

# EL MODELO JURÍDICO DE REGLAS, PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DE ROBERT ALEXY\*

David Sobrevilla\*\*

## INTRODUCCIÓN

Robert Alexy planteó inicialmente un modelo jurídico de reglas y principios en su artículo «Zum Begriff des Rechtsprinzips»<sup>1</sup>, en el que comentaba y criticaba la distinción entre reglas y principios de Ronald Dworkin y, a la vez, la tomaba como punto de partida para su propia teoría. Desarrolló el modelo jurídico de reglas y principios en su libro *Theorie der Grundrechte*<sup>2</sup>, que fue su trabajo de habilitación. Posteriormente, Alexy ha ampliado su modelo a uno de reglas/principios/procedimientos en su artículo de 1987 «Rechtssystem und praktische Vernunft»<sup>3</sup> y en el de 1991 «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems»<sup>4</sup>.

En este texto nos referiremos ante todo a los precedentes del modelo jurídico de Alexy en el de Ronald Dworkin, luego a la primera versión de la propuesta del jurista alemán en la *Teoría de los derechos fundamentales* y, finalmente, a su ampliación y presentación (cuasi definitiva en los artículos de 1987 y de 1991).

---

\* Este trabajo fue preparado gracias a una estadia de investigación de enero a marzo de 1995 en el Seminario de Derecho de la Universidad de Kiel. Agradezco al Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) la concesión de una beca que posibilitó esta permanencia, al Prof. Robert Alexy su apoyo e ilustrativas conversaciones sobre la teoría del discurso y al Seminario su cordial hospitalidad. Lima, mayo de 1995.

\*\* Universidad de San Marcos, y Universidad de Lima, Perú.

<sup>1</sup> En: *Rechtstheorie*. Berlín, 1971; Cuaderno 1, 1979; pp. 59-87.

<sup>2</sup> Baden-Baden: Nomos, 1985; 2a. y 3a. ed. inalteradas en la editorial Suhrkamp en 1986 y 1994. La obra ha sido fielmente traducida por Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling como *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; citaremos por esta edición teniendo en cuenta el texto original.

<sup>3</sup> En: *Rechtstheorie*. Berlín, Nr. 18, 1987; pp. 405-419. El artículo ha sido traducido en el libro de Alexy, *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994; pp. 159-177.

<sup>4</sup> En: R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann (Eds.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*. Stuttgart: Steiner, 1991; pp. 30-44.

## 1. LOS PRECEDENTES DEL MODELO DE ALEXY EN EL DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin fue quien primero comprendió el derecho como un sistema o modelo de reglas y principios. En su libro *Taking Rights Seriously*<sup>5</sup>, Dworkin reunió un conjunto de artículos que había publicado desde fines de los años 60 y realizó una profunda crítica al positivismo jurídico contraponiendo un modelo de las reglas a otro de las reglas y principios. Según este autor el modelo de las reglas del positivismo estaba caracterizado por tres tesis fundamentales: (1) que los sistemas de reglas consisten de reglas especiales que se identifican no en razón de su contenido sino de su origen o procedencia (test of pedigree), diferenciándose de reglas que no son válidas o que son extrajurídicas. (2) Lo que es el derecho se determina exclusivamente sobre la base de estas reglas. Si ellas no fijan una decisión judicial, los jueces tienen un cierto margen de discrecionalidad para resolver el caso. Y (3) que las obligaciones jurídicas y los derechos sólo existen en razón de estas reglas.

Frente a este modelo, el de las reglas y principios tiene estas características: (1) los sistemas jurídicos contienen, al lado de reglas principios. Los principios se diferencian de las reglas, por las siguientes características: (a) porque en tanto que las reglas tienen el carácter de ser aplicables o no («todo o nada»), en cambio los principios están sujetos a la ponderación y tienen la propiedad del peso (un peso mayor o menor frente a otros principios). (b) Las reglas tienen una validez estricta, en tanto los principios pueden ser desplazados por otros principios. (2) Los jueces no tienen un margen de decisión sino que cuando se presentan casos difíciles se encuentran sometidos a los principios. Esta es la tesis *débil* de Dworkin, quien incluso llegó a sostener otra tesis *fuerte*: que en verdad sólo es posible ofrecer una única respuesta correcta a cada caso. (3) Los jueces no crean derechos a través de sus decisiones sino que fijan derechos políticos ya existentes.

En suma, para Dworkin existe una diferencia cualitativa entre reglas y principios. Él sostiene que en verdad no tendría mucho sentido tratar de realizar un catálogo completo de los principios, ya que ellos son discutibles, su peso es importante y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista se habría vuelto anticuado antes de que hubiéramos llegado a redactar la mitad de la misma. En el caso de las reglas es fundamental tomar en cuenta que si colisionaran con otras reglas, pueden dejar de aplicarse sin perder su vigencia: contienen cláusulas de excepción que prevén esta situación.

## 2. EL MODELO DE REGLAS/PRINCIPIOS DE ROBERT ALEXY

Alexy ha desarrollado el modelo de reglas/principios en su *Teoría de los derechos* fundamentales, como hemos dicho, exponiéndolo allí en relación al tema

---

<sup>5</sup> Harvard University Press, 1977.

del libro. Nosotros nos referiremos aquí sólo a la parte pertinente del texto, recurriendo a los ejemplos de derecho constitucional que allí pone.

En el capítulo segundo, «El concepto de normas de derecho fundamental», el autor presenta su idea sobre la norma (*Norm*) diferenciándola del enunciado normativo (*Normsatz*). Una norma es el significado de un enunciado normativo. Así, el enunciado normativo:

(1) Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero (art. 16, párrafo 2, frase 1 de la Constitución alemana)

contiene la norma (significa) que está prohibida la extradición de ningún alemán al extranjero. Esta norma hubiera podido ser expresada a través de otros enunciados normativos como por ejemplo:

(1) Está prohibido extraditar alemanes al extranjero.

O:

(1) Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero.

O a través de algún enunciado en otro idioma.

Que estos enunciados contienen normas, se lo reconoce de expresiones tales como «está prohibido», o «no puede», aunque sería posible que la norma también pudiera ser expresada sin tales expresiones, así por ejemplo, en esta forma:

(1) Los alemanes no serán extraditados al extranjero.

La norma es pues semánticamente un concepto primario con respecto al concepto del enunciado normativo. De allí que haya que buscar los criterios para identificar las normas no al nivel de los enunciados normativos sino al de las normas. Un criterio semejante se lo puede formular con ayuda de las modalidades deónticas del mandato, la prohibición y la permisión. Los enunciados que contienen estas modalidades son «enunciados deónticos». «Una expresión deóntica es también la expresión %tiene un derecho a...&Giros tales como %tiene un derecho a...&expresan,... modalidades deónticas complejas» (1993: 54).

La relación entre el enunciado normativo y la norma se corresponde con la existente entre el enunciado proposicional y la proposición. Frente a una posición como la de Kelsen, quien consideraba que las proposiciones y los enunciados proposicionales son verdaderos o falsos, mientras los enunciados normativos no lo son, Alexy hace residir la diferencia más bien en que, en tanto que en los enunciados proposicionales se dice que algo «es el caso», en los enunciados normativos se expresa que algo es ordenado, prohibido, permitido etcétera, o sea, que algo «debe ser el caso».

Del concepto semántico de la norma hay que distinguir el concepto de su validez. Hay concepciones: 1) *sociológicas* de la validez de la norma (que la

hacen reposar en el sentimiento de su obligatoriedad, o en la alternativa de la obediencia, o en la aplicación de sanciones en el caso de la desobediencia); 2) *jurídicas* (que sostienen que la validez de una norma procede de otra norma de una etapa superior); y 3) *éticas* (que defienden que la validez de una norma tiene un fundamento moral). El concepto semántico de la norma no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye.

En cuanto a los enunciados normativos, Alexy distingue entre la aseveración de la validez de una norma (*Behauptung der Geltung einer Norm*, o, dicho sintéticamente: *Normbehauptung*, afirmación de la norma) y las posiciones de normas (*Normsetzungen*). En la vida cotidiana, si alguien me pregunta: «¿Puedo estacionar aquí?», y yo le respondo: «Usted puede estacionar aquí», mi respuesta puede ser interpretada de dos maneras: como la información o descripción de que así es (lo que sería una *Normbehauptung*), pero también como la autorización para hacerlo (o sea como una *Normsetzung*). En la vida real es sin duda una *Normbehauptung* decir que «en especial los derechos de libertad garantizados en el art. 2 de la Constitución alemana (al libre desarrollo de la personalidad), 5 (a la libertad de formación y expresión), 12 (a la libertad de profesión), contienen también un derecho a la educación y al perfeccionamiento educativo». En cambio fue una compleja *Normsetzung*.

Cuando, después de la aceptación de la Ley Fundamental por el Consejo Parlamentario, el 8 de mayo de 1949, y de la autorización por parte de las Potencias de ocupación, el 12 de mayo de 1949, la Ley Fundamental, en la semana del 16 al 22 de mayo de 1949, fue aceptada por los representantes del pueblo de diez de los once Estados federados y, después de la constatación de esta aprobación por parte del Consejo Parlamentario, el 23 de mayo de 1949, fue promulgada por éste, representado por su presidente (pp. 61-62).

Alexy expone en detalle su modelo de normas y principios en el fundamental capítulo tercero, «La estructura de las normas de derecho fundamental», de su libro *Teoría de los derechos fundamentales*. Según el autor, las reglas y principios son ambos normas entre las que existe una distinción cualitativa:

Los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas

y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (pp. 86-87).

Entre las normas pueden surgir *contradicciones*. En el caso de los principios, hablaremos de *colisiones de principios*; y en el de las reglas, de *conflictos de reglas*.

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos una de las reglas (p. 88).

Otra cosa sucede en el caso de la colisión de principios:

Cuando dos principios entran en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro (p. 89).

En suma:

Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dirección de la validez; la colisión de principios -como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene un lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (p. 89).

Como ejemplos de la solución de colisiones de principios pone Alexy las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal (TCF), por ejemplo, el caso Lebach donde ponderó el derecho a la protección de la personalidad de un condenado frente al derecho de la libertad de información de una emisora para hacer un programa sobre el caso. Podemos designar al primero de estos principios como  $P_1$  y al otro como  $P_2$ . Tomados abstractamente los principios, podemos establecer una relación de precedencia (P) de uno u otro, por lo que tendríamos dos casos:

- (1)  $P_1 P P_2$
- (2)  $P_2 P P_1$

Pero pueden darse también condiciones por las cuales un principio preceda a otro:

- (3)  $(P_1 P P_2) C$
- (4)  $(P_2 P P_1) C$

En el fallo Lebach encontramos tres etapas según Alexy. En la primera un Tribunal provincial comprobó que existía una colisión de principios y que no se podía declarar inválido a ninguno dando al otro una precedencia básica, sino que había que ponderarlos y «decidir cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la conformación típica del caso y las circunstancias

especiales del caso particular». En la segunda instancia, el Tribunal provincial llegó a una precedencia general de la libertad de información de la emisora (P<sub>2</sub>) para poder brindar una «información actual sobre hechos delictivos» (C<sub>1</sub>), es decir, a (P<sub>2</sub> P P<sub>1</sub>) C<sub>1</sub>. Finalmente,

La decisión es tomada en la tercera instancia. Aquí, el «Tribunal (Constitucional Federal) constata que en caso de la «repetición de una información sobre un delito grave, que no responde ya a intereses actuales de información» que «pone en peligro la resocialización del autor» (C<sub>2</sub>), tiene precedencia la protección de la personalidad (P<sub>1</sub>) frente a la libertad de información (P<sub>2</sub>), lo que en el caso que hay que decidir significa que esta última está prohibida. Por lo tanto, vale el enunciado de precedencia (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C<sub>2</sub>. C<sub>2</sub> se divide en cuatro condiciones (repetición / ningún interés actual en la información / hecho delictivo grave / peligro para la resocialización). Por ello, la regla C<sub>2</sub> -> R que corresponde al enunciado de precedencia es una regla con cuatro características de supuesto de hecho, con la siguiente estructura:

$$S_1 \text{ y } S_2 \text{ y } S_3 \text{ y } S_4 \rightarrow R$$

Ella reza: una información televisiva repetida (S<sub>1</sub>) que no responde a un interés actual de información (S<sub>2</sub>) sobre un hecho delictivo grave (S<sub>3</sub>) y que pone en peligro la resocialización del actor (S<sub>4</sub>) está fundamentalmente prohibida (p. 97).

Veamos ahora más de cerca las características básicas de las reglas y de los principios:

Una primera propiedad importante que resulta de lo hasta aquí dicho es el diferente carácter *prima facie* de las reglas y principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*...

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a la invalidez; pero si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice (pp. 98-99).

Según Alexy, un modelo diferente de derecho, que es necesario, obliga a introducir en las reglas una cláusula de excepción con lo que pierden su carácter definitivo para la decisión del caso. Ello puede suceder mediante un principio, no siendo estas cláusulas de excepción teóricamente enumerables. En este caso, las reglas adquieren su carácter *prima facie*, que es básicamente distinto del de los principios.

Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un peso mayor que el principio

que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter *prima facie* de sus reglas (p. 100).

Por otro lado, tampoco los principios, pese a que se refuerce su carácter *prima facie*, obtienen el mismo carácter *prima facie* que las reglas. Esto puede suceder introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o tipos de principios; así por ejemplo en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos. Pero tampoco una regla de carga de argumentación libera de la necesidad de establecer en el caso concreto las respectivas condiciones de precedencia. La única consecuencia es que, cuando se dan razones igualmente buenas o en un caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el otro. No obstante, «el carácter *prima facie* de las reglas, que se apoya en el hecho de una disposición ya tomada autoritativamente o transmitida es algo fácticamente diferente y esencialmente más fuerte» (p. 101).

¿Para qué son razones las reglas y los principios? Según Alexy ambos son razones para normas, pero mediatamente también para acciones.

Quien acepta como inconvencible la norma según la cual no se puede lesionar la estima de cada cual, ha aceptado una regla. Esta regla puede ser la razón para otra regla según la cual a nadie debe hablársele de sus fracasos. Por otra parte, los principios pueden ser razones para decisiones, es decir, para juicios concretos de deber ser. Así, en la decisión sobre la incapacidad procesal, el principio de la protección de la vida fue una razón para la no admisibilidad de la realización de la audiencia oral (p. 102).

Si una regla es una razón para un juicio correcto de deber ser que hay que pronunciar y no permite excepción, entonces es una *razón definitiva*. Si este juicio de deber ser tiene como contenido un derecho, *este derecho es definitivo*. En cambio, los principios son sólo *razones prima facie* y nunca *razones definitivas*.

Los principios suelen ser relativamente generales por no estar referidos a las posibilidades del mundo real o normativo, pero esto es relativo. Cuando los principios están referidos a los límites del mundo real y normativo se llega a un *sistema de reglas diferenciado*.

Los principios pueden referirse tanto a derechos individuales (así el que garantizaba un derecho *prima facie* a la protección de la personalidad en el caso Lebach) como a derechos colectivos (así el que amparaba un derecho *prima facie* a la libertad de información en el mismo caso).

Según Alexy, entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y ésta implica a su vez a aquél.

Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él (pp. 111-112).

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La proporcionalidad se aplica a las posibilidades jurídicas: si un principio entra en colisión con otro, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para tomar una decisión será necesaria una ponderación. Esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto se deduce del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fácticas* (pp. 112-113).

De todo lo anterior resulta que el modelo jurídico que Alexy construye combina principios y reglas. Al nivel de aquéllos pertenecen todos los principios relevantes para las decisiones iusfundamentales bajo la Constitución: «Un principio es relevante para una decisión iusfundamental bajo la Ley Fundamental si puede *correctamente* ser presentado a favor o en contra de una decisión iusfundamental. Si tal es el caso, entonces es válido» (p. 130). En verdad, se discute menos sobre la validez de un principio que sobre su peso abstracto concreto. Del peso abstracto se discute por ejemplo, cuando se trata del principio *in dubio pro libertate*, y del peso concreto si se debate la solución correcta de casos individuales de derechos fundamentales.

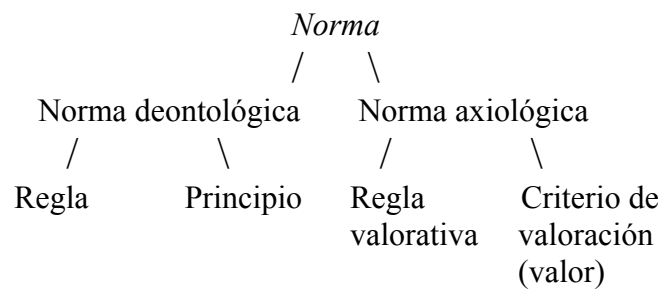
Existe una relación estrecha entre principios y valores: así como puede hablarse de una colisión de principios puede hablarse de una colisión de valores; y el cumplimiento de los principios tiene su equivalente en la realización de los valores.

A partir de las ideas de G. H. von Wright distingue Alexy entre los principios y los valores. Los primeros son mandatos de optimización que pertenecen al ámbito deontológico (del deber ser), mientras que los valores deben ser incluidos en el nivel axiológico (de lo bueno, malo, etcétera).

Los juicios de valor y los conceptos de valor o valoraciones, pueden ser divididos en tres grupos: clasificatorios (de catalogación), comparativos (que permiten juicios de preferencia) y métricos (que miden el valor de un objeto expresándolo por ejemplo en dinero).

A la diferencia estructural entre normas y principios corresponde otra a nivel axiológico en la siguiente forma:





La aplicación de criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar responde a la aplicación de *principios*. En lo que sigue, serán llamados «criterios de valoración» sólo aquellos criterios de valoración que puedan ser sopesados. Sus opuestos son los criterios de valoración que, como las reglas, son aplicables sin ser sopesados. Serán llamados «reglas de valoración» (p. 144).

De las tres formas de juicios de valor (clasificatorios, comparativos y métricos) los que mayor importancia poseen para el derecho constitucional son los comparativos.

¿Qué diferencia exacta existe entre los principios y los valores?

La diferencia entre principios y valores se reduce... a un punto. Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así, pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente (p. 147).

En verdad, el modelo de los principios se corresponde con el de los valores, siendo posible pasar del uno al otro.

A continuación, Alexy examina algunas objeciones contra diversos aspectos del planteamiento anterior. Considera así los reparos filosóficos, metodológicos y dogmáticos contra la teoría de los valores. Acepta las críticas contra una teoría intuicionista de los valores, pero cree que se puede establecer una teoría racional más débil y a la vez menos vulnerable. Reconoce asimismo las objeciones metodológicas contra la teoría de los valores, sobre la imposibilidad de fijar un orden jerárquico de valores y contra el concepto de la ponderación. En el caso del derecho constitucional es fácil establecer los elementos de este orden (conceptos como los de la dignidad, libertad, igualdad, protección y bienestar de la comunidad, etcétera), pero es casi imposible establecer una jerarquía final, lo que se vuelve más difícil todavía al pasar al plano concreto. No obstante, «la imposibilidad de un orden *de* este tipo no dice nada acerca de la posibilidad de órdenes más *blandos* y, desde luego, nada en contra de la concepción de la ponderación» (p. 157).

En cuanto a las objeciones contra la ponderación, valen en la medida en que de ellas se infiere que no constituye un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado; pero no si lo que se quiere decir es que la ponderación es un procedimiento no racional o irracional. En un caso como el de Lebach ya expuso Alexy cómo las colisiones de principios pueden ser solucionadas mediante el establecimiento de una relación condicionada de precedencia.

En este sentido, frente a un procedimiento de ponderación que opera intuitivamente y que resuelve en forma decisionista, propone Alexy un *modelo de ponderación fundamentada*. Él mismo distingue entre el proceso psíquico que conduce a la determinación del enunciado de preferencia y a la fundamentación. En este caso se sigue la «ley de ponderación» que puede ser enunciada como sigue:

(A) Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro

Este principio pone de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o en forma absoluta, sino que sólo puede hablarse de pesos relativos.

Finalmente, las objeciones dogmáticas sostienen que una teoría de los valores de los derechos fundamentales conduciría a una destrucción del derecho fundamental de libertad en el sentido liberal; pero es fácil ver que la teoría de los principios o de los valores de los derechos fundamentales se comporta de manera neutra frente a la libertad jurídica. Otra objeción es que la interpretación de las normas de derecho fundamental como principios no toma en serio la sujeción a la Constitución, y que conduce a la arbitrariedad interpretativa y, así, a la inseguridad constitucional. No obstante, Alexy sostiene que el modelo combinado de reglas/principios no garantiza un nivel menor de sujeción a la Constitución que el modelo de las reglas, ni ofrece un nivel menor de seguridad.

### **3. LA AMPLIACIÓN DEL MODELO DE R. ALEXY A UN SISTEMA DE TRES NIVELES: REGLAS/PRINCIPIOS/PROCEDIMIENTOS**

Posteriormente a su *Teoría de los derechos fundamentales* (1985) Alexy amplió su modelo jurídico a un sistema de tres niveles en su artículo «Sistema jurídico y razón práctica» (1987) -aunque ya en aquel libro hablaba hacia el final de que el procedimiento argumentativo sirve para conferir seguridad a la fundamentación iusfundamental (Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 529 ss.). En su artículo escribe lo siguiente:

Lo que hasta ahora se ha descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un

modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados en un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado «modelo reglas/principios/procedimientos» (Cfr. *El concepto y la validez del derecho*, pp. 173-174).

En un artículo posterior «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems»<sup>6</sup>, Alexy se ha extendido sobre el nivel de los procedimientos. Existirían cuatro etapas de éstos: la del procedimiento del discurso práctico general, la de la promulgación de las leyes, la del discurso jurídico y la del discurso judicial. El primero y el tercero serían procedimientos no-institucionalizados y el segundo y el cuarto procedimientos institucionalizados. El autor designa a un procedimiento como «institucionalizado» cuando está regulado por normas jurídicas, de tal manera que la producción de un resultado definitivo esté asegurado y sea jurídicamente vinculatorio (p. 37).

Al grado de la argumentación práctica general se ha referido Alexy con todo detalle en la *Theorie der juristischen Argumentation* (1978)<sup>7</sup>. Los postulados fundamentales de la racionalidad práctica procedimental básica son cuatro: (1) un grado sumo de claridad lingüística conceptual, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad, y (4) una gran libertad de prejuicios<sup>8</sup>. Estos postulados se concretan en un sistema de 28 reglas (o, mejor dicho, de 22 reglas y 6 formas de argumentos) que deben representar algo así como un código de la razón práctica. Esta no sería otra cosa que la facultad de llegar a puntos de vista prácticos de carácter universal utilizando este sistema de reglas. Las reglas son de tipo muy diferente y las podemos clasificar en seis grupos:

Las reglas del *primer grupo* formulan las condiciones de posibilidad de toda comunicación lingüística, en las que lo que está en juego son la verdad o la corrección, por lo que pueden ser denominadas reglas fundamentales. Son las siguientes:

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

---

<sup>6</sup> En: R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann (Eds.), *Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland heute*. Stuttgart: Steiner, 1991; pp. 30-44.

<sup>7</sup> Frankfurt: Suhrkamp, 1978. La obra ha sido traducida por Manuel Atienza e Isabel Espejo como *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>8</sup> Esta consideración retrospectiva sobre los postulados fundamentales de la razón práctica la ha realizado Alexy en su artículo «Sistema jurídico y razón práctica» (1987), pp. 175-176.

- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
- (1.3&) Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Mientras el primer grupo de reglas contiene condiciones mínimas de racionalidad, el segundo grupo comprende condiciones máximas. El punto de partida lo constituye una regla general de fundamentación:

- (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

A esta regla siguen otras tres que corresponden a la idea habermasiana de la situación ideal de diálogo<sup>9</sup>, y que se refieren a la aceptación del otro como interlocutor en el diálogo, a la universalidad y a la falta de coacción dentro del mismo:

- (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- (2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.  
(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.  
(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coacción interna o externa al discurso.

Como estas reglas definen las señas que son características del concepto de racionalidad de la teoría del discurso, Alexy las denomina *reglas de razón*. Aunque ellas son realizadas en forma sólo aproximativa, expresan el carácter ideal de la vida práctica. Es precisamente esta debilidad del proceso discursivo, la que da lugar a la necesidad de los procedimientos jurídicos institucionalizados.

El tercer grupo de reglas es el de la *carga de la argumentación*, porque ellas la establecen para quien pretenda tratar en forma desigual a sus interlocutores, atacar sus argumentos, o presentar los suyos propios. Las reglas son las siguientes:

- (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

---

<sup>9</sup> Cfr. J. Habermas, «Wahrheitstheorien», en: H. Fahrenbach (Ed.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*. Pfullingen: Neske, 1973; p. 255 ss.; y: J. Habermas, «Diskursethik -Notizen zu einem Begründungsprogramm», en: Id., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983; p. 98 ss.

- (3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.
- (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refieran como argumentos a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esta afirmación o manifestación.

El cuarto grupo está constituido por *formas de argumentos*. Son seis: la fundamentación de las proposiciones normativas singulares a través de reglas (4.1) e indicando las consecuencias (4.2), la fundamentación de las reglas a través de las consecuencias (4.3) e indicando las reglas (4.4), y la fundamentación de las relaciones de prioridad absoluta (4.5) y condicionada (4.6) entre reglas y principios. En realidad se trata de formas de argumentos y no de reglas discursivas, pero que sin embargo pueden ser transformadas en éstas.

El quinto grupo es el de las *reglas de fundamentación*. Un primer subgrupo expresa tres variantes de la idea de la universalidad a través de los principios del intercambio de roles, del consenso y del de la publicidad:

- (5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de las otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.
- (5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
- (5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

Otro subgrupo lo forman dos reglas para la crítica del surgimiento de convicciones normativas:

- (5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla no pasa semejante prueba:
  - a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o
  - b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.
- (5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante sólo pueden pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

La última regla de este grupo la forma la del mandamiento de realizabilidad:

- (5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

Finalmente, el sexto grupo de reglas son las de *transición*, que quieren afrontar el hecho de que en los discursos prácticos a menudo surgen problemas que

no pueden ser resueltos con los medios específicos de la argumentación práctica: cuestiones de hecho, problemas lingüístico-conceptuales y cuestiones que se refieren a la misma discusión práctica. A fin de solucionar tales problemas, las reglas de transición vinculan el discurso práctico con el teórico empírico (6.1), con el discurso de análisis del lenguaje (6.2) y con el de la teoría del discurso (6.3).

La segunda etapa es la de la promulgación de las leyes. El hecho de que el procedimiento que aquí se aplica sea institucionalizado no significa, según Alexy, que no pueda ser objeto del discurso. De una parte, la institucionalización del procedimiento parlamentario de la promulgación de las leyes, que reposa en el derecho electoral general, puede ser vista, bajo las condiciones dadas, como el intento más amplio posible de realización del principio del discurso al nivel de la promulgación de las leyes. De otra parte, hay una conexión entre la teoría del discurso y la promulgación de leyes en el caso de los derechos fundamentales. En relación al legislador, estos derechos son en lo esencial normas negativas de competencia. En efecto, es ampliamente reconocido que los derechos fundamentales son tan importantes que el que se los conceda o no, no es algo que pueda quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. Un legislador que se oriente por el principio del discurso tendrá que acoger en la Constitución los derechos fundamentales. En tercer lugar, hay que admitir que en el marco del procedimiento de la promulgación de leyes puede llevarse a cabo una discusión racional. Si es reemplazada por el juego de los grupos de intereses o por la retórica televisiva, la crítica a estas prácticas se podrá guiar por el principio del discurso y dirigirse tanto contra el procedimiento parlamentario como contra los resultados de la discusión. La posibilidad de esta crítica se encuentra reconocida por los derechos fundamentales que han sido acogidos por una Constitución que se pueda justificar discursivamente. En suma, también en este procedimiento se puede realizar el principio discursivo.

La tercera etapa es la del *discurso jurídico* que ha sido examinado con todo detalle por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*. Las debilidades del procedimiento de la promulgación de leyes dan lugar, según Alexy; a que cuando se trata de aplicar las leyes no baste con subsumir el caso de autos bajo ellas aplicando las reglas de la lógica o las de la metodología jurídica. Tres de las razones que aquí existen al respecto son: la vaguedad del lenguaje jurídico, el poco grado de determinación de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de visualizar de antemano los detalles que conforman la constelación del caso. Existe pues un vacío de racionalidad que en opinión del autor puede ser cerrado con las reglas de la argumentación específicamente jurídica.

El discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general por sus lazos. En él no se pregunta simplemente cuál sea la solución más racional, sino cuál lo sea en el sistema jurídico del caso. Esta solución es la que mejor

se puede fundamentar teniendo en cuenta la sujeción del discurso jurídico a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática jurídica. Estos tres factores: la ley, los precedentes y la dogmática limitan mucho la respuesta, pero dejando un amplio margen, lo que constituye una de las razones para las grandes discusiones jurídicas. En el margen que queda lo que está en juego es qué sea ordenado, prohibido o permitido, o sea, preguntas prácticas. Si a estas preguntas no se puede responder con ayuda de los medios específicamente jurídicos, sí se lo puede hacer con los del discurso práctico y con los del discurso jurídico. Este es un caso especial del discurso práctico al que se le puede adscribir 18 reglas de argumentación, que no reproducimos aquí y que no permiten hallar una respuesta única a cada caso, pero sí resultados ampliamente racionales.

La última etapa es la del *proceso concreto ante el juez o el tribunal* donde otra vez nos encontramos con procedimientos institucionalizados. El proceso acaba con una solución vinculatoria (la sentencia), o sea que en él no sólo se argumenta sino que se decide. Que esto sea así no significa sin embargo que este proceso no sea racional: tanto las reglas procesales ante el juez o el tribunal, así como la sustanciación del proceso y sus resultados, pueden ser objeto de una fundamentación y crítica racionales a la luz de estos tres procedimientos.

#### **4. IDEAL Y REALIDAD**

Según Alexy, su modelo jurídico de tres etapas combina de manera satisfactoria el ideal y la realidad:

un sistema jurídico que se orienta por la razón práctica posee una doble dimensión ideal y una doble dimensión real. La doble dimensión ideal se muestra al nivel de los procedimientos en la realizabilidad sólo aproximativa de las reglas del discurso y al nivel de los principios en su carácter que apunta por encima de la realidad. A la doble dimensión real le corresponde en el nivel procedimental la necesidad de las instituciones y en el de las normas la inenunciabilidad de las reglas. Sólo la unión del ideal y la realidad *en el sistema jurídico*, del discurso y el principio por un lado y de las instituciones y las reglas por el otro, conduce a una concepción cabalmente desarrollada de la razón práctica («Idee und Struktur», p. 44).

#### **5. CONSIDERACIÓN FINAL**

El modelo jurídico de Robert Alexy se nos aparece como enormemente atractivo por su alto nivel de elaboración, que recoge muchos de los últimos desarrollos en la teoría del derecho y del análisis lógico y semántico; y, además, por su originalidad, que se expresa sobre todo en su consideración de las reglas y principios del derecho como normas y en su ampliación del modelo

del derecho de dos a tres niveles. Sin embargo, son precisamente estas características las que han dado lugar a la crítica de algunas ideas de Alexy en el pasado y pueden dar lugar a otras contra su modelo actual del sistema jurídico.

De hecho, cuando apareció la *Teoría de la argumentación jurídica* (1978) uno de los reparos que se le dirigió fue por contener una serie de reglas heteróclitas ensamblándolas en un conjunto ecléctico y de poco uso. Que esto último no sucede, lo probó Alexy en su artículo «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen»<sup>10</sup>, en el que, al aplicar su planteamiento, reconstruyó lógicamente un fallo del Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitido con respecto al caso Lebach.

Y sin embargo, una de las atingencias que bien se pudiera hacer contra el modelo jurídico de Alexy es que, al recoger ideas de Dworkin sobre principios jurídicos y asimismo sus propios planteamientos anteriores en sus libros *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*, mezcla elementos muy distintos como son la ley y los principios con los procedimientos, presentándolos no obstante unos al lado de los otros. Volveremos de inmediato sobre este punto.

Mas ésta es una crítica casi puramente formal. Otra más penetrante es que, en contra de la tradición, Alexy concede a los principios el rango de normas colocándolos al lado de las leyes (a las que denomina reglas). Los análisis que ha hecho al respecto son todavía muy insuficientes y no bastan para aclarar todas las preguntas que aquí surgen. De un lado, cuando Alexy se refiere al concepto semántico de norma y al de validez sus ejemplos casi sólo se refieren a las reglas y no a los principios. De otro, si los principios son en efecto normas deberían tener validez al igual que las reglas o leyes. Pues bien, en un sentido jurídico la validez habitualmente se la hace consistir en que las reglas o leyes hayan sido promulgadas por el órgano competente y según el procedimiento fijado por la Constitución. Esto evidentemente no sucede con los principios.

¿Se puede concebir al derecho como un sistema de reglas/principios/procedimientos? ¿Se puede y se debe incluir dentro del derecho los procedimientos que Alexy asigna al discurso práctico general? Si así fuera, el mundo del derecho ganaría en amplitud, lo que pierde con un contenido poco jurídico. Más específicos del derecho parecen ser los otros tres grupos de procedimientos: el de la promulgación de las leyes, el del discurso jurídico y el del discurso judicial. No obstante, también aquí se muestran los análisis de Alexy insuficientes: él nunca ha examinado en detalle los procedimientos seguidos para la promulgación de las leyes y tampoco los del discurso al que llama judicial. Aunque en verdad, los procedimientos de este último discurso se revelan, por lo menos en parte, como los de la argumentación jurídica: el análisis de ésta

---

<sup>10</sup> En: *ARSP*. Cuaderno 14, Nueva Serie, 1980; pp. 181-212.



efectuado por Alexy es en rigor el de las sentencias judiciales -no así en cambio el de las argumentaciones que realizan los otros hombres del derecho.

Por otro lado resulta un tanto chocante considerar a los procedimientos legislativos, jurídicos y judiciales -en caso de que se acepte esta tripartición, lo cual es como acabamos de decir problemático- como elementos del derecho en pie de igualdad al lado de la ley y los principios que son dos de las fuentes «clásicas» del derecho.

No obstante, pese a estas y a otras objeciones que se le puede hacer, el modelo del derecho de tres niveles de Robert Alexy es uno de los más estimulantes y sugestivos dentro de la filosofía contemporánea del derecho.

*Kiel/Lima, enero-mayo de 1995.*