable tal nivel de especificación, sin embargo, esto no es suficiente para concluir que *conceptualmente* los derechos humanos son abstractos. De igual modo, es plausible compartir la afirmación de que las comunidades políticas definen los derechos constitucionales de modo abstracto

⁴² *Ibid.*: 26.

⁴³ *Ibid.*: 26 y s.

⁴⁴ Véase ALEXY, 2011a. Para una crítica a esta tesis, véase CHIASSONI, 2011.

⁴⁵ ALEXY, 2000: 31.

para evitar conflictos que pudiesen tensionar la vida en común. No obstante, de nuevo, esta descripción de la práctica constitucional no es una razón para abogar por una conexión necesaria entre derechos constitucionales y su carácter abstracto.

Tercero, Alexy sostiene que las reglas tienen un carácter *prima facie*. En la literatura de teoría del derecho esto se conoce como «derrotabilidad» de las reglas jurídicas⁴⁶. Luego, la pregunta es si acaso las reglas son *necesariamente* derrotables. Frederick Schauer, por ejemplo, responde de manera negativa⁴⁷. La derrotabilidad de las reglas es una característica de *algunos* sistemas jurídicos. A la vez, en *algunos* sistemas jurídicos podría establecerse la primacía absoluta del carácter autoritativo del derecho. En consecuencia, es plausible abogar por un modelo con derrotabilidad, pero no por razones conceptuales.

b) Pretensión de corrección y decisiones constitucionales

El segundo argumento de Alexy, abonando la versión potencial, consiste en afirmar que de la pretensión de corrección del derecho en general —y de los derechos fundamentales en particular— se sigue que las decisiones adoptadas por las cortes constitucionales deben aspirar al máximo nivel de racionalidad⁴⁸. Este nivel solo es alcanzable a través del EP y la fórmula del peso⁴⁹. Por tanto, existiría una conexión necesaria entre derechos fundamentales —sea que estos se configuren como reglas o como principios— y EP.

Aun cuando no se polemice con la tesis de la pretensión de corrección del derecho, la posición de Alexy exhibe una petición de principio. Alexy asume que, dado un contexto de ponderación, la fórmula del peso es el mecanismo argumentativo más racional. Sin embargo, lo que debe probar es precisamente que la ponderación es el mecanismo más racional para la aplicación de los derechos fundamentales. Esto descarta, por estipulación, modos de aplicación alternativos. De hecho, además, Alexy da por descontado que los derechos fundamentales son principios y que por tanto deben ser ponderados —siendo la fórmula del peso el mecanismo más racional para aquello—.

c) Normatividad de los derechos fundamentales

Un último argumento elaborado por Alexy sugiere que el carácter vinculante de la Constitución y los derechos fundamentales solo puede ser prote-

⁴⁶ Véase FERRER y RATTI, 2012.

⁴⁷ SCHAUER, 2012.

⁴⁸ ALEXY, 2011b: 27.

⁴⁹ *Ibid.*: 28 y s.

gido mediante la construcción como principios⁵⁰. El modelo alternativo, la construcción como reglas, dejaría al arbitrio del poder legislativo el contenido de los derechos fundamentales.

El presupuesto de este argumento de Alexy es la naturaleza de las reglas. Si un derecho fundamental se articula como una regla, entonces, la ponderación no se halla disponible. De ser aplicable en un caso concreto, la consecuencia establecida en la regla se sigue definitivamente⁵¹. Esto —piensa Alexy— genera una dificultad con la forma de entender las restricciones a los derechos fundamentales.

Alexy ofrece dos posibilidades: la Constitución establece o no una cláusula de restringibilidad que habilita al legislador para reducir el alcance de un derecho fundamental. En el primer caso, la ley no se vería vinculada por la Constitución. Esto es así, puesto que toda interferencia estará justificada en tanto se materialice a través de una ley. Incluso, aun cuando se afirmara que el legislador no puede afectar el núcleo esencial de un derecho —continúa Alexy—, bajo ese umbral se daría la misma situación de falta de normatividad de los derechos constitucionales⁵².

En el caso alternativo —*i. e.* la Constitución no establece una cláusula de restringibilidad—, el tenor literal operaría como una barrera difícil de superar ante casos que intuitivamente debiesen quedar excluidos de la protección. Con todo, podría argumentarse que el canon sistemático de interpretación —apelando a otros derechos fundamentales— puede desplazar al tenor literal; no obstante, en tal caso —cree Alexy— la necesidad de ponderar se torna evidente⁵³.

Ante la primera observación de Alexy, cabe introducir una distinción. Por un lado, el legislador podría dictar una ley que contradiga expresamente la Constitución. Así ocurriría si la Constitución afirma que se protege la libertad de expresión y el legislador decide que no debe ser protegida. Desde luego, en este caso, de considerarse válida la intervención legislativa, la Constitución perdería su normatividad. Por otro lado, el legislador puede dictar leyes en espacios que no fueron regulados por el constituyente. En este sentido, el constituyente reserva márgenes de acción al poder legislativo, el cual —sin contradecir la Constitución— podría configurar democráticamente el contenido de un derecho fundamental⁵⁴. Por ejemplo, el legislador puede especificar los casos en que la libertad de expresión no se encuentra resguardada —*e. g.*

⁵⁰ ALEXY, 2019d: 213 y ss.

⁵¹ *Ibid.*: 212 y s.

⁵² *Ibid.*: 214.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Véanse BÖCKENFÖRDE, 2017: 399; GRIMM, 2019: 30 (defendiendo la comprensión de la Constitución como «un marco»).

discursos de odio—. En este escenario, contra la tesis de Alexy, no puede sostenerse que la Constitución carezca de normatividad. En rigor, su normatividad se expresa y actualiza en el ejercicio de la potestad legislativa que regula el contenido de los derechos consagrados abiertamente en la Constitución.

La segunda observación de Alexy al modelo de las reglas demuestra las tensiones internas de su teoría. Alexy es tajante en su distinción entre reglas y principios. Mientras que de las primeras se sigue algo definitivamente, de los segundos se sigue un ejercicio de ponderación⁵⁵. Sin embargo, al cuestionar el referido modelo, afirma que los derechos fundamentales cuando se establecen como reglas, «en esencia», no implican ponderación⁵⁶. La cláusula «en esencia» puede ser leída de dos formas: como reforzamiento o como atenuación de la distinción entre reglas y principios. En mi opinión, Alexy suscribe la segunda lectura. Por ello, afirma que aun cuando el tenor literal de una regla pueda ser relevante, por consideraciones sistemáticas, podría ser desplazado. Esto implicaría introducir la ponderación en la aplicación de las reglas⁵⁷. Siguiendo la teoría de la argumentación jurídica moderna, lo anterior constituye un caso de derrotabilidad. En lo que importa para Alexy, su distinción entre reglas y principios queda en entredicho, pues incluso tratándose de reglas, es posible que la ponderación desempeñe un rol. Alexy se enfrenta a dos alternativas: afirmar que en tales casos la regla en rigor era un principio o afirmar que la ponderación no es exclusiva de la aplicación de principios. Si se sigue la primera alternativa, su tesis de la posibilidad de construir derechos fundamentales como reglas o como principios es cuestionada. Si se sigue la segunda alternativa, en cambio, su distinción entre reglas y principios queda en entredicho.

Los tres argumentos de Alexy han probado ser insuficientes o, al menos, problemáticos.

Para finalizar, permítanme una última observación. Aun cuando la versión potencial de la tercera tesis de la conexión necesaria fuese correcta: ¿en qué sentido sigue siendo una conexión *propia* necesaria?

Podríamos trazar una distinción entre necesidad «condicional» («absoluta», «no-accidental») y necesidad «incondicional» («relativa», «accidental») ⁵⁸. Mientras que la primera supone la satisfacción de ciertas condiciones para que el vínculo de necesidad se verifique, la segunda no⁵⁹. La versión potencial de la tercera tesis conexión necesaria constituiría un caso de necesidad condicional. Solo en la medida que las reglas sean indeterminadas o contradigan el tex-

⁵⁵ Véase ATRIA LEMAÎTRE, 2011: 73 y s. (cuestionando la distinción entre reglas y principios).

⁵⁶ ALEXY, 2019d: 213 (traducción modificada). Véase ATRIA LEMAÎTRE, 2011: 68 (sosteniendo que un principio es un estándar que no supone ponderación, sino que la requiere [...] Una regla es la expresión de un juicio de ponderación ya realizado).

⁵⁷ ALEXY, 2019d: 214.

⁵⁸ Cfr. KLATT, 2019b: 168 y s.

⁵⁹ Véase HALE, 2012: 117-120.

to constitucional, entonces puede afirmarse que existe una conexión necesaria entre derechos fundamentales y EP. Para el resto de los casos, la conexión no se verifica. Desde luego, esto reduce notablemente el alcance de la tesis de Alexy, pues a pesar de mantener el lenguaje de la necesidad, su pretensión de construir un argumento universal en favor del EP se ve socavado.

En razón de lo anterior, el argumento analítico no puede justificar el EP. Se requiere un argumento de una naturaleza diferente. Un argumento moral se presenta como una alternativa promisoría.

2.2. El argumento moral

Recientemente, Matthias Klatt ha articulado una sofisticada fundamentación moral del EP⁶⁰. En su opinión, el EP constituye una de las expresiones de la institucionalización de un derecho básico a la justificación⁶¹.

Aun cuando concurre con el argumento analítico trazado por Alexy, Klatt afirma que el EP obtiene una fundamentación más intensa si se incorpora un argumento normativo⁶². Este argumento normativo goza de validez universal, es decir, no se encuentra acotado a una determinada jurisdicción, sino que se extiende a toda práctica de adjudicación de conflictos entre derechos fundamentales⁶³. El EP, continúa Klatt, es válido universalmente pues constituye uno de los elementos centrales de la configuración de un espacio de razones anclado en un derecho moral básico a la justificación⁶⁴, tal como lo ha desarrollado Rainer Forst⁶⁵. En este sentido, el EP forma parte de la gramática universal de un constitucionalismo que es leal al principio de respeto de la dignidad humana⁶⁶.

En lo que sigue presentaré los lineamientos de la tesis moral defendida por Rainer Forst (2.2.1), para luego describir la tesis de Matthias Klatt (2.2.2) y finalizar con algunas observaciones críticas (2.2.3).

2.2.1. Forst y el derecho a la justificación

Rainer Forst es un filósofo alemán heredero de la Escuela de Fráncfort. Inspirado por la obra de Jürgen Habermas, ha elaborado una original aproximación a la ética del discurso, expandiendo sus horizontes de aplicación.

⁶⁰ KLATT, 2019b.

⁶¹ *Ibid.*: 161.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Véanse FORST, 2011b; FORST, 2011g; FORST, 2016.

⁶⁶ Sobre el vínculo entre derecho a la justificación y dignidad humana, véase FORST, 2014.

Los seres humanos —subraya Forst— en tanto fundamento último de la moral, forjamos una práctica en virtud de la cual nos reconocemos recíprocamente el estatus de personas morales por el solo hecho de compartir membresía en la especie humana⁶⁷. Tal reconocimiento descansa en nuestra naturaleza de *seres de justificación*⁶⁸. Los seres humanos —prosigue Forst— nos hallamos equipados para ofrecer justificaciones en relación con nuestras creencias y acciones, es decir, podemos actuar guiados por razones y hacernos responsables de nuestra conducta⁶⁹. Por un lado, los seres humanos brindamos razones que justifican nuestro actuar como manifestación de respeto hacia el resto de los integrantes de su especie —*i. e.* un deber—; y, por otro lado, demandamos ser respetados por estos de igual manera —*i. e.* derecho—⁷⁰. El resultado de lo anterior es la configuración intersubjetiva de un estatus normativo que igualmente detentamos todos los seres humanos. Este estatus normativo —según Forst— adquiere la forma de un derecho a veto en contra de las acciones y normas que no se hallen justificadas, es decir, un derecho moral a la justificación⁷¹.

En virtud de este derecho, se articula una práctica de interacción moral en la cual no hay un «*stock* de verdades morales» que solo caben ser descubiertas, sino que, por el contrario, un espacio social en el que tales verdades se *construyen* mediante un juego deliberativo en el que los seres humanos ofrecemos y pedimos razones⁷².

Ahora bien, ¿cómo podemos determinar qué razones son válidas? Según Forst, el ejercicio de la razón práctica se halla gobernado por el *principio de justificación*, conforme al cual el tipo de justificación que sea pertinente depende del tipo específico de pretensión de validez que se entable⁷³. Las condiciones de validez de una pretensión —cree Forst— se reconstruyen pragmáticamente, esto es, a partir de las propias prácticas de justificación⁷⁴. Forst distingue cuatro contextos de justificación: ético, jurídico, político y moral⁷⁵. Acá solo interesa este último.

El contexto moral de justificación se caracteriza por ser articulado desde la idea de universalidad. Forst descompone esta idea en dos condiciones que deben satisfacerse copulativamente: una pretensión de corrección moral se desempeña exitosamente, si, y solo si, no puede ser rechazada sobre la

⁶⁷ FORST, 2011c: 60.

⁶⁸ FORST, 2011a: 1.

⁶⁹ FORST, 2002: 256.

⁷⁰ FORST, 2011d: 67. Sobre el problema de la falacia naturalista, véase KLATT, 2019b: 165-168.

⁷¹ FORST, 2011d: 67.

⁷² FORST, 2011b: 22.

⁷³ *Ibid.*: 18; FORST, 2017: 24.

⁷⁴ FORST, 2017: 24. Sobre la cercanía entre Forst y Robert Brandom respecto a la comprensión de la normatividad, véase KLATT, 2019b: 166-168.

⁷⁵ FORST, 2002: 256.

base de razones que sean aceptables general y recíprocamente⁷⁶. En la versión más refinada de su teoría, Forst fragmenta la *reciprocidad* en una reciprocidad de contenido y una de razones⁷⁷. La primera requiere que el contenido de la pretensión no excluya a otros que se encuentren en las iguales condiciones: «ninguna de las partes involucradas puede reclamar derechos o privilegios que niegan a otros»⁷⁸. La segunda clase de reciprocidad exige que quien entabla la pretensión de corrección moral no proyecte su auto-interés ni concepción del bien en los otros⁷⁹.

En lo que concierne a la *generalidad* como criterio de justificación moral, Forst señala que «todos aquellos afectados tienen un derecho equivalente a requerir justificaciones»⁸⁰. Esto incluye tanto un criterio material como uno procedimental. De acuerdo con el primero, las razones que se ofrecen para justificar una norma moral deben tomar en cuenta los intereses de todos los potencialmente afectados⁸¹. De acuerdo con el segundo, todos los seres humanos gozan de igual autoridad para participar en el discurso de justificación, ya sea pidiendo razones u objetando la corrección de la pretensión entablada⁸².

En los términos de Forst, este derecho moral a la justificación es el fundamento de los derechos humanos⁸³ y recibe expresión institucional mediante una democracia deliberativa⁸⁴. El EP, en opinión de Klatt, es uno de los elementos de aquella forma de organización del poder político.

2.2.2. *Derecho a la justificación y examen de proporcionalidad*

Como se indicó al comienzo, Matthias Klatt comparte el argumento analítico desarrollado por Alexy⁸⁵, no obstante, sugiere que pueden proveerse razones más fuertes para defender la validez universal del EP como método de solución de conflictos entre derechos fundamentales⁸⁶. Estas razones tienen naturaleza normativa. Klatt, en consecuencia, perfila una *defensa normativa* del carácter universalmente válido del EP⁸⁷.

⁷⁶ *Ibid.*: 268 y s.; FORST, 2011b: 19; FORST, 2011c: 49; FORST, 2017: 28-32.

⁷⁷ FORST, 2011a: 6.

⁷⁸ FORST, 2011e: 129 y s.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*: 130.

⁸¹ FORST, 2011a: 6.

⁸² FORST, 2011b: 20; FORST, 2016.

⁸³ Véase FORST, 2016.

⁸⁴ Véase FORST, 2011f.

⁸⁵ KLATT, 2019b: 161. Defender una tesis analítica y normativa presenta dificultades, puesto que a la luz de la primera existe una relación necesaria entre derechos fundamentales y EP, no habiendo alternativas. En cambio, la segunda tesis presupone la existencia de más de una alternativa, proveyendo razones en favor de una de ellas.

⁸⁶ *Ibid.*: 160.

⁸⁷ *Ibid.*: 161.

El argumento descansa en una comprensión no-positivista del derecho, tal como ha sido expuesta por Robert Alexy⁸⁸. De acuerdo con este: el derecho necesariamente exhibe una doble naturaleza; por un lado, una dimensión fáctica y, por otro, una ideal⁸⁹. Acá interesa esta última.

El sistema jurídico en general y cada uno de los actos jurídicos en particular —*e. g.* sentencia judicial, ley o acto administrativo— reclama ser procedimental y sustantivamente correcto⁹⁰. Esta pretensión, sostiene Alexy, comporta una «exigencia de corrección moral»⁹¹. En lo que concierne a nuestro estudio, lo anterior significa que toda afectación de un derecho fundamental erige una pretensión de corrección de naturaleza moral. Lo mismo puede afirmarse de las proposiciones que dan forma al ejercicio argumentativo en el que se ponderan derechos fundamentales.

En la formulación de Alexy, la pretensión de corrección posee tres elementos. En primer lugar, la aserción de corrección sustantiva y procedimental del acto jurídico. En segundo lugar, la garantía de justificabilidad. Y, por último, la expectativa de aceptación de la corrección del acto por cualquier tercero razonable que adopte la perspectiva del sistema jurídico concreto⁹². Klatt sostiene que el derecho a la justificación se vincula al segundo elemento⁹³. Los agentes estatales al intervenir en la esfera de protección de un derecho consagrado en la Constitución suscriben un compromiso discursivo (*discursive commitment*), en tanto se comprometen a ofrecer razones que justifiquen la referida intervención⁹⁴. Consecuentemente, la pretensión de corrección —sugiere Klatt— goza de prioridad frente al derecho a la justificación, puesto que este último es solo *uno* de los elementos de la primera⁹⁵.

Klatt sostiene que la definición de los criterios de corrección es, parcialmente, una cuestión contextual: cada sistema jurídico los determina. Sin embargo, habría a la vez un aspecto universal: la generalidad y reciprocidad⁹⁶. Como se indicó con anterioridad, bajo la ética del discurso estos criterios perfilan el ámbito de lo moral y, según Klatt, se encontrarían encarnados en los tres elementos de la pretensión de corrección que necesariamente entabla el derecho⁹⁷.

De esta forma, Klatt traza el vínculo entre la pretensión de corrección del derecho y el derecho moral básico a la justificación. En este esquema de en-

⁸⁸ ALEXY, 2011a.

⁸⁹ *Ibid.*: 29. Para una acabada presentación de la teoría de Alexy, véase KLATT, 2020.

⁹⁰ ALEXY, 2005: 35.

⁹¹ ALEXY, 2011a: 30.

⁹² ALEXY, 2005: 35.

⁹³ KLATT, 2019b: 171.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*: 172.

⁹⁷ *Ibid.*

tendimiento de los sistemas jurídicos como práctica social, el EP se presenta como un eje articulador del carácter argumentativo de estos. El EP da forma a un espacio discursivo en la adjudicación de derechos constitucionales, en el que se determina la justificación de las pretensiones de corrección erigidas en la afectación de aquellos. «El derecho a la justificación implica un derecho al examen de proporcionalidad», afirma Klatt⁹⁸.

Distanciándose de Forst, Klatt cree que los criterios de corrección no deben reducirse a los aspectos formales de la generalidad y reciprocidad. En cambio, deberían incluir también un aspecto material, a saber, el respeto de los derechos fundamentales⁹⁹. Si esto es así, piensa Klatt, es correcto concluir que los derechos humanos son previos al derecho a la justificación —contra lo defendido por Forst—. El derecho a la justificación adquiere sentido en tanto un derecho humano ha sido afectado. Los derechos humanos, entonces, tienen prioridad analítica¹⁰⁰. En palabras de Klatt:

Los derechos humanos demandan ser institucionalizados y aplicados correctamente, y esta corrección implica un derecho a la justificación. A su vez, el derecho a la justificación implica un derecho al examen de proporcionalidad. Por otro lado, este último derecho exige argumentar en base a la sustancia de los derechos humanos. De esta manera, el círculo analítico es clausurado: comienza y culmina con los derechos humanos sustantivos y posee dos elementos formales en el medio —i. e. el derecho a la justificación y el derecho al examen de proporcionalidad—¹⁰¹.

Bajo esta aproximación deliberativa, el EP, en tanto estructura de justificación, contribuye a que prevalezcan las mejores razones¹⁰². Ahora bien, lo que cuenta como las «mejores razones» no puede determinarse mediante un ejercicio definitivo, por el contrario, existe una permanente apertura a potenciales refutaciones. El EP permite que la adjudicación constitucional se forje a la luz de esta concepción diacrónica de la argumentación. Cada juez —sugiere Klatt— hereda un cuerpo de decisiones previas que configuran cargas de argumentación para aquel que desafíe su corrección. Lo anterior, fortalece la certeza y coherencia de un sistema jurídico¹⁰³.

Junto a lo anterior, la estructura del EP habilita para una justificación formal y sustantiva de la limitación de un derecho fundamental, tal como lo requiere el derecho a la justificación¹⁰⁴. La justificación formal se expresa en la justificación interna del EP, esto es, en la satisfacción de sus cuatro etapas o reglas. La justificación sustantiva, en cambio, se expresa en la

⁹⁸ *Ibid.*: 175.

⁹⁹ *Ibid.*: 173.

¹⁰⁰ *Ibid.*: 175.

¹⁰¹ *Ibid.* Para una crítica, véase FORST, 2019: 332.

¹⁰² KLATT, 2019b: 175 y s.

¹⁰³ *Ibid.*: 175-178.

¹⁰⁴ *Ibid.*: 173, 178.

justificación externa de las proposiciones empleadas en el EP¹⁰⁵. Bajo una comprensión teórica-discursiva del derecho —apunta Klatt—, esto se traduce en la incorporación de una teoría de la argumentación jurídica en el EP. A la luz del modelo alexiano, comporta defender la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctico-general. Por tanto, concluye Klatt la ponderación constituye un ejemplo de razonamiento moral¹⁰⁶.

Finalmente, el argumento de naturaleza normativa elaborado por Klatt se cierra con una consideración contextualista. A pesar de la validez universal del EP, este es sensible a cuestiones culturales. La justificación interna del EP es universalmente aplicable, mientras que la justificación externa permite incluir específicas comprensiones de lo que es correcto en atención a cada una de las etapas del EP. Con todo, el universo de las respuestas contextualmente correctas se halla demarcado por aquellas respuestas que, de acuerdo con las reglas del discurso práctico, son discursivamente necesarias y discursivamente imposibles¹⁰⁷. Esto permite hablar de una dimensión relativa y otra absoluta del EP¹⁰⁸.

2.2.3. *Observaciones críticas*

No es el lugar para un acabado análisis de la defensa normativa de Matthias Klatt, sin embargo, mencionaré dos puntos que resultan de interés para una discusión posterior.

El argumento de Klatt puede descomponerse en dos partes: por un lado, la conexión entre el derecho a la justificación y el derecho y, por otro lado, la conexión entre el derecho a la justificación y el EP. Este último aspecto depende de lo primero, es decir, la plausibilidad de esta conexión depende de la caracterización que se realice de la primera conexión.

Uno de los elementos de la primera conexión reside en el contenido de los criterios de corrección. Klatt corrige a Forst, sosteniendo que generalidad y reciprocidad no son criterios suficientes —aun cuando sí son necesarios— para determinar la corrección de una proposición normativa¹⁰⁹. Contra lo que pudiere preverse, el déficit no radica en la falta de consideración de los rasgos

¹⁰⁵ *Ibid.*: 179.

¹⁰⁶ *Ibid.*: 179, 181. Que la tesis del caso especial coincida con el razonamiento moral es disputable, como lo ha sostenido el propio Alexy en su réplica a la crítica de Habermas. Véase ALEXY, 1996: 1033. Con todo, en el plano constitucional la tesis no es controvertida, por lo cual no es un problema para el argumento de Klatt.

¹⁰⁷ KLATT, 2019b: 183.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*: 173.

procedimentales del derecho, sino de sus rasgos sustantivos, los cuales se vinculan a los derechos humanos¹¹⁰.

En mi opinión, el problema radica en la falta de diferenciación de los órdenes normativos. Forst distingue cuatro órdenes normativos: ético, jurídico, político y moral¹¹¹. Sin embargo, no es clara su demarcación. Mientras que la especificación de los órdenes ético y moral es desarrollada en extenso por Forst, no ocurre lo mismo con el orden político y, especialmente, con el orden jurídico¹¹². Esto es relevante pues los criterios de corrección —creen tanto Klatt como Forst— se reconstruyen recursivamente desde las propias prácticas sociales de justificación¹¹³. Generalidad y reciprocidad corresponden a la reconstrucción del principio de justificación del orden moral. Klatt afirma que el razonamiento en torno a derechos fundamentales es razonamiento moral¹¹⁴. Sin embargo, agrega que en la dimensión jurídica también el respeto a los derechos fundamentales es relevante¹¹⁵. Esto es impreciso, por cuanto es justamente en el ámbito moral donde los derechos fundamentales son discursivamente contruidos a partir del derecho a la justificación¹¹⁶. El orden jurídico, más bien, parece caracterizarse por su atención a rasgos formales o procedimentales que expresarían la dimensión real del derecho. Los rasgos sustantivos del orden jurídico podrían, en cambio, ser leídos como una proyección del orden moral en este. En suma, la debida caracterización de los criterios de corrección y, por tanto, de la relevancia del EP es dependiente de una refinación de tanto la comprensión de los órdenes normativos jurídico y moral como de su interacción¹¹⁷.

En su trabajo, Klatt sugiere adicionalmente que el EP es sensible a condiciones socio-culturales, pues estas podrían ser integradas en la justificación externa de las proposiciones empleadas en el juicio de ponderación¹¹⁸. Esto también es problemático, por cuanto que el EP sea neutral respecto a *teorías morales* no significa que sea neutral respecto a *la moral*. Si el derecho entabla una pretensión de corrección de naturaleza moral —como lo sugiere Alexy y suscribe Klatt—, entonces, para ser coherentes, deberíamos concluir que cualquiera que sea la teoría moral empleada esta debe basarse en los criterios de generalidad y reciprocidad.

Klatt también indica que la sensibilidad cultural se manifestaría en el espacio de lo discursivamente *posible*. Esta tesis, sin embargo, se halla en ten-

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ FORST, 2002: 256.

¹¹² Forst desarrolla la distinción en su tesis doctoral. FORST, 2002: 241.

¹¹³ FORST, 2011c: 48 y s.; FORST, 2019: 22-25; KLATT, 2019b: 165-168.

¹¹⁴ KLATT, 2019b: 179.

¹¹⁵ *Ibid.*: 173.

¹¹⁶ FORST, 2019: 332.

¹¹⁷ Sobre tal interacción y el concepto de arbitrariedad jurídica, véase MORALES ZÚÑIGA, 2019: 168 y s.

¹¹⁸ KLATT, 2019b: 182.

sión con la defensa de una moral cognitivista y la orientación pragmática de la existencia de respuestas correctas en asuntos prácticos¹¹⁹. Por lo demás, la tesis de Klatt puede predicarse no solo del EP, sino que de cualquier forma de aplicación de derechos fundamentales que establezca una esfera de discreción para casos de desacuerdos razonables.

3. EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD

Una vieja objeción al EP se dirige a su racionalidad. La solución a una colisión entre derechos fundamentales —sostienen los críticos— no podría anclarse en estándares racionales¹²⁰. En cambio, tales decisiones se basarían en meras intuiciones o posiciones subjetivas de aquellos que detentan la competencia para adoptarlas, en particular, de los jueces¹²¹. Si este es el caso, entonces, el sistema jurídico erosiona su certeza, afectándose uno de los principios del constitucionalismo moderno, *i. e.* el estado de derecho¹²². A su vez, se generaría un desequilibrio en la distribución de poderes, fortaleciendo a la judicatura en desmedro de las legislaturas elegidas democráticamente. Esto puede ser llamado el problema de la autoridad del EP.

El problema de la autoridad presenta tres niveles. El primero se vincula al escepticismo respecto del estatus epistémico del EP. A pesar de que esta objeción ha sido reiteradamente replicada por los defensores del EP, los críticos han persistido. Aquí basta subrayar, una vez más, que la defensa teórico-discursiva del EP se construye a partir del pilar del cognitivismo práctico. La justificación externa del juicio de ponderación debe ser entendida a la luz de una teoría de la argumentación práctico-general y jurídica en particular¹²³. Como lo ha apuntado Alexy:

Las proposiciones del examen de proporcionalidad [...] entablan una pretensión de corrección, la cual se encuentra respaldada por proposiciones —en tanto razones— acerca de los grados de intensidad. Esto basta para no desterrar la ponderación del reino de la justificación y de la corrección¹²⁴.

Ahora bien, aun cuando se reconozca que el EP habite el espacio social en el cual se intercambian razones, podría aun cuestionarse que este solo proveería soluciones *ad hoc*¹²⁵. Cada caso particular sería un universo constitucional

¹¹⁹ Véanse ALEXY, 1988a: 58 y s.; ALEXY, 1988b: 151.

¹²⁰ Para una réplica reciente a esta objeción, véase ALEXY, 2019i: 341-345.

¹²¹ Una reciente formulación de esta crítica se encuentra en URBINA MOLFINO, 2017: 125 y ss.

¹²² *Ibid.*: 147 y ss. Véase en la presente monografía: capítulo III, epígrafe 2.

¹²³ Véase en la presente monografía: capítulo III, epígrafe 3.

¹²⁴ ALEXY, 2019b: 115 y s. (traducción modificada). En contraste, Kai Möller sostiene que una teoría del razonamiento moral en la ponderación no existe, por lo cual debemos descansar en nuestras intuiciones al ponderar derechos en conflicto. MÖLLER, 2012: 728.

¹²⁵ Para una descripción del punto, véase BONGIOVANNI Y VALENTINI, 2018: 602-604. Véase en la presente monografía: capítulo III, epígrafe 2.

específico, lo cual impediría la predictibilidad de las decisiones judiciales. Este es el segundo nivel del problema de la autoridad.

Es cierto que el EP es contextual —*i. e.* atiende a las circunstancias que perfilan el caso concreto—, sin embargo, la reconstrucción de Alexy provee una herramienta que permite proteger la certeza de sistema jurídico y con ello el estado de derecho¹²⁶. Alexy sostiene que el resultado de la aplicación del EP es una regla de preferencia condicionada, lo cual es representado mediante la *Ley de la Colisión*:

Las condiciones en las cuales un principio tienen precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente¹²⁷.

Estas reglas, piensa Alexy, deben exhibir un «nivel adecuado de concreción» para poder predicar racionalidad del EP¹²⁸. Desde luego, cuál sea el poder normativo de estas reglas para decidir casos futuros dependerá del diseño institucional de cada sistema jurídico.

Junto a lo anterior, como se advirtió en la sección previa, el EP tiene lugar en una esfera social abierta en la cual se participa en un juego *infinito* de dar y pedir razones. Esto es relevante por cuanto en tal juego, como ha indicado Klatt, cada juez hereda un cuerpo de decisiones pasadas resultantes de la aplicación del EP, configurando respuestas *prima facie* a nuevas colisiones¹²⁹. Klatt denomina a este fenómeno normativo la «dimensión diacrónica del EP»¹³⁰. El cuerpo de decisiones previas configura cargas de argumentación para aquellos que pretendan desafiarlo¹³¹, lo cual contribuye a generar un sistema que, por un lado, es sensible a las peculiaridades de casos nuevos y, por otro lado, resguarda el valor de la certeza jurídica.

El tercer nivel del problema de la autoridad concierne al desequilibrio institucional que introduciría el EP: el poder político sería desplazado hacia la judicatura. La teoría de los principios ha reconocido este problema y ha afirmado que la solución se hallaría en el interior de la propia teoría. Un adecuado equilibrio entre las distintas instituciones democráticas puede alcanzarse si se aplica el EP —en particular la ponderación— al problema de la demarcación de las competencias. Aquí me centraré en la versión de Matthias Klatt¹³².

¹²⁶ Véase ALEXY, 2019i: 345 y ss.

¹²⁷ ALEXY, 2008: 75. Véase también BONGIOVANNI y VALENTINI, 2018: 603 y s.

¹²⁸ ALEXY, 2019i: 349.

¹²⁹ KLATT, 2019b: 176 y s. Véanse ALLAN, 2012: 141; BERNAL PULIDO, 2012: 58. Cfr. MORESO, 2017.

¹³⁰ KLATT, 2019b: 177.

¹³¹ *Ibid.* Véase también ALEXY, 2018: 878.

¹³² El desarrollo más elaborado se encuentra en su tesis de habilitación. KLATT, 2014. Para visiones alternativas, véanse ALEXY, 2019g; BOROWSKI, 2010; BOROWSKI, 2015; PORTOCARRERO QUISPE, 2016: 168 y ss.; SIECKMANN, 2016.

En opinión de Klatt, las normas de competencia pueden ser reconstruidas como principios, es decir, como mandatos de optimización¹³³. A diferencia de los principios que consagran derechos humanos, que pueden ser denominados principios *materiales*, los principios que aquí se abordan son *formales*¹³⁴. Su objetivo es la optimización del «poder de autoridad para establecer el contenido material», sugiere Klatt¹³⁵. De este modo, tratándose de conflictos entre normas de competencia, la aplicación del EP determina el nivel definitivo de realización del contenido de los principios formales en juego¹³⁶, trazando una relación de preferencia condicionada para cada caso¹³⁷. Tal como en la ponderación de principios materiales, el resultado es susceptible de justificación y control argumentativo racional.

Quienes suscriben la objeción contra el EP, sugiere Klatt, descansan en una comprensión binaria de la autoridad jurídica: o se tiene o no se tiene. El modelo de los principios formales, en cambio, sostiene que la autoridad jurídica admite gradación¹³⁸, por lo cual tiene la ventaja de que las competencias en colisión no se invalidan, sino que «ambas deben retroceder tanto como sea necesario para realizar un determinado grado de la otra competencia respectivamente»¹³⁹. Entonces, como lo señala Klatt, este método conduciría a un estado de «concordancia práctica institucional»¹⁴⁰.

El eje de la teoría radica en la transferencia de la ley de la ponderación de Alexy al ámbito de las competencias¹⁴¹. La formulación de Klatt de la transferencia de los tres pasos de la ponderación es la siguiente:

El primer paso consiste en establecer el grado de no-satisfacción de la primera competencia. En el segundo paso, se establece la importancia de satisfacer la competencia en colisión. Por último, en el tercer paso, se establece si la importancia de satisfacer esta última justifica la no-satisfacción de la primera¹⁴².

Tal como en el ámbito de los derechos constitucionales, puede emplearse una escala triádica —*i. e.* leve, medio, grave— para determinar el peso concreto de cada una de las competencias, lo cual permite efectuar un juicio comparativo que justifica una relación de precedencia condicionada entre estas¹⁴³. La corrección de la relación condicionada de las competencias expresa la se-

¹³³ KLATT, 2015: 363 y s.; KLATT, 2016: 191 y s.; KLATT, 2019a: 24.

¹³⁴ KLATT, 2015: 364; KLATT, 2016: 192; KLATT, 2019a: 24.

¹³⁵ KLATT, 2015: 364; KLATT, 2016: 193; KLATT, 2019a: 24 y s.

¹³⁶ KLATT, 2016: 193.

¹³⁷ KLATT, 2019a: 27.

¹³⁸ KLATT, 2015: 364; KLATT, 2016: 194; KLATT, 2019a: 25; KLATT, 2019b: 172: 188.

¹³⁹ KLATT, 2016: 188 y s.

¹⁴⁰ *Ibid.*: 188.

¹⁴¹ KLATT, 2015: 366; KLATT, 2016: 195.

¹⁴² KLATT, 2015: 366; KLATT, 2016: 195 y s. (traducción modificada).

¹⁴³ KLATT, 2015: 366; KLATT, 2016: 196.

gunda dimensión de la pretensión corrección erigida por el derecho, la cual por un lado exige corrección material y, por otro lado, corrección formal¹⁴⁴.

Un aspecto interesante de la aproximación de Klatt es su elaboración de una serie de factores que deben ser juzgados conjuntamente para justificar el peso específico de las competencias. Entre ellos se encuentran la legitimidad democrática de la autoridad a la cual se le atribuye la competencia, la seguridad epistémica de las premisas utilizadas, la relevancia del principio material en juego y la calidad de la decisión adoptada en ejercicio de la competencia¹⁴⁵. Dado que el juicio de ponderación es contextual, los valores variarán caso a caso¹⁴⁶.

No cabe duda de que la introducción de estos factores dota de transparencia y mayor racionalidad a la decisión que se adopte, sin embargo, cada uno de los factores es profundamente polémico. Esto nos conduce a preguntarnos: ¿quién debe ponderar las competencias? ¿Se trata de un modelo dirigido al titular del poder constituyente o, en cambio, a la judicatura constitucional?

Klatt ha sido vacilante al responder esta interrogante. En un primer momento, sostuvo que la tesis de los principios formales no tenía como objetivo resolver este conflicto de competencias de *segundo* orden, sino solo apuntar los criterios y el modo de resolución racional de conflictos de competencias de *primer* orden¹⁴⁷. Sin embargo, en otro lugar parece entender que son las cortes las que debiesen decidir estas cuestiones:

Las cortes debiesen poner mucha más energía en justificar explícitamente la intensidad del control que ha elegido para cada caso. Las cortes están habituadas a justificar sus decisiones en cuanto a la ponderación de principios materiales, sin embargo, la mayoría de las decisiones carece de transparencia y de argumentos elaborados en relación con la precisa importancia que la corte le asigna a su propia competencia de control¹⁴⁸.

Esta última lectura del trabajo de Klatt se ve reforzada al prestar atención a la operativa de la ponderación. Según Klatt, en los casos concretos, principios formales y principios materiales deben ser ponderados separadamente. Klatt denomina esta aproximación el «modelo de la separación»¹⁴⁹. Por ejemplo,

¹⁴⁴ KLATT, 2015: 365.

¹⁴⁵ KLATT, 2015: 367-373; KLATT, 2016: 198-202.

¹⁴⁶ KLATT, 2016: 202 y s. Un ejemplo de la aplicación de esta teoría puede consultarse en KLATT, 2015: 376-381.

¹⁴⁷ La traducción al español no contiene esta sección, véase versión en inglés: M. KLATT, 2015: «Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts», *Global Constitutionalism*, 4 (2), 217.

¹⁴⁸ KLATT, 2015: 373. Véase también: «La correcta intensidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes no debe ser determinada en abstracto, sino que, por el contrario, las cortes siempre deberían tener un amplio rango de intensidades de control a su disposición». *Ibid.*: 381.

¹⁴⁹ KLATT, 2019a: 34.

tratándose de la cuestión del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este modelo permitiría que solo los principios formales desempeñaran un rol en la ponderación que establece la legitimidad del control. Simétricamente, la ponderación de principios materiales se encontraría libre de consideraciones vinculadas a las competencias¹⁵⁰. Lo anterior sugiere que es el propio juez el que, en conocimiento de un conflicto entre derechos fundamentales, debe decidir tanto respecto de la legitimidad de su competencia como de la cuestión sustantiva¹⁵¹.

En resumen, la teoría de la concordancia práctica institucional de Klatt ofrece una aproximación innovadora al problema de la autoridad. Sin embargo, dos aspectos deben ser clarificados. Por una parte, su ontología de las normas. Klatt afirma que las normas de competencia *son* principios. Sin embargo, no queda claro que pueda significar esto. ¿Afirma Klatt que todas las normas de competencia son principios en vez de reglas? Si este es el caso, ¿se trata de una afirmación conceptual? Como vimos en el apartado precedente, Alexy tiene dificultades a la hora de trazar una conexión conceptual entre derechos fundamentales y principios. En mi opinión, estas mismas dificultades se presentan en el ámbito de las competencias. Un camino alternativo consiste en justificar por razones *normativas* que la mejor manera de entender las normas de competencia es como principios. Desde luego, quedaría todavía abierta la pregunta respecto de si en todos los casos deben tratarse como principios o si el juez debería decidir caso a caso si las trata como principios o como reglas.

Además, esta teoría debe hacer transparente si su alcance se dirige al problema de la justificación de un diseño institucional que consagre el control judicial de constitucional de la ley o, en cambio, a la justificación de la intensidad del control de un sistema que ya tiene consagrado en su estructura tal mecanismo. La teoría de los principios formales provee transparencia respecto a la primera posibilidad, ofreciendo un marco argumentativo racional que debiese utilizar el legislador constituyente. En cuanto a la segunda posibilidad, el asunto es más complicado. Si la teoría de la concordancia práctica institucional se presenta como una forma de resolver el problema de legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes, me parece que reproduce el problema. Esto en tanto atribuye a las propias cortes la responsabilidad de determinar el alcance de sus competencias a la luz de criterios tan flexibles y polémicos como la legitimidad democrática de la competencia y la calidad de la decisión controlada —*i. e.* la calidad del procedimiento legislativo—. Desde luego, esta teoría provee mayor transparencia argumentativa por parte de los tribunales, pero dista bastante de resolver el problema de legitimidad. No basta afirmar que se trata de un enfoque flexible, puesto que la cuestión previa

¹⁵⁰ *Ibid.*: 35.

¹⁵¹ Véase también KLATT, 2016: 169.

es si acaso es legítimo del todo que los tribunales controlen las decisiones que han adoptado las legislaturas democráticamente representativas¹⁵².

Una teoría que extiende a todos los aspectos la flexibilidad de los principios corre el riesgo de ignorar la conquista moderna de diferenciación funcional entre el ámbito de lo jurídico y de lo moral, en virtud de la cual en sede jurisdiccional hay asuntos que no se discuten aun cuando sea moralmente incorrectos. El ámbito de las competencias es uno de los ámbitos en que tal conquista se manifiesta con mayor intensidad.

4. CONCLUSIÓN

Este estudio ha abordado dos de los tópicos que actualmente se discuten respecto al EP. Como pudo advertirse, si bien hay líneas promisorias de desarrollo, aún hay mucho espacio para consolidar este método argumentativo de solución de conflicto entre derechos fundamentales. Desde luego, el EP presenta más desafíos, en particular, en lo que podría denominarse su parte especial. ¿Puede el EP aplicarse al derecho a la igualdad? Si es el caso ¿debe realizarse alguna modificación a su estructura o puede seguirse el esquema de cuatro reglas? ¿Existe algún obstáculo para aplicar el EP a los derechos sociales? ¿Es equivalente a aplicarlo a libertades? ¿Puede aplicarse el EP a relaciones entre particulares —*i. e.* efecto horizontal—? Junto a esto, sigue discutiéndose si acaso el EP es compatible con derechos que nuestras tradiciones constitucionales consideran absolutos, *e. g.* derecho a no ser torturado, derecho a la dignidad humana.

Agradezco a los autores de este estudio monográfico su voluntad para aceptar este proyecto de traducción. En particular al profesor Matthias Klatt, por haber dispuesto generosamente de su tiempo con el fin de discutir aspectos de la traducción y corregir errores formales de la edición original. Así mismo, extendiendo mis agradecimientos a los directores de la prestigiosa colección Filosofía y Derecho de la editorial Marcial Pons, y especialmente a Lola Fisac, por su imprescindible trabajo y paciencia a lo largo de este proyecto.

Héctor A. MORALES ZÚÑIGA

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., 1988a: «Problems of Discourse Theory», *Crítica*, 20 (58): 43-65.
 — 1988b: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5: 139-151.

¹⁵² Para una réplica sobre los problemas de certeza que podría causar un enfoque flexible, véase KLATT, 2015: 373 y s.

- 1996: «Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse», *Cardozo Law Review*, 17: 1027-1034.
 - 2000: «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», año 5 (8): 21-42.
 - 2005: «Derecho y corrección», en ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares, 31-54.
 - 2008: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. en español, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
 - 2011a: «La doble naturaleza del derecho», en BERNAL PULIDO, C. (ed.), *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima: Palestra, 29-58.
 - 2011b: «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (enero-abril), 11-29.
 - 2012: «Comments and Responses», en KLATT, M. (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford: Oxford University Press, 319-356.
 - 2018: «Proportionality, Constitutional Law, and Sub-constitutional Law: A Reply to Aharon Barak», *International Journal of Constitutional Law*, 16 (3): 871-879.
 - 2019a: «Las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 77-90.
 - 2019b: «Los derechos fundamentales, la ponderación y la racionalidad», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 107-117.
 - 2019c: «Sobre la ponderación y la subsunción: una comparación estructural», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 163-180.
 - 2019d: «La construcción de los derechos fundamentales», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 211-223.
 - 2019e: «¿Dos o Tres?», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 225-236.
 - 2019f: «El control de constitucionalidad como representación argumentativa», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 251-263.
 - 2019g: «Los principios formales: algunas respuestas a los críticos», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 265-280.
 - 2019h: «La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 297-316.
 - 2019i: «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad», en ALEXY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra, 333-349.
- ALLAN, T. R. S., 2012: «Constitutional Rights and the Rule of Law», en KLATT, M. (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford: Oxford University Press, 132-151.
- ATRIA LEMAÎTRE, F., 2011: «Lo que importa sobre los principios», en ALDUNATE LIZANA, E., CARBONELL BELLOLIO, F., LETELIER WARTENBERG, R. et al. (eds.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago: Legal Publishing, 65-90.

- BERNAL PULIDO, C., 2012: «Precedents and Balancing», en BUSTAMANTE, T. y BERNAL PULIDO, C. (eds.), *On the Philosophy of Precedent*. Franz Steiner Verlag: Stuttgart, 51-58.
- 2015: «La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa», en CARBONELL, M., FIX FIERRO, H., GONZÁLEZ PÉREZ, L. R. *et al.* (eds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. I, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 235-276.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., 1993: «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 95-138.
- 2017: «Biographical Interview with Ernst-Wolfgang Böckenförde», en BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press, 369-406.
- BONGIOVANNI, G. y VALENTINI, C., 2018: «Balancing, Proportionality and Constitutional Rights», en BONGIOVANNI, G., POSTEMA, G. J., VALENTINI, C. *et al.* (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht: Springer, 581-612.
- BOROWSKI, M., 2010: «The Structure of Formal Principles - Robert Alexy's "Law of Combination"», en BOROWSKI, M. (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 19-35.
- 2015: «Robert Alexy's Reconstruction of Formal Principles», en OLIVEIRA, J. A., PAULSON, S. L. y TRIVISONNO, Alexandre (eds.), *Alexy's Theory of Law*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 95-109.
- CAMPBELL, C. y LEE, H. P., 2019: «Proportionality in Australian Public Law», en BREDA, V. (ed.), *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, Cambridge: Cambridge University Press, 158-182.
- CHIASSONI, P., 2011: «Alexy y la doble naturaleza del derecho: comentarios escépticos», en BERNAL PULIDO, C. (ed.), *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima: Palestra, 127-142.
- DWORKIN, R., 2013: «The Model of Rules I», en DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Oxford: Bloomsbury, 29-64.
- FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G. B., 2012: «Legal Defeasibility: A Survey», en FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford: Oxford University Press, 11-38.
- FINE, K., 2005: «The Varieties of Necessity», en FINE, K., *Modality and Tense: Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press, 235-260.
- FORST, R., 2002: *Contexts of Justice: Political Philosophy Beyond Liberalism and Communitarianism*, Berkeley, CA: University of California Press.
- 2011a: «Introduction: The Foundation of Justice», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 1-9.
- 2011b: «Practical Reason and Justifying Reasons: On the Foundations of Morality», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 13-42.
- 2011c: «Moral Autonomy and the Autonomy of Morality», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 43-61.

- 2011d: «Ethics and Morality», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 62-78.
 - 2011e: «Political Liberty: Integrating Five Conceptions of Autonomy», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 125-137.
 - 2011f: «The Rule of Reasons: Three Models of Deliberative Democracy», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 155-187.
 - 2011g: «The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights», en FORST, R., *The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice*, New York, NY: Columbia University Press, 203-228.
 - 2014: «The Grounds of Critique: On the Concept of Human Dignity in Social Orders of Justification», en FORST, R., *Justification and Critique: Towards a Critical Theory of Politics*, Cambridge: Polity Press, 95-108.
 - 2016: «The Justification of Basic Rights: A Discourse-Theoretical Approach», *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 45 (3): 7-28.
 - 2017: «Critique of Justifying Reason: Explaining Practical Normativity», en FORST, R., *Normativity and Power: Analyzing Social Orders of Justification*, Oxford: Oxford University Press, 21-35.
 - 2019: «The Constitution of Justification. Replies and Comments», en HERLIN-KARNELL, E. y KLATT, M., (eds.) MORALES ZÚÑIGA, H. A. (ed. asist.), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*, Oxford: Oxford University Press, 295-346.
- GRIMM, D., 2019: «Constitutionalisation without Constitution: A Democracy Problem», en BARBER, N. W., CAHILL, M. y EKINS, R. (eds.), *The Rise and Fall of the European Constitution*, Oxford: Hart Publishing, 23-40.
- HALE, B., 2012: «What is Absolute Necessity?», *Philosophia Scientiae*, 16 (2): 117-148.
- JACKSON, V. C., 2015: «Constitutional Law in an Age of Proportionality», *The Yale Law Journal*, 124: 3094-3196.
- JESTAEDT, M., 2012: «The Doctrine of Balancing: Its Strengths and Weaknesses», en KLATT, M. (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford: Oxford University Press, 152-172.
- KLATT, M., 2014: *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- 2015: «Positive Rights. Who Decides? Judicial Review in Balance», *International Journal of Constitutional Law*, 13 (2): 354-382.
 - 2016: «Ponderando competencias: acerca de cómo el cosmopolitismo institucional puede resolver conflictos jurisdiccionales», en PORTOCARRERO QUISPE, J. (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 159-220.
 - 2019a: «Judicial Review and Institutional Balance: Comments on Dimitrios Kyritsis», *Revus* (38): 21-38.
 - 2019b: «Proportionality and Justification», en HERLIN-KARNELL, E. y KLATT, M. (eds.) MORALES ZÚÑIGA, H. A. (ed. asist.), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*, Oxford: Oxford University Press, 159-196.

- 2020: «La filosofía del derecho de Robert Alexy como sistema», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43: 219-252.
- MÖLLER, K., 2012: «Proportionality: Challenging the Critics», *International Journal of Constitutional Law*, 10 (3): 709-731.
- MORALES ZÚÑIGA, H. A., 2019: «On the Moral Foundations of a Fair Trial», en FERREIRA LEITE DE PAULA, André y SANTACOLOMA SANTACOLOMA, A. (eds.), *Law and Morals*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- MORESO, J. J., 2017: «Atienza: dos lecturas de la ponderación», en AGUILÓ REGLA, J. y GRÁNDEZ CASTRO, P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial*, Lima: Palestra, 205-219.
- PETERSEN, N., 2017: *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PINO, G., 2017: «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Derecho & Sociedad*, 48: 211-223.
- PORTOCARRERO QUISPE, J., 2016: *La ponderación y la autoridad en el derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- RIVERS, J., 2018: «Proportionality in Practice: the British Experience», en BOROWSKI, M., PAULSON, S. L. y SIECKMANN, J.-R. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, Tübingen: Mohr Siebeck, 375-393.
- SCHAUER, F., 2012: «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», en FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford: Oxford University Press, 77-88.
- SIECKMANN, J.-R., 2016: «Principios formales», en PORTOCARRERO QUISPE, J. (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 261-309.
- SWEET, A. S. y MATHEWS, J., 2017: «Proportionality and Rights Protection in Asia: Hong Kong, Malaysia, South Korea, Taiwan - Whither Singapore?», *Journal of the Singapore Academy of Law*, 29: 774-779.
- URBINA MOLFINO, F., 2017: *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge: Cambridge University Press.
- YOWELL, P., 2014: «Proportionality in United States Constitutional Law», en LAZARUS, L., MCCRUDDEN, C. y BOWLES, N. (eds.), *Reasoning Rights*, Oxford: Hart Publishing, 87-114.