

Ponderación y racionalidad: Habermas y una aproximación crítica a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

José Santiago Angarita Durán¹

Recibido: 28 de septiembre de 2022. Aceptado: 13 de diciembre de 2022.

Resumen

La utilidad actual de la ponderación como mecanismo metodológico para la decisión judicial es innegable. Sin embargo, esto no la ha exceptuado de críticas importantes que deben ser consideradas antes de su plena aceptación como mecanismo en la decisión judicial. Jürgen Habermas, en *Facticidad y Validez*, plantea una de las más relevantes y estructuradas objeciones a la teoría ponderativa, compuesta por dos argumentos principales: uno sustancial, relacionado con el debilitamiento de los Derechos Fundamentales y los juicios irracionales del mecanismo de ponderación; y otro conceptual, fundado en la eventual pérdida de la categoría de corrección del derecho, que traería consigo la ponderación². Se buscará realizar un análisis de los argumentos críticos de Habermas con la finalidad de establecer, previo estudio estructural de la teoría ponderativa de Robert Alexy, que las objeciones a las implicaciones racionales que son ostensibles en la ponderación —resaltadas por Habermas— no pueden ser sostenidas en los actuales sistemas de adjudicación constitucional; además de que no constituyen, propiamente, críticas que pongan en peligro la fuerza de los derechos fundamentales, incluyendo la racionalidad del sistema judicial y su determinación.

Palabras clave

Derecho constitucional, Jürgen Habermas, Ponderación, Robert Alexy, Racionalidad.

¹ Abogado. Egresado con distinción *cum laude* de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta. Magister (c) en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, sede Bogotá. Investigador del Observatorio de Paz de la Universidad Libre. Contacto: joses-angarita@unilibre.edu.co y jsantiagoaduran@gmail.com.

Weighting and Rationality: Habermas and a Critical Approach to Robert Alexy's Weighting Theory.

José Santiago Angarita Durán³

Recibido: September 28, 2022. Aceptado: December 13, 2022.

Abstract

The current usefulness of weighting as a methodological mechanism for judicial decision is undeniable. However, this has not exempted it from important criticisms that must be considered before its full acceptance as a mechanism in judicial decision making. Jürgen Habermas, in *Facticity and Validity*, raises one of the most relevant and structured objections to the weighting theory, composed of two main arguments: one substantial, related to the weakening of Fundamental Rights and the irrational judgments of the weighting mechanism; and another conceptual, based on the eventual loss of the category of correctness of law, which weighting would bring with it. In the present research, an analysis of Habermas' critical arguments will be sought in order to establish, after a structural study of Robert Alexy's weighting theory, that the objections to the rational implications that are ostensible in weighting —highlighted by Habermas— cannot be sustained in the current systems of constitutional adjudication, and do not constitute, properly speaking, criticisms that endanger the strength of fundamental rights, including the rationality of the judicial system and its determination.

Key words

Constitutional law, Jürgen Habermas, Weighting, Robert Alexy, Rationality.

³ Lawyer. Graduated with distinction cum laude from the Universidad Libre of Colombia, Cúcuta section. Magister (c) in Philosophy of Law and Legal Theory, Bogotá campus. Researcher at the Peace Observatory of the Universidad Libre. Contact: joses-angaritad@unilibre.edu.co and jsantiagoaduran@gmail.com.

Sumario

Introducción. 1. Conceptualización, alcance y consecuencias de la Teoría de los Principios y de la Teoría ponderativa de Robert Alexy. 2. Conceptualización, alcance y consecuencias de la crítica de la Teoría del discurso de Jürgen Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy. 3. Análisis crítico de la respuesta de Robert Alexy a las críticas de Habermas sobre la racionalidad en la ponderación. 4. Consecuencias sustanciales y conceptuales de la aplicación de la Ponderación a la luz de la crítica de Habermas. Conclusiones.

Introducción

La ponderación es el mecanismo de interpretación y aplicación de derechos fundamentales más utilizado en las jurisdicciones constitucionales⁴. El pospositivismo jurídico⁵, como enfoque metodológico, permite identificar, en las constituciones de la primera mitad del siglo XXI, enunciados normativos que, contrarios a la tradición positivo normativista, no poseen la estructura de supuesto de hecho condicionante y consecuencia condicionada, común en las normas de cualquier ordenamiento jurídico existente en Colombia en la primera y segunda mitad del siglo XX⁶. Esto, por supuesto, significó un gran avance en materia de protección de derechos fundamentales y estructuración del Estado democrático constitucional. Pero, al mismo tiempo, comprometió las formas de considerar la aplicación de normas y los mecanismos utilizados. El cambio de paradigma interpretativo y aplicativo vino acompañado de una nueva forma de considerar al derecho y por supuesto, sus consecuencias en la función judicial.

En el presente artículo se buscará disertar sobre la racionalidad del mecanismo denominado *ponderación de principios* presentado por Robert Alexy y cuál es la relevancia de la crítica realizada por Jürgen Habermas en 1992 sobre el peligro de debilitamiento de los derechos fundamentales como principios (racionalidad del mecanismo) y la pretensión de corrección de la teoría ponderativa. No obstante, para considerar estructuralmente el asunto, es necesario abordarlo sistemáticamente y bajo un orden específico que se propone sea el siguiente:

4 Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá, Externado, 2016).

5 Entre el concepto de pospositivismo jurídico y neoconstitucionalismo, concepto ampliamente utilizado actualmente, existen diferencias lógicas y teóricas que requieren ser consideradas. Sin embargo, en vista de la extensión del presente ensayo, se hace necesario obviarlas y adoptar, por conveniencia teórico jurídica, el concepto de pospositivismo jurídico. Véase: Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista”, *Revista de la academia del Colegio de abogados de Pichincha* 2, N° 3 (2017).

6 Hay quienes indican que esta estructura de enunciados normativos no es nueva, sino que es de larga data. Verbigracia, Hans Kelsen ya había señalado una crítica importante sobre lo que denominaba los intereses ponderativos, que presuponen la existencia de normas secundarias o normas con estructura no tradicional de consecuencia jurídica. Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho* (Madrid, Trotta, 2011).

(i) El primer aspecto importante consiste en poder identificar las normas existentes dentro del sistema normativo y la diferenciación lógico conceptual entre reglas y principios. El segundo punto consistirá en estudiar la ponderación y sus principales componentes estructurales, analizando de forma breve su funcionamiento y sus criterios metodológicos. Corresponde esto a la teoría de los principios y a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

(ii) El segundo aspecto consistirá en plantear el problema de la crítica de la Teoría discursiva de Jürgen Habermas sobre la racionalidad en la ponderación y la corrección del derecho en ella.

(iii) Luego de esto, será necesario analizar críticamente las objeciones de Habermas y cuáles son las principales consideraciones sobre ellas en este artículo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 en Colombia se instituyó un nuevo paradigma en el derecho. El control de constitucionalidad y el mecanismo de Acción de Tutela abrieron la puerta a preguntas que no habían tenido relevancia antes en el plano judicial colombiano⁷. Sin embargo, el aspecto que más confusión produjo fue la proposición normativa y la adopción de la transfiguración de su forma tradicional. Las normas jurídicas con este paradigma no serían solamente las estructuradas de forma lógico-deductiva, sino también aquellas cuya estructura solamente hiciera una enunciación específica: principios. Estos, de acuerdo con Robert Alexy, también hacen parte de la clasificación de normas jurídicas y del sistema normativo, pero poseen una estructura distinta que impide, por antonomasia, que su aplicación se realice de forma silogística⁸.

En este orden de ideas, el sistema jurídico no solamente está compuesto por normas con estructura de regla, también lo conforman las normas tipo principio que, pese a no tener la estructura deóntica tradicional, deben ser consideradas normas jurídicas de aplicación y cumplimiento obligatorio dentro del sistema. Para diferenciar mejor los principios de las reglas como normas jurídicas, conforme a Robert Alexy, los principios pueden ser considerados mandatos de optimización que deben cumplirse en la medida de lo jurídica y fácticamente posible⁹. La regla jurídica, por su parte, debe aplicarse de

7 Carlos Gaviria Díaz, 9 Conferencias: Círculo de Viena (Medellín, Señal Editora, 2017).

8 Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales (Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2019).

9 *Ibidem.*, 120.

forma directa y categórica. Desde este punto de vista la diferenciación es clara: las reglas jurídicas y los principios integran el sistema normativo, pero poseen una diferenciación en su aplicación, ¿cómo podemos identificar esta diferencia? ¿Es necesaria una consideración distinta? José Aguiló señala que, con estos cambios introducidos, se requieren nuevas formas teóricas de considerar el derecho:

“Es decir, la cuestión está en determinar si para entender, explicar, enseñar, en definitiva, dar cuenta de los nuevos fenómenos jurídicos, hay que proceder a una re- visión o no del «paradigma» teórico que se fraguó en torno a la idea de «imperio de la ley¹⁰”.

Antes de continuar con los objetivos propuestos, y, de acuerdo con la unidad de análisis utilizada (adjudicación constitucional), se hace necesario analizar cómo se presentan los principios en los textos constitucionales y por qué son aplicados por los funcionarios judiciales en su mandato de adjudicación. Para Robert Alexy, los derechos fundamentales son, por antonomasia de su estructura, la forma más clara en que se presentan los principios en el ordenamiento jurídico constitucional moderno¹¹. Estos principios, carecen de la estructura condicional tradicional de las reglas, pero son considerados normas dentro del sistema jurídico estructuralmente y por mandato de la Corte Constitucional Colombiana¹².

La ponderación es, de acuerdo con lo anterior, una herramienta que permite aplicar las normas tipo principio que no pueden ser aplicadas mediante el método lógico-deductivo de la decisión judicial. Por esto, es necesario estudiar su estructura y sus criterios metodológicos en función de cómo se resuelve la aplicación del principio X o el principio Y. Como se señalaba anteriormente, la ponderación es una herramienta metodológica que permite aplicar los principios teniendo en cuenta la relación de precedencia condicionada entre dos de estos. La ponderación como mandato de optimización es expuesta por Robert Alexy, y de esta misma forma, en el libro *Teoría de los derechos fundamentales*, este ha sido el responsable de brindar de forma más clara la estructura que debe seguir esta herramienta para su aplicación¹³. Estos criterios son los siguientes:

- i) Ley de ponderación.
- ii) Fórmula del peso.

10 Josep Aguiló Regla, “Positivismo y pospositivismo: Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, N° 30 (2007): 4.

11 Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5, N° 11 (2009): 3-14.

12 Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, comp. Enrique Cáceres (México, UNAM, 2005).

13 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*.

iii) Cargas de argumentación.

La crítica a la racionalidad de la ponderación fue uno de los temas más tratados en escenarios académicos y de debate sobre la decisión judicial y los derechos fundamentales. Sin embargo, el desarrollo conceptual y teórico que ha tenido en los últimos tiempos no ha sido el deseado. Se considera que la crítica de mayor peso, y, por tanto, la más difícil de rebatir, fue la planteada por Jürgen Habermas en su libro *Facticidad y Validez*, publicado en el año de 1992. Es tan importante y estructurada, que el mismo Robert Alexy dedica el inicio de su epílogo a controvertir esta crítica en sus dos argumentos y a defender la ponderación de la famosa caída de la *barrera cortafuegos* y pérdida de la *pretensión de corrección del derecho*.

Habermas consideró que la definición de principios como mandatos de optimización en sí misma debilita los derechos fundamentales, toda vez, que, al tratarse de un cumplimiento gradual, el criterio que orienta esta graduación no se obtiene de la misma norma y requiere de una ponderación *orientada a fines*¹⁴. También, en el mismo sentido, consideró que de allí se derivaba un problema conceptual que conducía a la pérdida del criterio de las *decisiones correctas* en el derecho. La principal crítica habermasiana gira en torno al hecho de que, si la ponderación se orienta a fines, de acuerdo a la discrecionalidad de quien realice la ponderación, se pueden sacrificar derechos fundamentales buscando proteger derechos de la colectividad democrática, y, además, no existe el criterio de las decisiones judiciales correctas o válidas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos¹⁵.

Lo que se pretende hacer a partir de esta investigación es retomar la crítica habermasiana a la racionalidad en la ponderación y considerarla desde la decisión judicial de forma exclusiva. Si de la misma norma —principio como mandato de optimización— el juez no puede obtener el criterio gradual que le permita determinar la ponderación de dos principios, este sin duda se verá obligado a recurrir a otro tipo de razones justificativas: políticas, sociales, filosóficas y éticas. El inconveniente racional, radica entonces, en que la ponderación sería una mera herramienta especulativa que justifica, mediante criterios estructurales con pretensión de racionalidad, argumentos discrecionales y de alta influencia política y filosófica¹⁶, lo que en sí mismo es un problema cuando se orienta a fines. El apotegma pudiese el siguiente: si el juez es liberal, la ponderación puede ser liberal; si el juez es conservador, la ponderación será conservadora.

14 Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, N° 66 (2002): 13-64.

15 Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Madrid: Trotta, 2011).

16 Esta crítica, conviene señalarlo, no es exclusiva de Habermas en *Facticidad y Validez*. Hans Kelsen, en 1934 señaló que la ponderación de intereses no es una solución al problema de la discrecionalidad judicial en la interpretación correcta de las normas —de hecho, Kelsen considera que esto no posible en la interpretación judicial— sino simplemente un planteamiento del problema mismo, ya que la pauta de decisión de un interés sobre otro no se puede obtener ni de la norma ni de la ley misma. Sin embargo, para Kelsen esto no parece ser más que una consecuencia de la necesaria interpretación normativa.

Seleccionar el criterio gradual es, de acuerdo con Habermas, un asunto subjetivo y orientado a fines no dispuestos ni deliberativa ni racionalmente¹⁷. Esto, por un lado, plantea el problema de la discrecionalidad en la decisión judicial y la racionalidad en el mecanismo de ponderación. Por otro lado, señala la pérdida de tener o pretender decisiones correctas —justas— dentro de un ordenamiento jurídico. De esta forma, al igual que Kelsen, Habermas cree concluir que la ponderación no es un mecanismo de solución racional sino una herramienta que aporta criterios metodológicos que permiten, al intérprete de la colisión, mantener un margen de acción discrecional que puede orientarse a fines en los casos que resuelve.

De acuerdo con lo anterior, resulta fundamental analizar las respuestas que realiza Robert Alexy en defensa de la Ponderación judicial de principios. Esta defensa resulta, para muchos, suficiente e imbatible, resaltando, además, que pese a las limitaciones racionales que tiene la ponderación, esta como mecanismo posee una virtud específica que no tiene la discrecionalidad al momento de decidir empíricamente la afectación de un principio: la sectorización valorativa de los criterios graduales que terminan siendo racionales en su selección¹⁸ (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales 2019). Para efectos de lo anterior, Alexy plantea una serie de ejemplos que pretenden controvertir, en primer lugar, la crítica de la racionalidad, la crítica de la barrera cortafuegos y la crítica sobre la pretensión de corrección. Estos ejemplos deben ser analizados detenidamente y contrastarlos con ejemplos que pueden conducir a conclusiones distintas.

I. Conceptualización, alcance y consecuencias de la Teoría de los Principios y de la Teoría ponderativa de Robert Alexy.

I.2. Principios y reglas: dos categorías de normas jurídicas.

Los ordenamientos jurídicos actuales dentro de su catálogo normativo no contienen un solo tipo de normas. En el ordenamiento jurídico colombiano, verbigracia, son ostensibles las proposiciones normativas con estructuras lógicas distintas entre sí mismas, lo que supone cuestionamientos y dudas sobre la aplicación judicial y el alcance que tiene cada categoría normativa. Es necesario, a partir de esto, realizar una distinción conceptual entre estos distintos tipos y se establecer el alcance y el criterio distintivo específico de cada uno.

De acuerdo con Robert Alexy, la distinción entre reglas y principios tuvo su principal coyuntura en

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

la segunda mitad del siglo XX cuando fue desarrollada en los modelos romano germánicos constitucionales pese a que la terminología que los señalaba era distinta. Además, esta distinción fue utilizada por Ronald Dworkin en su conocida crítica a H.L.A. Hart en 1976 sobre el modelo positivista¹⁹. Esta distinción constituye un desarrollo normativo-teórico sobre la posibilidad y los límites de la racionalidad de los derechos fundamentales y su aplicación. Establecer, por tanto, un criterio distintivo entre reglas y principios y su unificación como normas jurídicas, requiere analizar distintos desarrollos conceptuales y teorías que señalan, por un lado, los principios como normas estructuralmente distintas y los principios como normas que se aplican de manera distinta²⁰.

La primera distinción importante tiene que ver con los conceptos específicos y los conceptos generales. Regla y principio, contrario a algunas conceptualizaciones teóricas que señalan que los principios no son normas, hacen parte de esta categoría conceptual que tiene como esencia propositiva el *deber ser*. Las reglas y los principios pertenecen a una misma categoría deóntica, por lo que la distinción se formula sobre dos tipos de normas²¹.

I.2.1. La generalidad, la determinación de los casos de aplicación y la importancia de las normas en el sistema jurídico como criterio distintivo.

Los principios, al igual que las reglas, son un tipo de norma jurídica. Diferenciar estas tipologías normativas requiere una consideración especial de criterios de distinta índole. Resulta, por ejemplo, de altísima utilidad para este objetivo conocer el grado de aplicación que posee un principio y el grado de aplicación que contiene una regla: la generalidad como criterio distintivo entre dos normas jurídicas. De acuerdo con, los principios son normas que poseen un grado de aplicación altamente generalizado; mientras que las reglas poseen un grado de aplicación de nivel relativamente bajo²². Por otro lado, hay quienes sostienen, no de forma equivocada, que este criterio es superable y no aporta ninguna razón suficiente de distinción, toda vez que una norma tipo regla puede configurarse para que tenga un alto grado de generalidad y sea aplicada en múltiples casos, como se verá a continuación.

Otro de los criterios que resultan relevantes para la distinción entre normas y principios, tiene que ver con el tipo de norma que se aplica en el caso concreto o que se ve presente en este. No obstante, no pocos casos requieren la aplicación transversal de principios que, además, tiene como fundamento el desarrollo de otro criterio distintivo de las normas: la importancia de cada tipo dentro del sistema

19 Robert Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (Madrid, Palestra, 2019).

20 *Ibidem*. 58.

21 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

22 *Ibidem*. 64.

jurídico²³. Puede señalarse, a partir de esto, que los criterios distintivos parecen insuficientes y no otorgan una barrera legible entre reglas y principios.

Quedan, entonces, dos caminos: o existen criterios distintivos entre reglas y principios o entre estos tipos de normas la única diferencia resulta nominal. La primera posición, que resulta válida para efectos del artículo, es la adoptada por Robert Alexy en su Teoría de los Derechos fundamentales. Esta tiene como criterios distintivos factores graduales y cualitativos entre reglas y principios. Verbigracia, las reglas contienen determinaciones de lo fáctica y jurídicamente posible que las convierten en mandatos definitivos; mientras que los principios se cumplen en diferentes grados como mandatos de optimización²⁴. Es, ahora, necesario desarrollar estos criterios de forma más profunda y cuál es su importancia en la teoría de los principios de Robert Alexy.

I.2.2. Principios como mandatos de optimización y reglas como mandatos categóricos²⁵.

La distinción fundamental entre los principios y las reglas tiene que ver con un factor cualitativo. Los principios son mandatos de optimización que deben cumplirse gradualmente dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que así lo permitan²⁶. Por su parte, las normas tipo regla se aplican o no, no existe un cumplimiento gradual, por ello son, fenomenológicamente, categóricas. En este orden, los principios y las reglas tienen soluciones distintas cuando colisionan entre sí. Allí se presenta una distinción clarísima entre estos dos tipos normas jurídicas.

I.2.3. Una distinción determinante entre reglas y principios.

La mejor manera de poder diferenciar entre reglas y principios consiste en observar la forma en que se solucionan sus colisiones. De acuerdo con Robert Alexy, cuando los principios colisionan entre sí enmarcando situaciones fácticas y jurídicas que van en contravía, uno debe ceder ante el otro, teniendo en cuenta su peso en el caso concreto. Es decir, en el plano normativo, uno precede al otro en su cumplimiento²⁷. Por su parte, cuando las reglas entran en conflicto, hay dos soluciones: o una regla marca una excepción a su cumplimiento en caso de conflicto, o una anula a la otra por ser completamente

23 *Ibidem*. 65.

24 José María Peláez Mejía, “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy”, *Ius Et Praxis* 25, N° 3 (2019): 167-214.

25 Es preciso tener en cuenta la distinción conceptual y filosófica que realiza Kelsen, tomando elementos de la distinción kantiana, entre proposiciones jurídicas como imperativos categóricos y juicios hipotéticos. Sin embargo, la adopción de lo categórico se da en razón del cumplimiento o no de una regla como norma y el principio lógico de no contradicción.

26 Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

27 *Ibidem*. Pág. 70.

categorica su cumplimiento. En este sentido, señala Alexy:

“Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios -como pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.²⁸”

Al tratarse de una dimensión de peso, las colisiones entre principios no se encuentran relacionadas con la validez ni con la prioridad absoluta de uno de ellos²⁹. Los principios, en estos casos, se enfrentan a una relación de precedencia condicionada en el caso concreto. Desde este punto de vista, la diferencia es clara: las reglas jurídicas y los principios integran el sistema normativo, con aplicación distinta. Plántese de esta forma: a) la diferencia está en la aplicación; b) La diferencia está en cómo se resuelve la colisión; y c) *b* es consecuencia de *a*.

Las reglas jurídicas se aplican mediante la forma de subsunción lógica, es decir, confrontando el supuesto de hecho condicionante con la consecuencia condicionada. El primero, de forma abstracta, con los hechos específicos que son jurídicamente relevantes³⁰. No obstante, los principios, por su estructura lógica no tradicional, y por no confrontarse en la dimensión de la validez, no pueden ser aplicados de manera similar. No es posible, entonces, mediante el método subsunción, deducir una consecuencia jurídica condicionada de un principio. Frente a esta imposibilidad metodológica de la subsunción de los principios, aparece la ponderación como una herramienta que permite, considerando la relación de precedencia condicionada necesaria en estos casos, determinar la precedencia del que se considera más relevante en el caso específico y concreto.

1.2.4. La teoría ponderativa y su estructura.

Robert Alexy ha detallado en múltiples escritos y con suficiente claridad la estructura de su teoría ponderativa. Para comprenderla, es necesario convenir con Alexy en que la ponderación es sólo una parte de un principio comprensivo y de mayor envergadura: la proporcionalidad³¹. Este, dentro de su estructura sistémica, se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³². La *Ley de ponderación* sería, entonces, el desarrollo integral de este último dentro

28 *Ibidem*. Pág. 71.

29 *Ibid*.

30 Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”.

31 Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, 8.

32 *Ibidem*. Pág. 8.

jurídicas y no posibilidades materiales como la idoneidad y la necesidad.

I.2.4.1. Ley de ponderación.

El primer criterio de la ponderación es, en estricto sentido, el desarrollo de los principios en colisión dentro de sus propias posibilidades jurídicas. Esto, como se ha mencionado antes, hace parte de un principio del que se constituye la ponderación y de un subprincipio que sustenta así mismo la Ley de ponderación: la proporcionalidad en sentido estricto³³. La ley de ponderación puede sustanciarse en este enunciado:

“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene ser la importancia de la satisfacción del otro.³⁴”

En términos un poco más claros: si no se satisface un principio o se menoscaba en un grado específico, la satisfacción del principio contrapuesto tiene que ser importante en ese mismo grado o mayor. De acuerdo con Robert Alexy, este apotegma permite desarrollar tres instancias o requerimientos constitutivos de la ponderación. El primer paso consiste en la determinación gradual sobre la afectación o el menoscabo de un principio; el segundo —que, de acuerdo con Carlos Bernal Pulido, puede unirse análogamente al primero— es la determinación de la importancia de la satisfacción del otro principio en colisión. El tercer y último paso consiste en determinar si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro³⁵. El desarrollo de estos pasos tiene en cuenta variables que deben ser consideradas en la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto y en la justificación de la afectación o no cumplimiento de uno de ellos. Véanse a continuación.

Escala triádica de intensidades.

El grado de no satisfacción o de afectación de un principio, de acuerdo a las particularidades del caso concreto bajo examen, es determinable en una escala triple gradual de intensidades: *leve*, *medio* e *intenso*³⁶.

33 Ibid.

34 Ibidem. Pág. 10.

35 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

36 Ibidem. Pág. 36.

Peso abstracto de los principios relevantes.

El criterio del peso abstracto consiste en que, en algunos casos y pese a que en algunas situaciones los principios tienen la misma jerarquía por su origen normativo, uno de estos puede tener mayor relevancia de acuerdo al entorno cultural y social en el que se crearon. Quiere decir esto, que el peso abstracto es aquel que se asigna a un principio sin consideración del caso concreto.

Conforme a la ley de colisión, ningún principio puede preceder a otro de forma absoluta y de forma definitiva sin tener en cuenta la relación de precedencia condicionada en casos concretos, como en el caso de las reglas. De acuerdo con Robert Alexy, los principios representan razones que pueden ser reemplazadas por otras razones en casos concretos, y a diferencia de las reglas, no poseen un carácter definitivo³⁷. Pese a esto, el peso abstracto determina el peso que se le asigna a cada principio independientemente del caso concreto al que se aplica. Alexy precisa que el carácter *prima facie* de un principio puede ser reforzado por cargas argumentativas que, por medio de razones que se consideran buenas, logran darle mayor peso o mayor importancia en abstracto. Podría ser este el caso del principio de Dignidad Humana y su desarrollo en la Corte Constitucional Colombiana, donde se le ha determinado como un principio que, en abstracto, puede tener mayor peso sobre otros principios³⁸.

Seguridad de las premisas empíricas.

Otro criterio importante es el de la seguridad de las apreciaciones empíricas, o, según Alexy, la variable S, que tiene que ver con la certeza sobre la afectación de un principio. De acuerdo con este criterio, la certeza sobre la afectación de los principios que se encuentran en colisión, se determina por aspectos empíricos. Y, por su parte, la certeza de lo que produciría la afectación o el no cumplimiento de un derecho fundamental, también determina un papel importante en la graduación de la afectación y en el peso que se reconoce a un principio³⁹.

I.2.4.2. Fórmula del peso.

Luego de determinar las escalas triádicas de afectación, el peso abstracto de los principios en colisión y la certeza de las premisas empíricas de afectación, conviene avanzar sobre la justificación de la intervención y/o afectación de un principio en virtud de la satisfacción del otro. Es decir, la determinación de cómo está justificada la precedencia condicionada de los principios en un caso concreto. La fórmu-

³⁷ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. STC T-881 del del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre.

³⁹ Bernal Pulido, El derecho de los derechos.

la del peso, planteada por Alexy, pretende, mediante un ejercicio numérico ilustrativo que tiene en cuenta las variables anteriores, justificar esta intervención.

Por asuntos de extensión, no se realizará un desarrollo detallado de la estructura de la fórmula ni de cómo es el comportamiento de sus variables. Es necesario, por el momento, señalar que las variables de afectación de principios, o su determinación gradual, pueden recibir la siguiente calificación numérica por analogía⁴⁰: leve (1), medio (2) e intenso (4). Estos mismos valores son atribuibles al peso abstracto. Una vez atribuido el valor numérico al grado de afectación de los principios en el caso concreto, queda por corresponder la seguridad de las premisas fácticas, que, de acuerdo con Alexy en su *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, puede ser seguro (1), plausible (1/2) y no con evidencia falso (1/4)⁴¹.

$$G_{Pi, jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

En conclusión, lo que desarrolla la fórmula del peso mediante una ecuación aritmética ilustrativa (la única que puede aportar un cociente) es la justificación de afectación y satisfacción de principios, que permite saber cuándo es justificable satisfacer un principio teniendo en cuenta la vulneración del otro. Conviene ahora preguntarse, ¿qué sucede si existe igualdad de peso —empate— entre los resultados que da la fórmula del peso ilustrada numéricamente? Es decir, ¿qué sucede si el resultado no puede justificar la satisfacción-afectación de dos principios? A continuación, se detalla la solución a ese escenario.

1.2.4.3. Cargas argumentativas.

El último criterio corresponde a las cargas de la argumentación y pretende establecer una solución en caso de empate entre los resultados numéricos de la operación aritmética de la fórmula del peso. Existen dos criterios que Robert Alexy aporta en dos momentos diferentes de su vida. El primero de

⁴⁰ Robert Alexy señala que en la argumentación jurídica se puede trabajar con cocientes solo mediante analogía, que en este sentido busquen ilustrar la fórmula de la ponderación.

⁴¹ Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

ellos, desde luego, explicitado en la *Teoría de los derechos fundamentales*, señala que debe darse prevalencia a los principios que se relacionen con la libertad y la igualdad. El segundo, que muestra un Robert Alexy que ha reaccionado a las críticas y contradicciones frente a su trabajo, es bastante distinto al anterior e incluso puede ocupar una mayor contradicción y/o indecisión. Para el segundo Alexy, la decisión que se enjuicia (satisfacción de un principio sobre otro) se mostraría como proporcionada. Los empates, en este sentido, juegan a favor del acto que se enjuicia⁴².

II. Conceptualización, alcance y consecuencias de la crítica de la Teoría del discurso de Jürgen Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

Habermas no es considerado, por desgracia, un autor indispensable en el mundo jurídico. Relegado de este campo, se ha asumido que sus principales obras *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981) y *Facticidad y Validez* (1992), no requieren una comprensión suficiente que reconozca su apuesta por un tercer modelo sociológico de la democracia deliberativa y sus determinaciones en la administración de justicia de los tribunales constitucionales. El desarrollo de este artículo no pretende lograr una comprensión crítica del modelo planteado por Habermas; sin embargo, para identificar los argumentos contra al modelo ponderativo de Robert Alexy, se hace imperativo considerar algunas precisiones teóricas.

I. El giro sociológico del derecho: brevariario de una Teoría Jurídica.

La *Teoría de la Acción Comunicativa* representa una de las principales obras de Jürgen Habermas. Su marcado y significativo impacto en el mundo académico, fue fundamental en escenarios sociológicos y comunicativos. Robert Alexy, por su parte, considerará que esto no es así, condicionando la salida e importancia del modelo habermasiano a un planteamiento exclusivo de la teoría jurídica⁴³. En esta, se propone replantear al marxismo ortodoxo y su percepción histórica materialista de la transformación y la incidencia de los mecanismos de producción en los sistemas y subsistemas sociales⁴⁴. El verdadero factor determinante en la configuración social, según Habermas, no es sino las relaciones comunicativas que se dan entre un grupo social y la forma en que estas logran comunicarse. La teoría comunicativa

⁴² Bernal Pulido, El derecho de los derechos.

⁴³ Óscar Mejía Quintana, "El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas", Revista Panameña de política, N° 14 (2012): 67-103.

⁴⁴ Habermas, *Facticidad y Validez*.

de habermasiana, entonces, se basa en procesos comunicativos que condicionan la economía, cultura y derecho, mediante la intersubjetividad de la verdad en una comunicación temporal y contingente⁴⁵.

La obra jurídica de Habermas tiene una potentísima densidad sociológica. Lejos de su adjudicada condición de filósofo, en *Facticidad y Validez*⁴⁶ se propone, bajo la consideración del esquema cuatrifuncional de Parsons, realizar una reconstrucción que permita entender la validez del derecho desde una doble perspectiva: como integración sistémica y como integración social⁴⁷. La tensión presente entre estos tipos de integración, que pueden responder a lo social y a lo normativo respectivamente, es algo que, según Habermas, ha sido alimentado por las teorías tradicionales del derecho: realismo jurídico, positivismo jurídico y hermenéutica jurídica⁴⁸.

La determinación final de Habermas en *Facticidad y Validez* responde, en esencia, a la posibilidad de justificar las estructuras democráticas institucionales mediante la argumentación moral y la aplicación de un consenso político-jurídico. Este nuevo modelo democrático deliberativo permite a las instituciones judiciales no aspirar a decisiones *justas para algunos*; sino, deontológicamente, a decisiones *justas para todos*⁴⁹.

2. Irracionalidad de la justicia.

La propuesta de Habermas, como se señaló antes, lejos de ser filosófica tiene una altísima incidencia sociológica. Por ello, el estudio que Habermas realiza de la decisión judicial es no es teórico ni formal, sino sociológico y jurídico. La conclusión es que la decisión judicial, por causa de la discrecionalidad que suponen los modelos positivista, naturalista y realista, resulta en la indeterminación del derecho y, en ese mismo sentido, en la irracionalidad de la justicia, lo que indefectiblemente orienta las decisiones judiciales hacia la variante axiológica de *decisiones justas para algunos*⁵⁰. Los modelos teórico-normativistas que Habermas acusa, presentan tal nivel de discrecionalidad judicial, que se hace imposible realizar una revisión racional sobre lo justa o injusta que puede llegar a ser una decisión —su corrección— y sobre el ideal regulativo al que debe apuntar el derecho⁵¹.

A partir de esto, Habermas se propone contraponer los dos ideales regulativos que han orientado la decisión judicial a lo largo de la historia de los modelos democráticos de adjudicación constitucional. El primero, responde al modelo regulativo axiológico de *decisiones justas para algunos* y el segundo, al

45 Torrado, Intervención Amicus Curiae, 3.

46 *Ibidem*.

47 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

48 *Ibidem*. Pág. 90.

49 *Ibidem*. Pág. 90.

50 Habermas, *Facticidad y Validez*.

51 *Ibidem*. Pág. 326.

ideal regulativo deontológico de *decisiones justas para todos*. Este último es adoptado por Habermas como el que debe orientar la decisión judicial en el modelo de democracia deliberativa⁵².

3. Pretensión de corrección en el derecho.

Para entender la crítica habermasiana al modelo ponderativo es necesario comprender el concepto de corrección en el derecho y cuáles son sus implicaciones en la decisión judicial. Robert Alexy consideró que la crítica de Habermas a la teoría ponderativa tenía dos vertientes: una sustancial y otra conceptual⁵³. La conceptual, que nos interesa en este momento, corresponde a la pérdida de corrección del derecho que se da en la ponderación de derechos fundamentales. Hace referencia, entonces, a la idea de justicia o injusticia que puede tener una decisión judicial en relación con criterios de lo válido/inválido y/o correcto/incorrecto. Para Habermas, la decisión judicial de la ponderación, ante la pérdida de corrección, puede hacer referencia a un modelo axiológico concreto de un modo de vida; pero no a la corrección/incorrección de la decisión⁵⁴.

De acuerdo con Alexy, la validez del derecho no puede entenderse sino desde un modelo triádico, que permita superar el problema de la validez por la norma fundamental en Kelsen, Kant y Hart⁵⁵. La dimensión de este modelo triádico, que corresponde a la dimensión de corrección, es la que Alexy ha denominado Dimensión Ética. Sin la pretensión de corrección —coinciden Habermas y Alexy— en un sistema jurídico, la adjudicación constitucional sería un error. Incluso, un sistema sin pretensión corrección, no vale jurídicamente solo con sus otras dos dimensiones: jurídica y social.

4. Ronald Dworkin y Robert Alexy: respuestas al ideal regulativo de la decisión judicial.

El primer dilema histórico de la decisión judicial, según Habermas, es el que se presenta con el ideal regulativo axiológico/deontológico en los modelos de adjudicación constitucional. La irracionalidad judicial, producto de la indeterminación del derecho y la discrecionalidad, hacen que el modelo regulativo de decisiones justas para algunos prevalezca en los modelos de adjudicación constitucional actuales. Para superarlo, y poder adscribirse al ideal regulativo de decisiones justas para todos, que se atenga a la pretensión de corrección y al modelo axiológico de decisiones

52 *Ibidem*. Pág. 328.

53 Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”.

54 Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen* (Fráncfort, Suhrkamp, 1996).

55 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

judiciales, Habermas hace una lectura interesante de Ronald Dworkin, en la que considera que su tesis de la respuesta correcta y el derecho como integralidad⁵⁶ reduce la discrecionalidad del juez y permite adscribirse a un ideal regulativo deontológico.

Pese a esto, Habermas considera que el modelo decisional del Juez Hércules en Ronald Dworkin —juez con la capacidad de interpretar el sistema jurídico teniendo en cuenta factores sociales, principios normativos como cartas de triunfo y precedentes interpretativos—es problemático, aunque siga un deseable y bien intencionado ideal regulativo deontológico⁵⁷. Lejos de ser una figura dialógica, el Juez Hércules Dworkiniano actuaría sobre la exclusión de intereses de distintos grupos sociales y/o individuales, arrogándose una interpretación subjetiva que pretende abarcar una facticidad social demasiado amplia⁵⁸.

Habermas se encuentra, entonces, ante un problema evidente: la teoría de la respuesta correcta y el derecho como integralidad de Ronald Dworkin representa la solución para el ideal regulativo deontológico que este defiende. Sin embargo, la figura de un juez monológico —Juez Constitucional— con la capacidad de interpretar factores normativos, sociales e históricos, resulta poco democrática y atenta contra la intersubjetividad de derechos de otros integrantes de la sociedad⁵⁹.

La solución al problema del Juez Hércules con interpretación monológica que propone Dworkin, es la adopción de una teoría discursiva del derecho. En este sentido, Habermas recoge elementos de la Teoría de la argumentación de Robert Alexy y, asume, que una concepción dialógica del derecho, por su doble naturaleza, es la única forma de tener en cuenta los intereses de los distintos actores de la sociedad y lograr captar sus razones constitutivas sobre la estructura moral del derecho y su función⁶⁰.

Surge, entonces, el siguiente cuestionamiento: ¿por qué Habermas critica a Robert Alexy si considera su teoría sobre la naturaleza discursiva del derecho y la argumentación jurídica como un elemento necesario en los modelos de adjudicación⁶¹? Pues bien, para entender esto es necesario plantear lo sucedido con Dworkin: de un lado, Habermas asume como necesaria la integralidad del derecho Dworkiniana, pero niega la función del Juez Hércules por su ca-

56 Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 2012).

57 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

58 Yefri Yoel Torrado, *Intervención Amicus Curiae* (Cúcuta: Tribunal Superior de Norte de Santander, 2017).

59 Habermas, *Facticidad y Validez*.

60 *Ibidem*. Pág. 326.

61 Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

rácter interpretativo monológico. Con Alexy, por su parte, Habermas soluciona el problema de Dworkin adoptando la naturaleza discursiva del derecho; pero concluyendo que la teoría ponderativa en la adjudicación constitucional en Alexy conduce indefectiblemente al ideal regulativo de decisiones justas para algunos.

5. Ponderación judicial.

El ideal regulativo de la adjudicación constitucional en Alexy, de acuerdo con Habermas, da lugar a una serie de críticas que esgrime el representante de la escuela de Frankfurt frente a la Teoría ponderativa. De acuerdo con el mismo Robert Alexy, la crítica de Habermas puede entenderse en dos sentidos: el primero de ellos es sustancial; el segundo, conceptual. Para el desarrollo de este artículo se consideran adecuadas ambas conceptualizaciones críticas, por lo que la estructura de este subcapítulo contará con ellas.

La primera precisión que realiza Habermas es que la elección de un derecho fundamental sobre otro, y, sobre todo, la consideración de este como bien jurídico ponderable⁶², corresponde sin dudas a un condicionamiento axiológico de decisiones que no son justas para todos sino justas para algunas personas (quienes ven protegidos sus intereses). De allí, se desprende el primer aspecto crítico:

5.1. Objeción sustancial a la Teoría Ponderativa: debilitamiento e irracionalidad.

La primera objeción habermasiana consiste en una alerta sobre el debilitamiento normativo de los derechos fundamentales cuando son considerados mandatos de optimización⁶³. Señala Habermas que, si los principios no deben realizarse conforme a una categoría deóntica sino conforme a posibilidades fácticas y jurídicas de optimización, se corre el riesgo de llegar a una ponderación orientada a fines que transformen el derecho en un negocio de realización de valores en cada caso concreto que se presente. Específicamente señala:

“[...]si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación a fines”⁶⁴.

62 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

63 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” 13-64.

64 Habermas, Facticidad y Validez.

La principal consecuencia de esto, según Habermas, es el debilitamiento de los derechos fundamentales que causan el derrumbamiento de una barrera cortafuegos. Al no existir una unidad de medida o “moneda de cambio”, que determine la relación de precedencia de principios que colisionan entre sí, todas las razones pueden adoptar el papel de argumentos que establecen fines⁶⁵. Esto, desde luego, derrumba aquello que Habermas determina la “barrera cortafuegos” que permite entender deontológicamente los principios al igual que las normas, con un cumplimiento normativamente estricto.

Habermas conviene en que el primer error consiste en que los principios asumidos como mandatos de optimización, se equiparan a los valores jurídicos, que no poseen un carácter normativo deontológico sino teleológico, propio de estos últimos⁶⁶. Este primer error sustancial tiene la siguiente consideración:

“Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico.”⁶⁷

La consideración final, en este sentido, es que a la luz de las normas fundamentales se determina lo que es obligatorio realizar; mientras que a la luz de los valores se determina lo más recomendable, viable o conveniente⁶⁸. Esto, tiene como consecuencia el hecho de que en caso de ponderación, se oriente a fines la conveniencia/inconveniencia o mejor/peor, de la protección de cada derecho, con lo que se pueden afectar derechos individuales por el mor de los derechos colectivos⁶⁹.

5.1.1. Irracionalidad en la ponderación.

La anterior crítica se encuentra acompañada de una que parece muchísimo más potente y difícil de tratar: la irracionalidad en la ponderación. Por tratarse directamente del asunto sobre el que se desarrolla este artículo, esta crítica debe considerarse de forma detenida y analítica.

65 Jürgen Habermas, Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School. (Berlin, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996).

66 Al igual que lo hace Robert Alexy, señala Habermas, también Bockenforde reduce las normas con carácter de principios a enunciados valorativos: “las normas objetivas concernientes a principios” o “normas-principios del orden jurídico objetivo” descansarían en “decisiones valorativas”. Habermas, Facticidad y Validez.

67 Habermas, Facticidad y Validez.

68 *Ibidem*. Pág. 329.

69 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

La ponderación es, según su pretensión, una racionalización del manejo y aplicación del principio de proporcionalidad⁷⁰. Por ello, las críticas que le son dirigidas en este rubro le hacen bastante daño y afectan su utilidad, legitimidad y eficacia. Habermas apunta a que en la ponderación no existen criterios racionales de decisión; por lo que la práctica se lleva a cabo de forma arbitraria o no reflexiva. La primera consideración sobre esta crítica es que el grado de cumplimiento de un mandato no puede obtenerse de la norma misma, por lo que la ponderación que se haga de ella, con raíz en su discrecionalidad, se verá orientada a fines de estándares no previamente determinados, como la norma misma⁷¹.

Al lado de ello, los argumentos que se utilizan para la protección de un derecho sobre otro, abren la puerta a que cobren primacía aquellas razones que están lejos de ser normativas —integradas al sistema—; como las costumbres o las que representan en el contexto social alguna funcionalidad o utilidad⁷². Señala Habermas:

“[...] aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos.”⁷³

La falta de una unidad de medida, que garantice que cada uno de esos derechos se aplique de forma unívoca, además abre la puerta a que los argumentos que se introducen en la ponderación a favor de un principio u otro puedan llegar a ser antitéticos con la misma unidad normativa constitucional⁷⁴. En un último sentido, Habermas acusa a Alexy de construir su sistema ponderativo con una pretensión de racionalidad que no responde a la construcción discursiva jurídica, sino a una estimación coste-beneficio de tipo económico⁷⁵.

Seleccionar el criterio de precedencia —gradual, en el caso de la Ley de ponderación y numérico, en la fórmula del peso— es, entonces, un asunto subjetivo y orientado a fines no dispuestos en la norma misma. Esto, por un lado, plantea el problema de la discrecionalidad en la decisión judicial y la racionalidad en el mecanismo de ponderación. Ponderación, a propósito, destinada, como señala Atienza, a orientar decisiones racionales dentro del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de sus criterios.

5.2. Objeción conceptual a la teoría ponderativa: pérdida de la pretensión de corrección.

La segunda objeción que se identifica en la teoría de Habermas, y que el mismo posiciona de forma especial en *Facticidad y Validez*, es la que hace sobre la pérdida de la pretensión de corrección del derecho

70 Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*. (Madrid, Trotta, 2013).

71 Habermas, *Facticidad y Validez*.

72 *Ibidem*. Pág. 332.

73 *Ibidem*. Pág. 332.

74 *Ibidem*. Pág. 333.

75 *Ibidem*. Pág. 329.

en la teoría ponderativa de Robert Alexy⁷⁶. En su teoría sobre la validez del derecho, Alexy sostiene que el concepto de validez y derecho se sustenta en que la legalidad adecuada al sistema y a la eficacia del mismo —propia del positivismo— debe también considerar el contenido de corrección de justicia que tiene una norma y su sistema⁷⁷. Para Habermas, cuando se ponderan derechos, se sacan de lo que él denomina *ámbito de lo válido-ínválido*. La sentencia judicial que se obtiene de la ponderación, respondería a una adecuación axiológica; o forma de vida dentro de la sociedad, pero no correspondería a la adecuación sobre una respuesta correcta, y/o, justamente correcta⁷⁸.

Alexy sostiene que el derecho es un sistema de normas formuladas con pretensión de corrección⁷⁹, por lo que esta crítica no puede pasar desapercibida. Sin embargo, por cuestiones de extensión no se estudiará el concepto y la validez del derecho en él, o su doble naturaleza⁸⁰; sino se considerarán directamente los argumentos objetivos de Habermas sobre porqué en la ponderación se pierde la pretensión de corrección. La primera crítica habermasiana en este sentido hace referencia a la no distinción de Alexy entre la vinculación del derecho y la justicia de la creación normativa⁸¹. Se pueden identificar, entonces, dos escenarios: uno de fundamentación y otro de aplicación. El primero de estos, es blanco de los dardos de Habermas. La objeción se desarrolla en este sentido:

En la argumentación que se utiliza para la creación del derecho —su fundamentación—, Habermas sostiene que es indispensable que la corrección del derecho venga de la coherencia de un sistema jurídico y no del contenido de una norma jurídica⁸². Esto, en el sentido en que la política deliberativa, representada e institucionalizada por la sociedad civil mediante una expresión comunicativa plural, juega un papel fundamental en la decisión judicial constitucional y la inferencia de discurso que realiza el juez sobre los contenidos normativos del derecho⁸³. En la ponderación, al adoptarse el ideal regulativo de *decisiones justas para algunos*, hay, indefectiblemente, una limitación a la deliberación democrática, en el sentido en que se aceptan argumentos que no devienen del ordenamiento jurídico legislado; sino de la corrección de los juicios morales generales, cualitativamente distintos de los jurídicos.

76 Robert Alexy señala, efusivamente, que, de ser acertada esta crítica sobre la teoría ponderativa, todo el modelo constitucional alemán de más de media década habría caído en un error inconcebible. Y, por demás, la ponderación no podría aceptarse dentro del derecho. Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

77 Antonio Leiva Rabaal, “Correction and Facticity: justice and democracy”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, N° 18 (2018): 139-164.

78 Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*.

79 Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho* (Madrid, Gedisa, 2004).

80 Al respecto se recomienda para la ampliación de este asunto la lectura de Carlos Bernal Pulido, *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón de Rober Alexy* (Lima, Palestra, 2011).

81 Leiva Rabaal, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

82 *Ibidem*. Pág. 27.

83 *Ibidem*. Pág. 28.

En otras palabras, Habermas considera que en la ponderación se exige una argumentación de orden no positivizada, y, por lo tanto, no democráticamente deliberada y concretada en la institucionalidad legislativa. Esto, por supuesto, ante las indeterminaciones o contradicciones normativas, que decantarían en una pérdida de corrección, que solo se lograría en la correspondencia del argumento con un ordenamiento jurídico coherente, en el que, desde luego, los principios tendrían un carácter excluyentemente axiológico frente a la ponderación.

6. Tribunal Constitucional Alemán: demostración sociológica de la crítica habermasiana.

Antes se había mencionado la intensidad sociológica de la obra de Habermas y su reivindicación del sistema cuatrifuncional de Parsons, al buscar realizar una reconstrucción sociológica que permitiera entender la validez del derecho desde una doble perspectiva: como integración sistémica y como integración social⁸⁴. Esto, por supuesto, lo puso punto aparte de los filósofos del derecho y lo trasladó al escenario de la sociología jurídica, donde, luego de fundamentar y defender sus objeciones, las lleva al plano de la decisión judicial en el Tribunal Constitucional Alemán y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Allí, se puede evidenciar de forma concisa su crítica a la teoría ponderativa —ampliamente utilizada, como es sabido, por el primero de estos cuerpos colegiados—.

6.1. Modelos normativos de adjudicación constitucional: Tribunal Constitucional Alemán.

La metodología de trabajo del Tribunal Constitucional Alemán es blanco de críticas por parte de Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez* en lo que respecta a dos puntos importantes: primero, la pérdida del carácter deontológico de los principios jurídicos al asimilarlos con valores morales; y segundo, la discrecionalidad judicial y falta de racionalidad que comporta la ponderación judicial, al convertir derechos en valores y argumentos jurídicos en patrones éticos no positivizados⁸⁵.

Lo anterior, verbigracia, puede verse en algunas decisiones del Tribunal Federal Constitucional que el mismo Robert Alexy enuncia y explica para fundamentar su teoría ponderativa. Se enunciará y explicará un ejemplo de caso tratado por el Tribunal, que ayudará a comprender mejor la crítica habermasiana, ya desarrollada conceptualmente en este artículo⁸⁶.

84 Mejía Quintana, “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas”, 67-103.

85 Habermas, *Facticidad y Validez*.

86 Se recomienda la ampliación de estos ejemplos tratados por el Tribunal Constitucional Federal, en especial el denominado *Velo Islámico* (BVerfGE 108, 282 2003), que puede aportar elementos de estudio interesantes sobre la ponderación que el mismo Alexy

Política liberal de drogas.

En este caso el Tribunal Constitucional Federal buscó determinar la constitucionalidad entre la sanción penal impuesta a la producción, comercio y/o porte de sustancias derivadas del Cannabis, y el derecho a la libertad general y personal constitucionalmente establecida⁸⁷ (BVerfGE 90, 145 1994). El primer problema que enfrentaba, en este sentido, responde a la liberalización de la política del cannabis y sus efectos, toda vez que existía el riesgo de aumentar los daños que la producción y comercialización de esta droga traen a la sociedad y a los individuos, motivo por el que justamente se penaliza.

Para la solución de este caso, el Tribunal consideró que no existían argumentos fácticos concretos que pudiesen determinar la efectividad de la medida de sanción o el daño que se pudiese captar con su liberalización. El test de proporcionalidad, como puede verse, no es fácilmente aplicable en este caso y, mucho menos fácil, desarrollarlo sobre los subprincipios de idoneidad y necesidad. Ante esto, el Tribunal determinó que el legislador puede elegir entre varias alternativas que lejos de ser correctas, son potencialmente adecuadas para alcanzar el fin de los mandatos⁸⁸.

III. Consideraciones sobre las críticas de Habermas a la teoría ponderativa de Robert Alexy.

No han sido pocos los espaldarazos que ha recibido la teoría ponderativa de Robert Alexy frente las objeciones realizadas por Jürgen Habermas. Robert Alexy, de esperarse, ha orientado varios estudios posteriores de su *Teoría de los Derechos fundamentales* a defender la ponderación y, de acuerdo con Atienza, a explicarla de forma detallada y sustancial, con lo que se pueden evitar este tipo de objeciones⁸⁹. Como puede preverse, en este capítulo se abordarán de forma crítica las objeciones, buscando brindar algunas respuestas sucintas que permitan entender en un sentido casi dialéctico, en qué punto se encuentra el debate sobre la racionalidad en la ponderación y cuál será su futuro, si es que lo tiene. Se seguirá el mismo orden en el que fueron estudiadas las objeciones en el epígrafe anterior.

I. Objeción sustancial a la Teoría Ponderativa de Robert Alexy.

denominó “casuística”.

87 Tribunal Constitucional Federal Alemán. STC BVerfGE 90, 145 del 09 de marzo de 1994. Segunda Sala.

88 *Ibidem*. Pág. 183. Al respecto, se invita a la lectura de la sentencia sobre la advertencia del consumo de tabaco, donde el tribunal concluye que la intensidad de la intervención es leve; mientras que la importancia de satisfacción es muy alta: “evidente y justificada”. Tribunal Constitucional Federal Alemán. STC BVerfGE 95, del 22 de enero de 1997. Segunda Sala.

89 Atienza, Curso de Argumentación Jurídica.

La primera crítica de Habermas, como es sabido, estuvo orientada al debilitamiento normativo que podrían tener los derechos fundamentales al ser tenidos en cuenta como mandatos de optimización. Esto, señala el autor, debido a que las normas de este tipo se enfrentan a la pérdida de su categoría deóntica, y asumen, dentro de la adjudicación constitucional, el papel de valores morales con categoría axiológica que pueden ser negociados en cuanto a sus posibilidades fácticas y jurídicas⁹⁰.

1.1. Los valores pueden ser universales y obligatorios: difuminación entre la frontera axiológica y deontológica.

La crítica del debilitamiento de los derechos fundamentales no es fácil de tratar. Sin embargo, puede ser considerada desde una perspectiva pragmática que permita evidenciar que la diferenciación que señala Habermas no es sustancial sino conceptual, en lo que quedaría superada en términos de adjudicación constitucional su importancia. La implicación de Habermas es que la perspectiva axiológica no puede considerarse deontológicamente, por la naturaleza misma de ambas⁹¹. Por esto, trasladar los derechos fundamentales a un escenario en el que pueden ser ponderados, les quita esa barrera cortafuegos deontológica y los traslada a una argumentación que puede estar más o menos adecuadas a una forma/estilo de vida axiológica. Manuel Atienza plantea algunas preguntas interesantes sobre esta primera objeción habermasiana. Con una estructura argumentativa bastante escueta, pueden reformular algunas de las pretensiones del filósofo de Frankfurt⁹²:

¿Por qué los valores que tienen relación directa fáctica con los derechos fundamentales o derechos humanos no pueden ser universales a la vez que estos mismos?⁹³. Es decir, ¿por qué considerar que los valores no pueden tener, en cuanto se encuentran descritos en normas fundamentales, un carácter deontológico a la vez que axiológico? En este sentido, la barrera cortafuegos se mantendría y no sería posible adjudicar indeterminación e irracionalidad a la teoría de los derechos fundamentales (principios) como mandatos de optimización. Su sentido deontológico, a la vez que axiológico en su materia, seguiría de pie.

90 Habermas, *Facticidad y Validez*.

91 *Ibidem*. Pág. 327.

92 Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*.

93 *Ibidem*. Pág. 543.

De acuerdo con Habermas las normas obligan sin ningún tipo de excepción⁹⁴. No obstante, esta afirmación puede ser poco aceptable, sobre todo cuando ya se ha hablado de los conflictos entre normas, y la validez de estas en una situación *prima facie* frente a un situación de caso concreto⁹⁵:

“¿No habría razones para pensar que deja de existir la diferencia que Habermas traza entre las normas y los valores? Y, a propósito de esto últimos, si lo que caracteriza a los valores es su orientación teleológica, ¿habría que aceptar, como consecuencia de ello, que las «normas de fin» no son en realidad normas? ¿No está emitiendo una norma el legislador que establece para el juez la obligación de, bajo ciertas circunstancias, tomar la decisión que más favorezca el interés del menor?»⁹⁶”

La apreciación de que el carácter deontológico de una norma, a diferencia del axiológico de los valores, es su cumplimiento irrestricto, va en contra de consideraciones como el caso concreto, que en nada afectan su cumplimiento deóntico, sino su coherencia⁹⁷ aplicativa.

1.2. La no tan irracional racionalidad de la ponderación.

Al lado del debilitamiento de los derechos fundamentales, se encuentra el riesgo de irracionalidad. Ambos pueden ser entendidos como uno mismo. Según Habermas, durante la ponderación se debilita el carácter deontológico de los derechos fundamentales por tratarse de una ponderación de juicios irracionales. Ante la ausencia de una unidad de valor que determine la relación de precedencia de dos principios, esta se orienta indefectiblemente teleológicamente a fines⁹⁸.

Robert Alexy⁹⁹ admite que la crítica racional de la ponderación que realiza Habermas sería válida si

94 *Ibidem*. Pág. 543.

95 *Ibidem*. Pág. 544.

96 *Ibidem*. Pág. 544.

97 El concepto de coherencia es bastante trabajado por Habermas. Este considera que lo contrario a la ponderación, y lo verdaderamente deliberativo, es hallar dentro de la integralidad normativa aquella norma que *prima facie* se acomode mejor a la situación requerida de forma coherente. Sobre este asunto, Manuel Atienza tiene algunas consideraciones sobre la racionalidad para elegir “lo coherente”. Se recomienda para ampliar esta crítica.

98 Habermas, Facticidad y validez.

99 Alexy realiza una defensa importante de la ponderación en este sentido, toda vez que plantea dos tesis que pueden oponerse a la objeción sobre la racionalidad: una radical y otra moderada. La primera de estas señala que el resultado de ponderación es racional en todos los casos; mientras que la segunda, advierte que no puede ayudar de forma racional en todos los casos, pero sí en algunos

no fuese posible emitir juicios racionales sobre la Ley de ponderación y sus componentes: a) grado de afectación de un principio; b) grado de importancia de satisfacción de otro; y c) justificación de la relación intervención-satisfacción entre ambos¹⁰⁰ (Alexy 2002). Lo interesante de esto, es que Alexy decide defender su teoría ponderativa mediante el análisis de ejemplos, por considerar que estos brindan elementos de comprensión importantes sobre la racionalidad presente en la ponderación.

Los casos que expone Alexy —uno de ellos ya referenciado aquí— pueden clasificarse de acuerdo a la dificultad que implica graduar su afectación-satisfacción. El caso, ampliamente trabajado por Robert Alexy, sobre la obligación de las tabacaleras de etiquetar sus productos con advertencias sobre los daños que producen, ofrece varias herramientas que permiten avizorar un alto grado de racionalidad. Elegir el grado de afectación-satisfacción de un principio no escapa de criterios racionales:

- a) Piénsese en el grado de afectación que causa la intervención al derecho al libre oficio. Evidentemente sería *leve*. Una medida de este tipo, marcar sus productos, no afecta de forma *intensa* su actividad y el derecho a realizar sus actividades comerciales¹⁰¹.
- b) Por otro lado, es sencillo analizar los beneficios que tendría para la salud pública esta medida. Es decir, es fácil determinar el grado de importancia de satisfacción del principio contrario: alto¹⁰².

Es interesante el siguiente planteamiento de Alexy con respecto a lo anterior:

“Basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.”¹⁰³

Lo que quiere decir esto, es que de acuerdo con las escalas de graduación de afectación-satisfacción de la Ley de Ponderación, sí es posible establecer una ordenación válida y racional sobre dichos grados, por lo que esto puede fundamentar un resultado o decisión racionalmente. Las estimaciones, entonces, sobre la intensidad de intervención y la importancia de satisfacción del principio contrario, no son arbitrarias ni irracionales, toda vez que establecen límites dentro de la ponderación¹⁰⁴.

casos difíciles (numéricamente superiores), lo que justifica su existencia en la adjudicación constitucional.

100 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

101 *Ibidem*. Pág. 32.

102 *Ibidem*. Pág. 33.

103 *Ibidem*. Pág. 33.

104 *Ibidem*.

1.3. La barrera cortafuegos de Habermas.

Robert Alexy es conciso en la defensa de su teoría ponderativa y de los principios como mandatos de optimización: la *barrera cortafuegos* se mantiene en la ponderación. Para sustentar, Alexy señala que la Ley de ponderación tiene como fundamento, aunque no forma parte, la Ley decreciente de utilidad marginal¹⁰⁵. Lo que esto quiere decir, en algún sentido, es que la ponderación se orienta sobre este principio: la determinación de la intensidad de la intervención, los principios no se debilitan, sino que ganan fuerza¹⁰⁶. Los principios, entonces, como derechos fundamentales, ganan un núcleo resistente que mantiene la famosa *barrera cortafuegos*.

“Una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención.”¹⁰⁷.

Esto quiere decir, por un lado, que un derecho no se ve satisfecho por la excesiva afectación del otro. La importancia —alta— de satisfacción del derecho a la salud pública no justifica la intervención-afectación sobre en el otro derecho en colisión: libertad de profesión. Debe demostrarse mediante razones independientes esta importancia, por lo que no se debilita ningún derecho fundamental y se mantiene la barrera de protección que alega Habermas se pierde en la ponderación. Ponderar, no es debilitar.

2. Objeción conceptual a la Teoría Ponderativa de Robert Alexy.

La segunda parte de la crítica de Jürgen Habermas a la ponderación de Robert Alexy corresponde a la crítica sobre la pérdida de corrección que acarrearía la ponderación en la adjudicación constitucional. El principal argumento de Habermas es que la racionalidad de la argumentación jurídica es relativa a la racionalidad de la legislación; y si la racionalidad no estuviese determinada por el ámbito normativo, no sería jurídica sino legislativa, lo que vulneraría gravemente el principio democrático. Además, por supuesto, de diferenciar estrictamente la corrección de los argumentos jurídicos y la corrección de los argumentos morales, que se filtran en la ponderación¹⁰⁸. Señala Habermas:

“La decisión jurídica de un caso particular solo puede ser correcta si se ajusta a un sistema jurí-

105 La referencia se encuentra en el epílogo de la Teoría de los derechos fundamentales. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.

106 Ibidem. Pág. 534

107 Ibid.

108 Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

dico coherente.¹⁰⁹”.

De esta forma, el derecho y la decisión judicial se sacan del ámbito de lo válido/inválido, o de lo justificado; y entra al ámbito del “más o menos”; “es algo adecuado”; o, “puede servir”. Con esto, de ninguna manera se puede acceder a determinar si dicha decisión de caso concreto es correcta o incorrecta.

La respuesta de Alexy está orientada en dos direcciones. Lo primero que hace es describir dos modelos democráticos predominantes: uno formal y otro material. En el primero, por supuesto, existe un tipo de marco de acción abierto para el legislador. Sustentado en la idea de democracia representativa, todo puede hacer el parlamento sin limitaciones¹¹⁰. El segundo modelo, limita de forma radical el campo de acción del legislador, pues todo ya se encuentra demarcado por la constitución y lo que el parlamento hace es formalizar esos contenidos, en un procedimiento también previsto¹¹¹.

Alexy considera que su modelo se adscribe a un nivel intermedio entre los descritos. Con ello, supera los cuestionamientos formales y materiales, y adecúa su sistema de derechos fundamentales a un modelo que, sin ser exclusivamente material sobre la actividad legislativa, impone límites sustanciales mínimos, que lo buscan es modelar la legislación, sin afectar completamente el marco de acción parlamentario¹¹².

Quedaría superada, entonces, esta crítica, en el hecho de que es posible valorar la independencia parlamentaria surgida de la deliberación democrática, sin olvidar que existen límites de *justicia mínima* y configuración material que no pueden ser rebasados en ningún sentido¹¹³, y que, siguiendo el acuerdo entre Alexy y Habermas, tienen componentes morales parlamentarios.

Por otro lado, la argumentación jurídica y la racionalidad de su corrección, puede responder entonces al sistema normativo. Sin embargo, establece también una racionalidad de argumentación moral que en nada afecta el principio democrático o la corrección en la decisión judicial, en el sentido en que esta también se da sobre enunciados normativos presupuestos en el marco intermedio de *justicia mínima*. La decisión correcta, entonces, en el caso concreto, respondería también a esa argumentación práctica que no escapa del ámbito de la acción comunicativa, recalado por Habermas.

Conclusiones.

La crítica habermasiana a la Teoría de los principios y a la Teoría ponderativa de Robert Alexy, en tan-

109 Habermas, *Facticidad y Validez*, 304.

110 Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, 13-64.

111 *Ibidem*. Pág. 8

112 Leiva Rabaël, “Correction and Facticity: justice and democracy”, 139-164.

113 *Ibidem*. Pág. 19.

to no puede pasar desapercibida, tampoco carece de utilidad conceptual y sustancial para comprender, elemento a elemento, la funcionalidad metodológica de la ponderación y su aplicación dentro de la adjudicación constitucional. Con base en esto, se puede concluir lo siguiente:

- a) La objeción sobre el debilitamiento de los derechos fundamentales (entendidos principios sujetos a un mandato de optimización) permite entender también la integralidad de la teoría principialista y el cómo se mantiene la *barrera cortafuegos*, al no determinarse, mediante las razones que justifican la necesidad de la intervención, el grado afectación que sufrirá el principio contrario. Esto mantiene la barrera cortafuegos y garantiza no sacrificar derechos fundamentales.
- b) La delimitación excluyente entre lo axiológico y deontológico que sostiene Habermas es deficiente, incluso en el caso en que se presentan conflictos de normas y lo que se ve afectado es su validez: una norma se aplica y la otra debe ser excluida del sistema jurídico. El sentido teleológico de los valores también puede presentarse en un sentido deontológico normativo; lo que garantiza que ambos aspectos puedan convivir en una norma jurídica como los derechos fundamentales.
- c) La racionalidad no es un criterio ausente en la ponderación. El hecho de poder determinar los grados de importancia de satisfacción y de no satisfacción de un derecho sobre otro, evoca ya un procedimiento sujeto a la racionalidad. Véase los ejemplos presentados. De otro lado, la propuesta de Habermas de encontrar un derecho fundamental *prima facie* coherente con el caso que se debe aplicar, no parece suficiente. ¿Cómo se determina esta coherencia? No pueden ser, según Atienza, los criterios que proporciona Alexy para determinar cuál es la norma coherente aplicable al caso¹¹⁴.
- d) Lo anterior se contrasta con los modelos de la decisión judicial y cómo se presentan dentro de la adjudicación constitucional. La cuestión esencial que puede concluirse del estudio de los distintos modelos, incluyendo el planteado por Habermas, es: ¿qué otro procedimiento ofrece criterios de fundamentación además de la ponderación?
- e) La precisión de Habermas de que la corrección jurídica solo se puede ajustar a un sistema jurídico coherente bajo presupuestos de argumentación netamente jurídica, es poco sostenible. Los criterios de justicia mínima y configuración material que se dan en la deliberación

114 Atienza, Curso de Argumentación Jurídica.

legislativa, mismos que determinan la corrección en la ponderación, no atentan contra la democracia. Estos presupuestos normativos que se encuentran en el marco intermedio de *justicia mínima*, habilitan la argumentación práctica en la decisión judicial, al referirse a criterios constitucionales.

Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá D.C. : Universidad Externado, 2016.

Gaviria Díaz, C. (2017). *9 conferencias*. Medellín: UdeA.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2011.

Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista. *CAP Jurídica*, 2(3), 59-102.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2019.

Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad.” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11 (2009): 3-14.

Alexy, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales.” *Revista Española de derecho constitucional* 22, N° 66 (2002): 13-64.

Bernal Pulido, Carlos. *La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.

Peláez Mejía, José María. “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy.” *Ius et praxis* 25, N° 3 (2019):167-214.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (Vol. Ed. primera). Madrid: Trotta, 2011.

Aguilo Reglá, Josep. “Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.” *Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 30 (2007).

Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

T-881. (2002). Sala Séptima de revisión. M.P. Eduardo Montealegre. *Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes T-542060 y T-602073.

Mejía Quintana, Óscar. “El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas.” *Revista Panameña de Política*, N° 14 (2012): 67-103.

Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2011.

Torrado, Yefri. *Intervención Amicus Curiae*. Cúcuta: Tribunal Superior de Norte de Santander. 2018.

Habermas, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*. Fráncfort: Suhrkamp, 1996.

Habermas, Jürgen. “Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia.” En *Facticidad y validez*. Jürgen Habermas, 263-310. Madrid: Trotta, 2010.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

Habermas, Jürgen. *Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*. Die Einbeziehung des Anderen. Berlin: Studien zur politischen Theorie, 1996.

Leiva Rabel, Antonio. “Correction and Facticity: justice and democracy.” *Revista de Derecho (UCU-DAL)* 14, N°18 (2018):139-164.

Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

Bernal Pulido, Carlos. *La Doble Dimensión del Derecho. La Tesis de la Doble Naturaleza del Derecho de Robert Alexy*. Lima: Palestra, 2011.

BVerfGE 90, 145. (09 de marzo de 1994). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.

BVerfGE 95, 1. (22 de enero de 1997). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.

BVerfGE 108, 282. (24 de Septiembre de 2003). Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Segunda Sala*. Alemania.