

# La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia\*

## Alexian Principles Theory and Two Conceptions of Democracy

Gabriel Encinas

### Autor:

Gabriel Encinas  
Scuola Superiore Sant'Anna, Italia  
gabriel.encinas92@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0002-4338-9146>

**Recibido:** 6-8-2020

**Aceptado:** 8-1-2021

### Citar como:

Encinas, Gabriel, (2021). La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, pp. 377-407. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.15>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Gabriel Encinas

### Resumen

El objetivo de este escrito se delimita a anotar la posibilidad de tender un puente conceptual. Éste mediaría entre la teoría de la democracia en sus versiones contemporáneas (más específicamente, tomando en cuenta la persistente tensión entre sus concepciones procedimentales y epistémicas) y la teoría de los principios (en cuanto desarrollo ulterior de la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos en Robert Alexy). Para esto, se tomarán los siguientes pasos. Primero (1), un breve balance de los puntos de oposición actual entre concepciones procedimentales y epistémicas en la democracia. Después (2), un balance igualmente breve de las actuales teorías de los principios a partir de algunos de sus más relevantes postulados teórico-sistemáticos. Por último (3), una vez efectuados ambos mapeos, se presentan consideraciones que nos apuntan hacia la posibilidad de un futuro recorrido integrador entre ambas disciplinas.

**Palabras clave:** democracia epistémica; democracia procedimental; teoría de los principios; ponderación; democracia deliberativa; estándares independientes

### Abstract

This article aims at pointing the possibility of drawing a conceptual bridge. It concerns democratic theory in its contemporary versions (more specifically, regarding the persistent tensions between its procedural and epistemic conceptions), and principles theory (as a further development of the theories on legal argumentation and basic rights of Robert Alexy). The following steps will be taken for this purpose. First (1), a brief overview will be provided on current points of contention among procedural and

\* Agradezco especialmente a Francisco J. Campos Zamora y a dos árbitros anónimos por sus valiosos comentarios y sugerencias para el desarrollo de este texto. Todos los errores que en él persisten son de mi entera responsabilidad.

epistemic conceptions of democracy. Second (2), this will be followed by an equally brief overview on current principles theory, departing from some of its most relevant theoretical and systematic tenets. Finally (3), upon both mappings, considerations will be presented which point us towards the possibility of a future integrative approach between both disciplines.

**Keywords:** epistemic democracy; procedural democracy; principles theory; balancing; deliberative democracy; independent standards

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de este escrito se delimita a anotar la posibilidad de tender un puente conceptual dirigido a mediar entre la teoría de la democracia en sus versiones contemporáneas (sobre todo tomando en cuenta la persistente tensión entre sus concepciones procedimentales y epistémicas) y la teoría de los principios (en cuanto desarrollo ulterior de la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos en Robert ALEXY).

La teoría de los principios incorpora rasgos de ambas concepciones, o al menos demuestra afinidades electivas<sup>1</sup>. Ahora bien, el único objetivo de este escrito es insistir sobre la posibilidad y deseabilidad de tal prospecto de recorrido. Sólo en futuras investigaciones, éste recorrido se podría dirigir por ejemplo al análisis sobre el acoplamiento de la racionalidad discursiva en la toma de decisiones de las distintas instituciones estatales; o, en forma más específica, resaltando la acumulación de criterios argumentativos y procedimentales para el control entre los distintos poderes del Estado. Estos se individualizan bajo distintas pragmáticas discursivas que corresponden a las diversas funciones de las instituciones estatales, aunque también éstas se pueden matizar en su diseño.

Para sostener lo anterior, tomaré los siguientes pasos. Primero, presentaré un breve balance de los puntos de oposición actual entre concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia. Después, presentaré un balance igualmente breve de las actuales teorías de los principios a partir de algunos de sus más relevantes presupuestos teórico-sistemáticos. Una vez efectuados ambos mapeos, presentaré consideraciones que nos apuntan hacia la posibilidad de un futuro recorrido integrador entre ambas disciplinas.

### 1. LA OPOSICIÓN ENTRE CONCEPCIONES PROCEDIMENTALES Y EPISTÉMICAS DE LA DEMOCRACIA

A lo largo del pensamiento occidental, la democracia ha sido un concepto controvertido. Aquí sólo es dable enfatizar la alternatividad de posibles explicaciones para este tipo de persistente desacuerdo sobre los conceptos fundamentales. Una posibilidad afirmaría

1. Esto, sobre todo con respecto a su integración del rol formal y estructurante de la legitimación procedimental por una parte, y al rol de los estándares de derechos humanos y certeza que hacen un contrapeso a un ejercicio irrestricto de discrecionalidad por otra parte.

que la democracia es un «concepto esencialmente controvertido» y, como originalmente planteaba GALLIE (1956), esto implicaría que no hay estándares que disciplinen el uso adecuado de la expresión<sup>2</sup>. Esto se asemeja a una tesis de *incommensurabilidad* entre los diversos usos. Como propuesta alternativa, propongo recordar una distinción que suele reconducirse a John RAWLS en su *A Theory of Justice* (1971), entre *conceptos* y *concepciones* (de la justicia)<sup>3</sup>. Así, partiremos de *concepciones* distintas de la democracia en cuanto distintas interpretaciones de sus elementos principales; es decir, de su contenido central, o su *concepto*<sup>4</sup>. En tal sentido ofreceré un esbozo esquemático de dos de sus principales concepciones<sup>5</sup>.

Un primer ámbito donde podríamos encontrar oposición entre concepciones de la democracia nos referiría a las distancias contextuales en el tiempo o, sobre todo, en el espacio<sup>6</sup>. Ahora bien, para nuestros propósitos, es aún más relevante la diversidad de concepciones sobre la democracia al interior de una misma entidad política (y democrática). En el sentido de *concepción* apuntado, se trata de interpretaciones divergentes sobre una misma práctica o un mismo fenómeno social-institucional.

Por ejemplo, es notable la interpretación minimalista de la democracia en Joseph SCHUMPETER (1942). En su exilio en los Estados Unidos, SCHUMPETER desarrolló una concepción estrictamente ceñida al rol de la competencia y elección de elites o líderes en los procesos democráticos. Insistiendo en nuestro punto, el «material de entrada» para su teoría era, en buena medida, esa misma experiencia democrática estadounidense que llevaría a la visión procedimental pero más normativa sobre cómo diversos grupos de interés interactúan en la *polyarchy* de Robert DAHL (1971).

Dejando de lado tales propuestas, ciertamente aun relevantes, sólo podremos enfocarnos en el desarrollo indudablemente más notorio de la teoría de la democracia. Me refiero a la *democracia deliberativa*, que puede caracterizarse como una «familia» de teorías diversas que se oponen a delimitar la democracia a la mera agregación y negociación de preferencias y que advierten, en lugar de ello, que hay elementos y

2. «[D]ado que su apropiado uso por  $P_1$  en una situación  $S_1$  no ofrecerá pauta confiable alguna para nadie con respecto al uso consecuente, y acaso igualmente apropiado, de  $P_1$  en alguna futura situación  $S_2$ » (GALLIE, 1956: 172, nota al pie 1).

3. A su vez, tal distinción entre concepto y concepciones se retomó notablemente sobre el derecho por Dworkin (1986: 71, 90 y ss; sobre el tema, véase KOLLER, 2006 y otra postura en KÄHLER, 2019).

4. FORST (2013: 34) lo propone así: «Sólo las interpretaciones de un concepto – las concepciones – se pueden controvertir y no el concepto mismo en su significado nuclear. [...] este contenido central puede contener criterios específicos para las formas posibles de emplear el concepto. De ello se siguen reglas generales para un uso correcto» (trad. libre).

5. Probablemente, los modelos *agonísticos* representen la principal variante que no podrá ser discutida en este escrito. Véase un balance sobre la relación entre el modelo de Chantal MOUFFE, 1999; 2005 y el de HABERMAS en ERMAN, 2009.

6. Aunque la contextualización espacial tiene expresiones notables en la antigüedad, e.g. ARISTÓTELES, sobre la justicia en Ética nicomáquea (1134b; consultado en ARISTÓTELES, 1985: 254), sin duda, uno de los más potentes impulsos sustantivos y metodológicos sobre la sensibilidad contextual es el de MONTESQUIEU. Véase PALOMBELLA, 2019: 24 y ss, sobre el arraigo social y multifactorial del derecho en MONTESQUIEU.

potencial para el intercambio de razones en la democracia<sup>7</sup>. Enunciaré ciertos puntos centrales en la teoría de democracia deliberativa en la versión ofrecida por HABERMAS en *Facticidad y validez* [1992].

Ciertamente, la democracia deliberativa encuentra su contraparte en un minimalismo de élites a la SCHUMPETER. En forma más importante aún, la teoría de HABERMAS ofrece una síntesis integradora bien realizada que incluye elementos procedimentales (en el sentido institucional) sin limitarse a ellos. Principalmente a través de su noción de acoplamiento entre un concepto normativo de esfera pública e instituciones estatales a través de un «sistema de esclusas»<sup>8</sup>, HABERMAS supera las teorías anteriores introduciendo elementos deliberativos en la idea misma de la representatividad. Estos elementos deliberativos bajo el principio inclusivo de la publicidad estarían ausentes en un modelo inmediato o de democracia directa<sup>9</sup>.

Esto ilustra cómo, por una parte, se cuentan elementos procedimentales de participación y representación en la democracia que presentan indiferencia ante el contenido (*i.e.* ante el sentido concreto de las decisiones, de los procesos, o de los resultados elegidos por voluntad y representación democrática). Sin embargo, por otra parte, HABERMAS incluye criterios que también actúan como límites al contenido en su teoría del discurso. Ello, por el tipo de razonamiento práctico desarrollado originalmente en el marco de la ética del discurso y su teoría de la acción comunicativa. Una buena parte de estos límites se refieren a la falta de legitimidad que provocaría el déficit de inclusión como participantes a *todos los afectados* por las decisiones. Estos límites versan sobre los contenidos y no es obstáculo que HABERMAS les califique como *procedimentales*: esto se sigue más bien de que la *teoría* del discurso (como también la anterior ética del discurso) conciba al razonamiento práctico general como procedimental<sup>10</sup>. Así, más generalmente, se ha caracterizado a la democracia deliberativa en términos de «una concepción de la democracia como continuación de la discusión moral» (BARBERIS, 2006: 10)<sup>11</sup>.

- 
7. Véase BOHMAN, 1998: 401. Así, a un lado del notable esfuerzo sintetizador de HABERMAS, cabe insistir sobre la diversidad de concepciones de la *democracia deliberativa*. Hasta se ha sostenido que «[e]n rigor, se debería omitir cualquier referencia a tal (no-)concepto, y hablar directamente de cada concepción en particular» BARBERIS, 2006: 25. Adicionalmente, aunque el modelo habermasiano sea prominente, en la literatura en inglés destacan sobre todo las contribuciones relacionadas con las ideas de John RAWLS y Joshua COHEN. Para una panorámica reciente, véanse las contribuciones en BÄCHTIGER, DRYZEK, MANSBRIDGE y WARREN, 2018.
8. HABERMAS, 2019 [1992]: 208 y ss; 429 y ss. Véase una útil esquematización en MEJÍA QUINTANA, 2014: 302.
9. Esta interpretación de la representatividad se enfatiza en BELLO HUTT, 2019: 52, con referencia al modelo de HABERMAS y al argumento en URBINATI, 2000. Véase además la crítica a la oposición populista a la representatividad en SAFFON y URBINATI, 2013.
10. En este sentido, véase HÖFFE, 2002 [1990]: 233 y ss, como crítico de la «procedimentalización» de la ética del discurso, advierte un riesgo de circularidad en la fundamentación de principios y normas morales ya que «en pocas palabras, los principios morales ya se contienen en las condiciones que establecen que un discurso sea ideal» (HÖFFE, 2002 [1990]: 241). *Cf.* MÜLLER-DOOHM y ZUCCA, 2019: 52 y ss. Ello recuerda al cuerno de la «circularidad» que, en conjunto con los de «regreso al infinito» y corte arbitrario del procedimiento, integra el «trilema de MÜNCHHAUSEN» opuesto por Hans ALBERT a la ética discursiva, sobre todo bajo la búsqueda de *fundamentación última*. Véase ALBERT, 1985 [1968]: 18 y ss; BÄCKER, 2012: 175-186; CAMPOS ZAMORA, 2018: 29.
11. Mauro BARBERIS se refiere a la concepción de NINO sobre la democracia deliberativa.

Al menos sobre la experiencia del Estado liberal, una tesis principal de HABERMAS consiste en preservar una *co-originalidad* (*Gleichursprünglichkeit*) entre derechos humanos y democracia. Ninguno es anterior ni tiene primacía ante el otro. Más bien se implican mutuamente, cada uno es condición necesaria para realizar al otro en forma recíproca. Esto, ya que ambos serían expresiones del principio de autonomía, en sus vertientes de autonomía privada y autonomía pública respectivamente (HABERMAS, 2019 [1992]: esp. cap. 3; al respecto, véase GÜNTHER, 2016). Así también, en cuanto a orientaciones políticas generales, ambas dimensiones de la autonomía integrarían o englobarían estandartes característicos de las vertientes más liberales en síntesis con estandartes de las vertientes más republicanas. Como HABERMAS apunta, nociones claves como lo son el ideal normativo de la situación ideal del habla y el principio del discurso reconstruyen ideales liberales (kantianos) muy de cerca. La parte republicana viene expresada sobre todo en la idea de una democracia participativa y de no dominación, que incide en el principio del discurso, supeditando toda norma posible a aquellas emergidas de las discusiones que realmente ocurren en una entidad política.

Este ideal conciliador pronto se revela como punto de partida para ulteriores discusiones. El postulado habermasiano de la co-originalidad se define desde un inicio por el esfuerzo de integrar una serie de tensiones entre elementos irreductibles entre sí y potencialmente en conflicto<sup>12</sup>. Por ello, la actual oposición entre teorías procedimentales y teorías epistémicas de la democracia bien podría caracterizarse como la discrepancia entre dos acentos posibles para la resolución de estas tensiones, quizás sobre todo a la luz de los retos actuales de las democracias que ponen de relieve esas contradicciones que se buscan suspender en la concepción de HABERMAS<sup>13</sup>. Así, a continuación, primero me referiré a algunas de las diferencias específicas de la concepción epistémica y después a la concepción procedimental.

### 1.1. La concepción epistémica de la democracia

La concepción epistémica de la democracia afirma que hay estándares de validez (esto es, tanto de verdad o de corrección) que inciden en los procesos democráticos. Lo epistémico reside en que, no sin ambigüedad, se afirma la cognoscibilidad de tales

---

12. Cabe hacer hincapié en que la tesis de co-originalidad habermasiana pretende realizar una comprehensiva labor integradora con pares como derechos humanos y democracia, autonomía pública y privada, y estandartes liberales y republicanos.

13. Siguiendo la advertencia de BARBERIS, 2006: 25, conviene precisar de qué concepción particular se trata para poder apuntar si advertimos una intención estrictamente integradora (que puede sostenerse o no, ante sus propias tensiones), o si encontramos acentuaciones que la colocarían en un campo (más *epistémico*) o en otro (más *procedimental*). Como sugiere un árbitro anónimo, afortunadamente se puede dejar abierto si se deben identificar al respecto no sólo conceptos y concepciones sino ulteriores *subconcepciones* y, de ser así, si estas implican problemas para la distinción misma entre concepto y concepción.

estándares<sup>14</sup>. En forma relacionada, se oscila entre caracterizar a esta concepción como una defensa o como una justificación epistémica de la democracia.

Mi propuesta es que resulta conveniente distinguir un mínimo de tres órdenes en los que, según esta concepción, se suelen traer a colación las ideas de la verdad y de la corrección en la democracia.

En un primer orden, quizás el más cercano al objeto, destacan fuertes invocaciones al *teorema del jurado de CONDORCET* (ESTLUND, 1997: 267 y siguientes). En él, se postula que a mayor pluralidad (*tendente* al infinito) de individuos con *tendencia* a decidir correctamente en la mayoría de los casos, necesariamente se muestra una *tendencia* a converger sobre decisiones correctas. Tales tendencias se entienden en el sentido matemático. Sobre tal teorema, la democracia sería defendida como valiosa por ser algo así como un mecanismo para averiguar la verdad entre las posibilidades para una decisión. Así, lo que resulta es, en lugar de deliberación en sentido focal<sup>15</sup>, una justificación *técnica* en el sentido de ser condicional y empírica. Deja de apoyar a la democracia ahí donde no se verifiquen las tendencias que son premisas del teorema de CONDORCET o, más en general, donde fuese demostrado que la realización de los procedimientos democráticos sólo guarda una relación contingente hacia la corrección en las decisiones (haciéndolas más fiables). En otras palabras, este punto no versa sobre un valor intrínseco de la democracia como sería el caso al considerársele una garantía y expresión de la autonomía<sup>16</sup>.

En un segundo orden, las concepciones epistémicas de la democracia se refieren a la conjunción de «estándares independientes» sobre la verdad. Estos estándares son independientes de los procedimientos democráticos en sí y pueden darse desde la investigación científica o, como se suele referir, por la reflexión y deliberación moral o general (entre otras posibles «fuentes»). La deliberación inclusiva hace más confiable que se lleguen a empatar los resultados de los procesos democráticos con estos estándares, pero sin llegar a garantizar este paso.

Este último caso, involucrando a la moral (y al razonamiento práctico general) tiene notables consecuencias al empatarse con su «atrincheramiento», o la institucionalización de límites a los resultados democráticos posibles debido a su contenido. Por ejemplo, es notable la distinción entre «niveles» institucionales más fundamentales o con mayor rigidez. Podemos mencionar la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales o, en un primer nivel de concreción, al seno de la práctica constitucional: entre lo que ACKERMAN (1991) llamaba *política ordinaria* y *política constitucional*. Aquí se insiste en que tales aspectos conviene separarse del anterior («segundo orden»), es

14. Para su discusión, véase LANDEMORE, 2017: 280-281; SCHWARTZBERG, 2015; ESTLUND, 1997; y ya desde NINO, 1988: 98-99 y COHEN, 1986: 34.

15. LANDEMORE (2017: 292, nota 26) refiere este teorema bajo la *agregación de juicios*.

16. Podríamos hablar de un ideal de *justicia procesal perfecta* que subyace al teorema de CONDORCET (desde lo empírico). Véase el balance en TSCHENTSCHER, 1997; GAMA, 2019: 249 y ss. Sobre justificaciones instrumentales e intrínsecas de la democracia, véase ANDERSON, 2009 y, más allá de la democracia, hasta la idea misma de la autodeterminación colectiva, MARGALIT y RAZ, 1990: 451 y ss.

decir, de la verdad científica (o los resultados disponibles en ciencias y disciplinas). Los «estándares independientes» desde la argumentación moral, como sea que se conceptualicen, constituyen así un tercer orden o nivel.

Esta distinción entre tres órdenes no siempre se toma en cuenta en las discusiones sobre la concepción epistémica, arriesgando así el discutir indistintamente sobre pretensiones de *verdad*. En cambio, resulta menos demandante delimitarnos a hablar de *corrección*, objetividad o incluso validez intersubjetiva de estándares de la razón práctica<sup>17</sup>.

Por lo apuntado, la discusión sobre las concepciones epistémicas de la democracia suele acompañarse de oscilación entre sus sentidos, o al menos por una desafiante heterogeneidad. Esto exige argumentar abarcando indistintamente desde el ámbito formal y empírico del *teorema de CONDORCET*, al ámbito fáctico sobre los resultados científicos, su fiabilidad, y su valoración en cuanto verdad ante la decisión democrática, e incluso hasta los ámbitos plenamente normativos y metaéticos de las cuestiones sobre la «existencia» o validez de estándares para el razonamiento práctico general que sean independientes al proceso democrático. Esto representa un serio desafío conceptual aún pendiente.

Además, la principal objeción ante las concepciones epistémicas de la democracia consiste en que, al someter la democracia a «estándares independientes», realmente se da pie para abandonarla, sin proporcionar elementos para afirmarla ante su mutación «epistocrática»:

«Si las decisiones correctas son el objetivo de la política, ¿por qué no habrían de gobernar sólo los más sabios? ¿Cuál sería el punto de incluir a todos en primer lugar? Si es necesaria la participación de los ciudadanos, esto es así presumiblemente por razones que van más allá de la corrección de los resultados – por ejemplo, la libertad en condiciones de igualdad [*equal liberty*]» (trad. libre de SAFFON y URBINATI, 2013: 446).

## 1.2. La concepción procedimental de la democracia

En su valiosa contribución, SAFFON y URBINATI (2013) identifican a KELSEN y BOBBIO como antecesores paradigmáticos en la concepción procedimental de la democracia. En sus términos, la concepción procedimental de la democracia se ciñe a afirmar la legitimidad otorgada por los procedimientos democráticos mismos. Así, la observancia de procedimientos neutros y especialmente las fórmulas de mayoría se justificarían como medios idóneos para demostrar igual respeto y consideración a cada individuo (aunque haya de matizarse al tratarse de sus representantes).

En esta concepción, tal legitimidad resultaría necesaria y suficiente. Esto obedece principalmente al bien conocido hecho del desacuerdo profundo. Las sociedades contemporáneas albergan una diversidad de sectores, doctrinas, y en general, de posibles

17. Esto se enfatiza en SCHWARTZBERG, 2015.

orientaciones y sentidos elegidos desde lo individual que, en muchos casos, sería un disvalor intentar «superar» y que, en todo caso, sería muy difícil lograrlo. En ambos puntos es posible retomar una explicación en torno a las «cargas del juicio» que surgen en el libre ejercicio del razonamiento práctico y teórico (RAWLS, 2005 [1993]: 54 y ss, *cf.* NUSSBAUM, 2011; LASSMAN, 2011: cap. 3). Adicionalmente, el desacuerdo profundo llama la atención sobre un hiato entre fundamentación y motivación para la acción en las sociedades complejas y pluralistas. Precisamente en ello residiría la función tan fundamental de los procedimientos como condiciones de posibilidad para la estabilidad y cooperación bajo términos justos y equitativos – aún en sociedades tan diversas como los Estados Unidos.

Ahora bien, tales argumentos no llegan a determinar compromisos en contra o a favor de la posibilidad de estándares objetivos en la moralidad. Sin embargo, ciertamente se suelen invocar argumentos efectivos contra un robusto y dudoso *realismo* moral. Ese *realismo* moral incurre en un *error*<sup>18</sup> al postular estándares morales en cuanto *hechos* preexistentes «ahí afuera» o intuiciones inescrutables<sup>19</sup>. De forma relacionada, esta postura procedimental sobre la democracia suele acompañarse de un relativismo metaético, similarmente al tratamiento por Hans Kelsen (1929)<sup>20</sup>.

SAFFON y URBINATI (2013) colocan al centro el *hecho del desacuerdo* para entonces defender su postura procedimental en cuanto defensa normativa de la democracia<sup>21</sup>. La razón principal es que, dado el desacuerdo en la política y su naturaleza (a menudo) irreconciliable, «imponer un estándar sustantivo a las decisiones democráticas amenazaría la libertad.» (SAFFON y URBINATI 2013: 442).

Anticipemos que lo enunciado por SAFFON y URBINATI es cierto, siempre y cuando también anotemos que la formulación sobre la «imposición» de un «estándar sustantivo» posee una indeterminación relevante. La pregunta pendiente consiste en los elementos (potencialmente expansivos) que distinguirían la «imposición» de un «estándar sustantivo» respecto al control de constitucionalidad en el Estado de derecho. Así, al señalar

18. *Locus classicus*: el argumento de la rareza (*queerness*) en MACKIE, 1977.

19. Tal crítica no toca las variedades «constructivistas» en la metaética y «cognitivistas» sobre el razonamiento práctico. Sobre variedades (morales, políticas, metaéticas) de *constructivismo* véase BAGNOLI, 2020, caracterizándolo desde el inicio por aceptar la posibilidad de «verdades normativas», dependientes siempre «de lo que se acordaría por agentes racionales al someterse a condiciones de decisión especificadas». Sobre *cognitivismo práctico*, véase KREMM, 2018, caracterizándolo por afirmar que las preguntas prácticas admiten respuestas correctas o incorrectas (pág. 131) en cuanto «compromisos prácticos» o juicios normativos sin requerir cuestiones sobre la representación de hechos morales (pág. 168 y ss).

20. Hay contribuciones recientes orientadas a reformular esta postura en términos del *pluralismo de los valores* en lugar del relativismo (Wagrandl, 2020; Özmen, 2016). Sin pretender demeritar este valioso programa, cabe apuntar la abundante evidencia textual sobre la adopción por Kelsen de un relativismo que, en todo caso, estaba en boga entre autores de la época. Véase SPAAK, 2020. Además, se invoca como modelo al pluralismo de los valores de BERLIN – pero tales contribuciones, indiscutiblemente sugestivas e influyentes, también eran «siempre discusiones recurrentes que bailotean en su rodeo del tema del pluralismo» (REICK, 2016: 127). Así, permanecen desafíos, al plantearse constantemente la preocupación de aproximarse a un relativismo (véase REICK, 2016: 133 y ss) y al permitir que el objeto de discusión oscile entre la metafísica y la metaética (sobre la utilidad de distinguir las véase BARBERIS, 2016).

21. Véase también SCHWARTZBERG, 2015: 201, con referencias adicionales. *Cf.* LANDEMORE, 2017.

que los derechos constitucionales son condiciones que garantizan el funcionamiento de la democracia<sup>22</sup>, se reconocen los límites indeterminados entre constitucionalismo y democracia. Con ello, necesariamente, se toca el punto en que «la cuestión sobre cuánto debería incluirse en el constitucionalismo se vuelve más abierta» (SAFFON y URBINATI, 2013: 469), admitiendo la plausibilidad de incluir «otros derechos como la libertad de expresión o algún nivel de independencia económica» como necesarios para el funcionamiento de la democracia, o como requisitos de la idea de participación política (SAFFON y URBINATI, 2013: 469).

Más allá de ello, el punto sobre los «estándares sustantivos» refleja una desafiante heterogeneidad que señalábamos en la sección inmediatamente anterior. Se pretenden identificar estándares sustantivos o independientes a través de las fuentes más diversas. Cuentan como candidatos las ciencias, las religiones, la economía (y sus concepciones opuestas), las decisiones ético-políticas, la antropología filosófica, la deliberación moral y un repertorio general de posibles doctrinas y perspectivas. ¿Qué criterio o criterios tenemos para elegir y discriminar entre unos candidatos y otros? En la democracia deliberativa incluso cabrían propuestas que se opondan a esta misma pregunta, apuntando el mismo derecho de toda perspectiva o doctrina a pertenecer en una democracia. En forma más acotada, el *liberalismo político* de RAWLS busca que no se excluya (de inicio) a las doctrinas religiosas y sus razonamientos del debate público. ¿Ocurre lo mismo con las concepciones de la democracia a la luz de teoría de los principios<sup>23</sup>?

### 1.3. Balance preliminar

Sin duda, las concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia tienen un importante núcleo de postulados que les son comunes. Ambas pretenden dar cuenta de la práctica de los Estados contemporáneos que buscan ser (al menos en sus mejores momentos) liberales, democráticos y con un sistema constitucional de derechos. En tal sentido, cabe sostener que las concepciones procedimentales y epistémicas acentúan distintos aspectos de la democracia deliberativa (en sus versiones más conciliadoras).

Sin embargo, también debemos ir más allá e identificar una cuestión sobre la primacía que surge sobre todo en casos polarizantes. Mientras que la variante más representativa de la concepción procedimental no admite subordinar el control de resultados democráticos (o, al menos, más allá de límites estrechos) por su valor intrínseco como ejercicio de la autonomía, la concepción epistémica admitiría subordinar, puntual y justificadamente, el ejercicio de la autonomía a límites dados.

22. Véase SAFFON y URBINATI (2013: 468-9) aceptando el argumento de los derechos constitucionales como condiciones para la democracia. Por otra parte, señalan que «la calidad de los resultados democráticos no habría de evaluarse tomando en consideración ningún parámetro distinto al constitucionalismo» (pág. 449).

23. Preliminarmente, el juicio también podría ceñirse a evaluaciones (ponderaciones) concretas y puntuales, sin implicaciones sobre la admisibilidad de determinada «doctrina» o «fuente de valores» en cierta comunidad.

Anticipando, si resultase dable aplicar resultados actuales de las teorías de los principios a los puntos de discusión entre ambas concepciones, se abriría una posibilidad adicional: incorporar a tales disputas ponderaciones puntuales entre compromisos básicos (procedimentales y de resultados). La teoría de los principios también se orienta por el caso concreto y pregunta reflexivamente sobre la importancia de los resultados (los contenidos del derecho) y su relación con los procedimientos formales e informales de la voluntad democrática. Al mismo tiempo, tales ponderaciones pueden ser más que meras *jerarquías móviles*, al incorporar una pretensión (que puede realizarse o no) de objetividad, o de sostenerse a través del tiempo.

## 2. UN MAPEO TENTATIVO DE LAS ACTUALES TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS

Una vez efectuado un breve balance de ambas concepciones actuales de la democracia, es necesario dirigirnos hacia la actual teoría de los principios. En un primer momento esbozaré una contextualización de la relevancia de la distinción entre reglas y principios en las normas. Sobre ello, expondré algunas de las características más distintivas de la teoría de los principios y sus discusiones actuales.

### 2.1. Las reglas y los principios

Desde la década de 1990, cada vez con más frecuencia, se suele denominar *teoría de los principios* a aquellos desarrollos posteriores sobre los hombros de la teoría jurídica de Robert ALEXY. Ahora bien, una caracterización que nos refiere sólo a un «círculo de sus alumnos»<sup>24</sup> sería insuficiente pues las teorías de los principios comparten un número de tesis, pero también presentan divergencias de la mayor relevancia, como intentaré apuntar.

Al centro de esta teoría está la distinción entre reglas y principios *en sentido fuerte*. Aunque esta distinción pertenezca a una tipología de las normas, se ha desarrollado mediante sus implicaciones en postulado de un sistema teórico (BOROWSKI, 2011; KLATT, 2020). Alrededor de la distinción entre reglas y principios se establece un «teorema de la exclusión» sosteniendo que esa división binaria agota los tipos posibles de normas<sup>25</sup>.

En contraste, una distinción tradicional entre reglas y principios sólo reconoce una diferencia de grado entre unas y otras. En este sentido, las reglas serían normas estrictas, en cuanto perentorias o con un antecedente bien determinado. Los principios serían normas o reglas flexibles, en cuanto dotadas de un alto grado de generalidad o indeterminación. Esto admitiría un amplio rango de posibilidades para su interpretación, concreción o incluso excepción.

24. POSCHER, 2016, se aproxima a ello (sólo) en su caracterización inicial.

25. Véase en BÄCKER, 2014.

La contemporánea distinción cualitativa, o en sentido fuerte, surge con la crítica de Ronald DWORKIN (1967) contra lo que llamó «el modelo de las reglas» en la teoría de H. L. A. HART. Ahí oponía que, además de reglas, existía otro tipo de estándares o normas al alcance del juez: los principios. A diferencia de las reglas, aplicables en forma «todo o nada», los principios poseerían una «dimensión de peso» (DWORKIN, 1967: 27). Apuntemos que esta dimensión de peso implica una dimensión de comparación como constitutiva del argumento moral, es decir, se trata de peso *qua* importancia ética o moral: el resultado es *contrastivo* al establecer una importancia de mayor o menor grado. Enunciado este primer punto, debemos adelantar dos notas mínimas.

*Primero*, las diferencias de grado entre el peso (es decir, la importancia comparativa) de los principios introduce ya una primera ambigüedad sistemática si seguimos, por ejemplo, al modelo de HABERMAS. En resumen, operando sobre lo que identificamos como distinción tradicional, HABERMAS señala que *las normas* son deónticas, universales y definitivas. En contraste, sólo *los valores* admitirían diferencias de grado en su importancia, pero dependiendo siempre de una adopción idiosincrática o al menos relativa a la identidad individual o cultural<sup>26</sup>.

*Segundo*, también desde el argumento dworkiniano se suele tomar por sentado que los principios en el derecho implican una dimensión moral y que, en consecuencia, hemos de tomar un segundo paso y entender que los principios implican por sí mismos una concepción *no-positivista* del derecho, afirmando una conexión necesaria entre derecho y moral. Sin embargo, este segundo paso no sigue por necesidad<sup>27</sup>. Es dable la posibilidad de teorías de los principios desde las variedades del *iuspositivismo*.

La distinción dworkiniana entre reglas y principios es adoptada por Robert ALEXY y desarrollada, sobre todo, desde mediados de la década de 1980. Ciertamente hay importantes continuidades con su *Teoría de la argumentación jurídica* [1978]. Entre los méritos de esa primera gran obra cuenta el ser la primera importación al derecho de la ética del discurso de HABERMAS hasta tal momento de su desarrollo<sup>28</sup>. Se destaca la contribución de HABERMAS respecto a la posibilidad de objetividad (o al menos su pretensión) en el discurso moral, donde la orientación al mutuo entendimiento permite la validez intersubjetiva de las normas. Esto se puso al servicio de la objetividad en la justificación (fundamentación) jurídica o, al menos inicialmente, judicial<sup>29</sup>.

26. Véase el balance en ARANGO, 2011; así como el estudio preliminar y los ensayos recogidos en PUTNAM y HABERMAS, 2008. Con esta distinción, HABERMAS, 2019 [1992]: 255 y ss, objeta al concepto alexiano de principio, apuntando que se asemeja más a la estructura de los valores.

27. Distinguir entre reglas y principios no implica una tesis fuerte de la conexión entre derecho y moral que condicione o pueda derrotar por sí la validez del derecho positivo en su dimensión formal (promulgado conforme a procedimientos establecidos). Como advierte Martín BOROWSKI, 2016: 91 y ss, para ello, hace falta introducir tesis substantivas adicionales como lo hace ALEXY con la pretensión de corrección y la fórmula de RADBRUCH *qua* «frontera exterior del derecho».

28. Véase GÜNTHER, 1993: 144.

29. Como efectos de la *Teoría de la argumentación jurídica* de ALEXY, además de propiciar la redirección de la *teoría crítica* hacia una mayor atención a las instituciones liberales y democráticas, podríamos citar cómo sus

Como única nota adicional, apuntemos la estrecha relación (aún con distancias centrales) hacia los posteriores desarrollos de HABERMAS a su teoría del discurso. De hecho, se suele hablar de un «giro jurídico» en HABERMAS (y, siguiéndolo, en la teoría crítica)<sup>30</sup>. Este surgiría, en buena parte, en diálogo ante la adopción de sus ideas por ALEXY. Al centro hay una revaloración sobre la posible *pragmática* en el discurso institucional. Aún hasta mediados de la década de 1980, HABERMAS consideraba que los procedimientos judiciales estaban caracterizados (debido a su formalidad, celeridad y otras evidentes restricciones) no por la acción comunicativa sino por la acción estratégica. Así, la orientación del discurso jurídico y judicial se dirigiría al éxito en lugar del mutuo acuerdo y comprensión, haciendo uso de la manipulación de ser necesario. Por el contrario, ALEXY caracterizó el procedimiento judicial, y especialmente la fundamentación del juez, por erigir pretensiones de corrección (al menos en el *contexto de justificación* – y no *de descubrimiento* – implicado en la motivación de las decisiones). Sería principalmente en *Facticidad y validez* donde HABERMAS desarrollaría su propia contribución a la teoría del derecho y de la democracia, más cercana, aunque con importantes críticas a la teoría de ALEXY, especialmente sobre la pretensión de objetividad en los argumentos estructurados como ponderación.

## 2.2. La distinción cualitativa de los principios y sus consecuencias

Desde el escrito de habilitación de ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), encontramos un desarrollo sistemático de la distinción (*en sentido fuerte*) entre reglas y principios. En la dogmática jurídica anterior, era tradicional una distinción en sentido débil, de grado, entre reglas y principios<sup>31</sup>. En contraste, para ALEXY, como para DWORKIN, la diferencia no es de grado sino de tipo.

El criterio para esta distinción en sentido fuerte sería el modo de aplicación. Mientras que las reglas se subsumen, los principios se ponderan<sup>32</sup>. Con ello, se identificará la

---

reglas del discurso práctico permanecen como referente en la teoría de la argumentación (general y no sólo jurídica), e.g. en WOHLRAPP, 2014: lviii; 129; 299.

30. Respecto a su evaluación por Nancy FRASER y Axel HONNETH, véase el balance en SCHEUERMAN, 2017.

31. En esta concepción, las reglas tendrían un ámbito de aplicación delimitado y relativamente claro, los principios un ámbito de aplicación relativamente difuso. Un principio, valdría decir, no es más que una regla muy general en cuanto a su estructura, aunque consideraciones de importancia moral podrían permitir su apertura hermenéutica. Sobre sentidos de la distinción entre reglas y principios, ATIENZA Y RUÍZ MANERO, 1991.

32. Un ejemplo de regla sería: «[...] frente a una indicación circular roja los conductores deberán detener la marcha antes de entrar en la zona del cruce de peatones o en el límite extremo de la banqueta.» En cambio, los principios se asemejarían más a las normas de la siguiente disposición (más allá de la atribución de poderes a la autoridad competente): «El Departamento de Tránsito Municipal adoptará todas las medidas eficaces para la facilidad de la circulación y la seguridad de peatones y pasajeros, disponiendo lo que la técnica y la prudencia aconsejen.» Ambos ejemplos provienen del *Reglamento de tránsito para el municipio de Ensenada, Baja California* en sus artículos 64 fracción III y 56 respectivamente.

ponderación y el análisis de proporcionalidad<sup>33</sup>. Además, los principios fueron desde entonces caracterizados por ALEXY como *mandatos de optimización*. La aplicación de un mandato de optimización exige su mayor grado de realización posible, es decir, según lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas. Un buen número de discusiones actuales sigue de cerca a tales pasos argumentativos.

Entre la amplia literatura al respecto, apuntaremos que una de las más agudas críticas viene de uno de los principales representantes de las actuales teorías de los principios, Jan-Reinard SIECKMANN. En resumen, SIECKMANN apuntó que los principios en realidad implicaban reglas (SIECKMANN, 1990: 65). Esta contradicción se verificaría en que, por necesidad lógica, una norma que contiene principios sólo puede ser aplicada o no. Esto es: optimizar o no optimizar, *tertium non datur*. Citando un ejemplo discutido sobre este punto (POSCHER, 2016: 75): una obligación de optimizar el volumen de los neumáticos en relación tanto con la carga del vehículo como con la seguridad implica una obligación estricta y susceptible de cumplirse o no, independientemente de la generalidad de sus factores relevantes.

Por una parte, ALEXY admitiría esta crítica y refinaría su teoría ante ella. Así, desde entonces distingue dos niveles en los principios. Un nivel estaría compuesto propiamente por el objeto a ser optimizado. El otro nivel estaría compuesto por el mandato de optimizar dicho objeto, que efectivamente se aplicaría o no<sup>34</sup>. ALEXY caracteriza esta distinción en términos de un «deber ser» ideal (en cuanto al objeto a ser optimizado) y un «deber ser» real (el mandato), y también se suele apuntar que, dentro de los principios hay una estructura doble: sólo al nivel del objeto corresponde propiamente el principio y al mandato le corresponde una regla<sup>35</sup>.

Por otra parte, SIECKMANN ha elaborado, sobre los problemas exhibidos en este diálogo y en ulteriores contribuciones, una teoría de los principios con rasgos bastante distintivos. En su versión actual, se reconceptualiza la distinción entre reglas y principios a la luz de otra distinción, más fundamental para SIECKMANN: entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*<sup>36</sup>. Los *argumentos normativos*, por así decirlo, requieren de *contraste*, similarmente a la inicial dimensión de peso apuntada por DWORKIN. Se trata de una labor de demostración y persuasión razonable especialmente en casos de

33. Es decir, el análisis de proporcionalidad «en sentido estricto», precedido por una examinación de la idoneidad, y de la necesidad de intervención legislativa (o por otra autoridad empoderada) en un principio (derecho fundamental o bien colectivo). Hay distintas acepciones de ponderación (o *balancing*); véase el balance en PORTOCARRERO QUISPE, 2017: 213: «Mientras que la ponderación en el *civil law* se refiere a principios jurídicos como sub-tipo de norma, en la ponderación o *balancing* en el contexto del *case law* norteamericano el objeto de la ponderación son los intereses (económicos, políticos, éticos, etc.) de las partes enfrentadas en un caso concreto.» Véase además SARDO, 2013, sobre distintas concepciones de la ponderación.

34. Para un balance, véase BÄCKER, 2014; DE FAZIO, 2018.

35. Esto suscita una cuestión que se dejará pendiente: ¿Se implicaría que los principios son propios del razonamiento práctico general (*deber ser ideal*) y que su positivización jurídica los inscribe como reglas (*deber ser real*)? De ser así, nos acercaríamos notablemente a los términos de la distinción tradicional, con los principios como reglas complejas o muy generales, ya sea con antecedente o consecuente abierto, pero siempre limitado por el sentido de su objeto y las posibilidades fácticas y jurídicas.

36. Véase el contraste con la teoría de ALEXY en SIECKMANN, 2013.

colisión (ponderación). Así, un *argumento normativo* dirige hacia la ponderación en el derecho, pero también en el razonamiento práctico general. En contraste, las *aserciones normativas*, por así decirlo, ya implican una pretensión definitiva de validez. Una *aserción normativa* dirige hacia la aplicación silogística o la subsunción en el derecho y el razonamiento práctico general. Apuntemos que esta distinción parece dejar de lado un criterio desde la taxonomía de las normas, reemplazándolo por el modo de aplicación y la pragmática del discurso. Sólo se acerca, sin pretender coextensividad, a la distinción entre reglas y principios. Por el contrario, prioriza sistemáticamente a la distinción entre aplicación silogística (o subsunción) y ponderación. Esto resulta útil para una generalización de los resultados de la teoría de los principios como teoría del razonamiento práctico y, con respecto al presente escrito, el argumento parlamentario y las concepciones de la democracia<sup>37</sup>.

Asimismo, SIECKMANN es uno de los pioneros en desarrollar sistemáticamente al concepto de *principios formales*. Estos conforman uno de los principales puntos de discusión y desarrollo reciente en la teoría de los principios, así como un posible elemento para tender un puente hacia la teoría de la democracia y, con ello, la filosofía política. Esbozaré una caracterización mínima del tema, así como una necesaria advertencia sobre sus desafíos pendientes.

Como caracterización mínima, mientras que los principios sustantivos o materiales tendrían como objeto a los derechos humanos o bienes colectivos, los principios formales «requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada» (ALEXY, 2014: 20). Así, al referirse a la dimensión de autoridad del derecho, los principios formales tratan sobre relaciones institucionales, especialmente en las decisiones sujetas a control judicial, y la división de poderes<sup>38</sup>. Encontramos a la democracia como ejemplo recurrente de principio formal, al otorgar poderes para producir derecho al poder legislativo<sup>39</sup>.

Antes de volver sobre la relación entre principios formales y democracia, es necesario advertir algunos desafíos pendientes alrededor de los principios formales. Los principios formales reconstruyen al interior del razonamiento jurídico aquella presunción (*preponderante*) de autoridad – focalmente, de la autoridad del poder legislativo<sup>40</sup> – en

37. «En la medida en que la ponderación se implica en la interpretación jurídica, no son sólo las cortes las que deben interpretar el derecho sino, en efecto, todos los órganos jurídicos a los que el derecho se dirige» (SIECKMANN, 2012: 198); véase también en SIECKMANN, 2019 y ATIENZA, 2019: 201-202.

38. Sobre principios formales, además de ALEXY, 2014, véase PORTOCARRERO QUISPE, 2016a; PALU, 2019; y BOROWSKI, 2019. Sobre la división de poderes, aunque haya cabida para interpretaciones más estrictamente «mecánicas», éstos siempre incorporan la función de realizar valores (en sentido institucional, como la previsibilidad o la delimitación del arbitrio en el poder). Véase PALOMBELLA, 2006: 42-43; NERIA GOVEA, 2018: 70-71; *cf.* el argumento desde la «autonomía colectiva» en MÖLLERS, 2013.

39. En este sentido, ALEXY, 2014: 20. Otros candidatos incluyen las competencias en general y la competencia del control de constitucionalidad incluso en las relaciones de ordenamientos jurídicos multinivel. Véase KLATT, 2015.

40. En el contexto de la ponderación (*balancing*) estadounidense hay conceptualizaciones paralelas para esta función de «contrapeso» estructural-institucional o autoritativo de los principios formales (ante cierto potencial desestabilizador en los principios sustantivos). Por su parte, DWORKIN (1967: 39) anotaba la presencia

las decisiones tomadas conforme a procedimientos y demás condiciones institucionales establecidas para ello. Ahora bien, debemos apuntar que las discrepancias en este tema no se limitan a la ya considerable discusión entre modelos posibles para su aplicación o ponderación<sup>41</sup>, sino que el objeto mismo de los principios formales sigue sujeto a controversias. El rango de sus objetos abarca desde perspectivas más ceñidas a la relación entre el poder judicial con su control constitucional hacia el poder legislativo, a través de una teoría sobre los márgenes de discrecionalidad, y hasta llegar a las competencias jurídicas en general<sup>42</sup>. Podríamos arriesgar una posible explicación contribuyente a esta heterogeneidad por el contexto que ha propiciado su desarrollo teórico. Mientras que los principios sustantivos o materiales emergían en torno a la reconstrucción de ALEXY sobre la dogmática de los derechos fundamentales y del análisis de proporcionalidad en Alemania, el impulso para los principios formales surge en debates de la teoría de los principios ante objeciones desde la democracia (o, más en general, la división de poderes).

Así, efectivamente, se debe relacionar el enfoque reciente sobre los principios formales en la teoría de los principios, al menos en buena parte, como una respuesta

---

de «principios conservadores» que requerían que las cortes considerasen los precedentes y la «supremacía legislativa» en el *common law* (y, probablemente, ALEXY buscase trasplantar este argumento a la cultura jurídica alemana). Además, Duncan KENNEDY (2011: 209) apunta que la doctrina de HART y SACKS, difundida informalmente en las décadas de 1950 y 1960, preveía agregar «consideraciones de competencia institucional a las consideraciones sustantivas», especialmente reconociendo «los riesgos de usurpación judicial».

41. Se pueden identificar cinco vertientes (posibilidades o modelos) sobre la aplicación (ponderación) de los principios formales. Aunque estilizadas como concepciones rivales entre sí, nada impediría que incluso resultasen complementarias dependiendo, por ejemplo, de que se apliquen normas de una u otra categoría, o dependiendo del contexto institucional en cuestión. A continuación, enuncio los modelos principales. El *primero* (1) es identificado como un «modelo de combinación», originalmente presentado por ALEXY en su *Teoría de los derechos fundamentales* (siguiendo, a su vez, a DWORKIN, 1967: 39). Su principal defensor actualmente es Martín BOROWSKI quien considera que «los paralelos estructurales entre los principios sustanciales y formales, y los paralelos con la vista puesta en criterios para determinar su peso sugieren que de hecho ambos pueden considerarse en la misma ponderación» (BOROWSKI, 2019: 95). El *segundo* (2) es identificado como «modelo de separación». Niega que los principios formales deban añadirse a alguno de los principios sustantivos en pugna (el «dividendo» o «divisor» en la «fórmula del peso»). En su lugar, los principios formales se deben ponderar en un nivel distinto para después incorporarse, en su caso, con la ponderación de los principios sustantivos. Dos principales defensores de ello son Jan-Reinard SIECKMANN y Mathias KLATT, aunque matizando cada vez más esta separación. El *tercero* (3) es identificado como «modelo epistémico» y es actualmente defendido por Robert ALEXY. En él, los principios formales sólo vienen a colación en empates en la ponderación de principios sustantivos; ante la falta de certeza en las premisas de ésta, se hace valer en su caso la deferencia ante las decisiones del legislativo. Una *cuarta* (4) posibilidad es incorporar consideraciones sobre principios formales (sobre las competencias, la división de poderes, doctrinas de deferencia y márgenes de discrecionalidad) directamente como parte de la importancia de uno de los principios sustantivos al ser favorecido por el legislador. Véase BADENHOP, 2010: 380-392 y su discusión en BOROWSKI, 2015: 105-106. También es dable una *quinta* (5) posibilidad: replantear las referidas consideraciones sobre principios formales, empleándolas para decidir directamente sobre la intensidad del análisis de proporcionalidad o sobre la aplicación de algún «*standard of review*» relacionado. Esta se propone en KLEINLEIN, 2012: 287-292, y hay similitudes en PIRKER, 2013: 62 y ss. *Cfr.* los balances en ALEXY, 2014 (sobre los tres primeros modelos) y BOROWSKI, 2015 (hasta la cuarta posibilidad).

42. Véase sobre todo el desarrollo reciente del tema en PALU, 2019: 416 y ss.

desarrollada en debates sobre «la objeción democrática» al control de constitucionalidad y el llamado «activismo judicial»<sup>43</sup>. Al respecto, me referiré al rol que tiene la certeza en la idea de los principios formales (a), para entonces recabar un mínimo de puntos de relación entre la objeción democrática y teoría de los principios (b).

(a). Hemos de recabar que un importante punto común en las distintas concepciones, que ciertamente sigue de cerca a la práctica judicial, es aceptar la relevancia de la *certeza* para decidir el alcance e intensidad del ejercicio de control, especialmente a través del análisis de proporcionalidad. Esto encuentra expresión central en la «ley epistémica de la ponderación» que indica: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan» (ALEXY, 2002a: 55).

Así, sobre todo desde la década de 2000<sup>44</sup>, se ha enfocado centralmente el rol de la certeza en la fórmula del peso y los principios. Debe destacarse que, por una parte, tal certeza se refiere a las premisas empíricas de los argumentos. Así, se dirige hacia la confianza y probabilidad de los desarrollos científicos *qua* razones para la regulación y para el control judicial. Por otra parte, la certeza también se refiere a las premisas normativas. Aquí, al referirse a la duda ante lo que el derecho dispone, la falta de certeza normativa es coextensiva con una teoría sobre la discrecionalidad; sin embargo, la certeza en las premisas normativas también podría relacionarse con el «conocimiento», o bien, el grado de indeterminación en la moral, tanto positiva como crítica.

Respecto a los principios formales, su relación (al menos en sentido explícito) con la certeza resulta reciente<sup>45</sup>. En casos de empate, la mayor o menor certidumbre en las premisas (empíricas o normativas) jugaría un papel decisivo para mantener o revisar la decisión de la autoridad. Si las premisas con las que se cuenta para fundamentar una decisión no resultan del todo seguras o confiables, esto nos arrojaría una razón contribuyente en el sentido de dejar la decisión en manos de los órganos democráticamente legitimados para ello. Así, los principios formales tras doctrinas de deferencia y competencias se relacionarían con la cuestión de la certeza y de los márgenes de discrecionalidad, en una constelación compleja<sup>46</sup>.

43. Sobre la hipótesis del cambio de enfoque en la teoría de los principios al introducir una presunción ante casos de empate y a favor del legislador democráticamente legitimado (del «in dubio pro libertate» al «in dubio pro legislatore»), BERNAL PULIDO, 2003: 231-2; PORTOCARRERO QUISPE, 2016b. Para una perspectiva sobre el activismo judicial y derechos sociales, LOZADA, 2018.

44. Además del «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», se debe mencionar el desarrollo en ALEXY, 2002b.

45. Es evidente el cambio de un «modelo de combinación» sobre los principios formales y hacia un «modelo epistémico» que enlaza la idea de principios formales a la certeza en ALEXY, 2014. *Cfr.* PALU, 2019: 300.

46. Especialmente sobre el modelo de ALEXY, 2014, hay dudas sobre cómo precisar la conexión de la variable «certeza» (en la ponderación de principios sustantivos) con los principios formales. Como indica WANG, 2017: 435: «[...] la fórmula del peso es neutra ante la división de competencias sobre la toma de decisiones; incluso es compatible con no deferir a autoridad alguna. [...] Las variables epistémicas en la fórmula del peso tampoco nos indican por qué hemos de mostrar deferencia ante los juicios de una autoridad en casos de incertidumbre» (trad. libre). Similarmente, véase PALU, 2019: 310.

Como resultado del lugar central de la certeza y de la ley epistémica de la ponderación, se ha sostenido que los derechos humanos exigirían que idealmente nunca se ejerciera discrecionalidad para limitarles pero que el margen de posibilidades para ello surge la generalizada condición de falta de certeza. Más adelante volveré sobre este punto en relación con algunas preguntas abiertas sobre la justificación instrumental o intrínseca de la democracia.

(b). La objeción democrática suele denunciar la inescrutable supremacía del poder judicial debido a la extendida práctica del control judicial<sup>47</sup>. Esta objeción suele acompañarse de una crítica a la ponderación y, en ocasiones, a la teoría de los principios. Como ejemplo de esto último encontramos argumentos encaminados a demostrar que concebir a los derechos fundamentales en términos de principios les coloca ante la discrecionalidad judicial y sería deseable su construcción en términos de reglas perentorias definidas ya desde el poder legislativo. Ahora bien, y aunque una debida discusión de la objeción democrática exigiría un tratamiento propio y pormenorizado, hemos de recoger tres puntos torales presentados por Martin BOROWSKI que precisan y delimitan el alcance de estos argumentos<sup>48</sup>:

Primero, en virtud de su función estructurante de la argumentación en general (no sólo judicial), la ponderación (incluyendo al análisis de proporcionalidad) no va necesariamente en contraposición a la toma democrática de decisiones. Como apunta Martin BOROWSKI (2019: 87-8): «la proporcionalidad está expuesta a la objeción democrática sólo cuando es empleada en el control de constitucionalidad de decisiones tomadas por órganos estatales democráticamente legitimados». Así, es plausible que el legislativo mismo emplee un análisis de proporcionalidad (o, así también, que desarrolle alguna estructura argumentativa bajo términos distintos, pero encaminada al contraste de los valores jurídicos y constitucionales en colisión). La objeción democrática no encontraría objeto. Este además es un sentido posible para la integración entre teoría de principios y deliberación parlamentaria.

Segundo, la objeción democrática al control de constitucionalidad como tal toca por igual a las reglas y el silogismo o subsunción (o, de hecho, cualquier modelo de aplicación), por lo que no se dirige en forma exclusiva hacia la teoría de la ponderación y de los principios.

Tercero, el prolongado debate sobre la objeción democrática al control de constitucionalidad ya ha arrojado diversos resultados. Precisamente, cuenta entre ellos el desarrollo de la idea de los principios formales como lo enfatiza el profesor Martin BOROWSKI. Generalizando, el debate sobre los principios formales se agrupa en torno a la conveniencia de condensar criterios y otros elementos (inter-)institucionales en la argumentación judicial y general. Al estructurar y delimitar la discrecionalidad judicial a través de argumentos escrutables por el público, estos elementos y criterios sirven

---

47. Entre otras versiones, es referente WALDRON, 2006.

48. Sigo a continuación a BOROWSKI, 2019: 87-88.

para encontrar una vía media entre el principio democrático y el de la supremacía constitucional (con la corte como su guardián).

Ciertamente, todos estos puntos son de la mayor relevancia a través de sus implicaciones y consecuencias y aquí sólo se ha propuesto una mención. Sólo cabe recordar una alternativa que se implica en el último punto del profesor Martin BOROWSKI. Desde la teoría de los principios cada vez se acepta más la posibilidad de otorgar una importancia condicionada a la presunción de legitimidad o autoridad del legislativo (o «un peso abstracto variable» en el principio democrático), que se podría determinar según la calidad de la deliberación democrática (BOROWSKI, 2019: 95; OLIVER-LALANA, 2019: 223-224). Para ilustrar, criterios para predicar tal calidad incluirían: procurar un grado adecuado de racionalidad (técnica) con respecto a la materia regulada, la efectiva inclusión de los afectados y de mayor diversidad política posible, o respetar un debido plazo para la deliberación formal e informal.

Sin embargo, aun con ese tipo de consideraciones, seguiría siendo posible un sentido más radical de la objeción democrática: sostener que el control de constitucionalidad es ilegítimo en principio. Es decir, aun habría un déficit de legitimidad democrática en aquel control realizado bajo parámetros argumentativos públicos y escrutables que limiten la discrecionalidad, o aquellos parámetros que faculden una dimensión deliberativa o cíclica sobre las decisiones. Considerando la intención integradora entre teoría de los principios y concepciones de la democracia, ¿llegaría la concepción procedimental de la democracia a implicar esta postura que hemos apuntado como «radical»?

### 2.3. Balance preliminar

He tratado presentar el desarrollo de la teoría alexiana de los principios, enfatizando su diversidad interna y su refinamiento: por una parte, a través del enfoque en el razonamiento jurídico (con la distinción de SIECKMANN entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas* enfatizando la distinción entre ponderación y subsunción más allá de la tipología normativa); por otra parte, a través del desarrollo de los principios formales para dar cuenta de la dimensión autoritativa del derecho, así como con el principio democrático, relacionado tanto con la certeza como con la «objeción democrática» al control de constitucionalidad.

## 3. HACIA UNA INTEGRACIÓN

Llegados a este punto, hemos presentado breves bosquejos de las concepciones epistémicas y procedimentales de la democracia, así como de la teoría alexiana de los principios. Esta sección tiene el propósito de advertir la posibilidad de iniciar un ejercicio integrador entre ambas. Me delimitare a enunciar, sin pretensión de exhaustividad, algunos puntos de implicación entre ambas.

Debe añadirse que, en el marco de discusiones sobre la objeción democrática al control de constitucionalidad, Robert ALEXY ha presentado un argumento a favor de una democracia deliberativa con ánimo conciliatorio entre un «elemento volitivo» y un «elemento argumentativo», estableciendo que «la única forma de conciliar al control de constitucionalidad con la democracia es afirmar que también el control constitucional participa en una representación del pueblo» (ALEXY, 2005: 578), aun cuando esta representación sea «puramente argumentativa» (ALEXY, 2005: 579)<sup>49</sup>. Aunque este argumento tiene un sentido valioso, deja pendiente una importante labor integradora más allá de él, sobre todo recordando las tensiones que apuntábamos que tampoco se logra contener por la fórmula habermasiana de la co-originalidad entre la autonomía pública y privada.

Así, buscando favorecer la viabilidad de un ejercicio integrador desde la teoría de los principios hacia las concepciones de la democracia, primero defenderé algunos elementos ante lo que considero como un obstáculo teórico central que llamaré «objeción desde las diversas pragmáticas discursivas» en las instituciones del derecho. Después, mencionaré generalmente y con propósitos ilustrativos algunos resultados actuales de la teoría de los principios con potencial para compaginarse con preguntas abiertas en las concepciones distintas (ocasionalmente, contrapuestas) de la democracia.

### **3.1. La objeción desde las diversas pragmáticas discursivas**

De inmediato se alza una objeción. La teoría de los principios se plantea principalmente como teoría del razonamiento judicial. ¿No sería ilegítimo usar una teoría (mayormente) acotada a lo judicial para observar la amplitud de lo parlamentario-democrático y político<sup>50</sup>? Sólo puedo apuntar algunos motivos por los cuales me parece que son tenues las razones en contra de extender la aplicación de la teoría de los principios al debate y procedimiento político-parlamentario. Como lo entiendo, la cuestión pone de relieve lo que podríamos identificar como «pragmática del discurso» a través de las instituciones del Estado y de su diversidad de compromisos y límites (o, por brevedad, pragmática institucional). Al respecto, recogeré un mínimo de tres rubros. En los dos primeros llamaré la atención sobre las pragmáticas institucionales típicas, respectivamente: la pretensión de corrección en sede judicial y el pluralismo en el razonamiento parlamentario. Después, recogeré consideraciones desde modelos recientes que las matizan, especialmente a la luz de la teoría de los principios.

49. Esta representación argumentativa es un ideal que ha de temperarse desde las condiciones empíricas. Contribuyendo a esto desde una crítica a la forma de deliberación de las cortes, véase BELLO HUTT, 2018.

50. La obra de Robert ALEXY enfrenta una objeción emparentada desde sus inicios. La central tesis del caso especial sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial del razonamiento práctico general, estructurándose sobre su racionalidad y añadiendo una dimensión de institucionalidad. Tras 40 años de debate, una línea de objeción señala que esto resulta inadecuado por las ubicuas limitaciones de los procedimientos judiciales. ALEXY defiende su tesis también en contribuciones muy recientes (2018b), sirviendo como impulso a ulteriores desarrollos. Véase un balance en PAVLAKOS, 1998.

### 3.1.1. Pretensión de corrección en sede judicial

La razón más evidente podría ser que el razonamiento político-parlamentario es diverso al razonamiento judicial. Ya desde el diseño institucional, los órganos judiciales resuelven cuestiones concretas y, especialmente al efectuar revisión, en sentido binario («¿la decisión impugnada es correcta o no?»). Con reserva de la estructura concreta del poder judicial en un ordenamiento jurídico, se puede afirmar en términos generales que los órganos jurisdiccionales de primera instancia resuelven la aplicación e individuación del derecho vigente y que es sobre todo ante los tribunales constitucionales donde resulta evidente un tipo distinto de desacuerdos. Estos no versan sobre los hechos ni propiamente sobre las disposiciones de derecho aplicable, sino que son «desacuerdos teóricos<sup>51</sup>» al tratar los «fundamentos» del derecho para identificar qué normas (en qué disposiciones) son aplicables, qué estándares nos permiten conocerlas e interpretarlas y, sobre todo, cuándo deben revisarse los límites del derecho vigente (revisando un precedente, un acto administrativo definitivo, o juzgando la constitucionalidad de la legislación).

Así, en los tribunales de revisión y sobre todo en la jurisdicción constitucional, se ventilan desacuerdos teóricos y además hay una estructura binaria en las decisiones. Resuelven sobre una decisión anterior de otra autoridad y lo hacen respondiendo en forma afirmativa o negativa. La decisión *a quo* es correcta o incorrecta, confirmada o revocada, conforme o no con el derecho vigente. Como apuntó Ulfrid NEUMANN (2004: 40-41; 53-54), para predicar todo ello de una decisión anterior es necesario sostener algún tipo de pretensión a la verdad. Hace falta conocer (o, al menos, afirmar que se conoce) lo que en verdad dice el derecho para ocupar una posición apta de identificar si una decisión se ajusta al contenido del derecho.

Por lo anterior, podríamos hablar de una *situación pragmática institucional* en los compromisos diversos que surgen desde el contexto mismo de la deliberación o fundamentación y decisión. Esto incide en las decisiones en las instituciones judiciales y exige en la porción representativa de casos una pretensión de corrección en sentido fuerte, aproximándose a la «tesis de la única respuesta correcta»<sup>52</sup>.

### 3.1.2. Pluralismo en el razonamiento parlamentario

En contraste, podría sostenerse que no hay una estructura binaria evidente al seno del debate parlamentario. Antes encontramos ideales políticos de *pluralismo razonable*. Sus

51. Véase en DWORKIN, 1986: 4 y ss.

52. NEUMANN, 2004, reformula la tesis dworkiniana de la «única respuesta correcta» en términos de «ideal regulativo» y no «ontológico». Sobre el tema, véase también SCHULZ, 2007; SIEDENBURG, 2019. Relacionadamente, ya ALEXY, 1988: 63, delimita la pretensión de corrección, estableciendo que se debe distinguir entre una corrección absoluta y relativa. La segunda se podría identificar con conceptos como «warranted assertibility», «plausibility», «justifiability», y «reasonableness». BOROWSKI, *ms*, relaciona estas pretensiones más acotadas al desarrollo de controles limitados de constitucionalidad.

fundamentos normativos observan situaciones fácticas y jurídicas. Desde lo fáctico, debe haber representación del pluralismo social. Con ello, se podría preguntar con razón: ¿Qué podría ser más contradictorio hacia tal pluralismo político y social que la pretensión de corrección? (Sobre todo en el sentido de la «única solución correcta».) En todo caso, este pluralismo de nuestras sociedades nunca se entiende irrestricto. Su simbiosis con la materia constitucional se presupone<sup>53</sup>. Más allá de ello, desde lo normativo y en virtud de la indeterminación de las normas constitucionales (y morales)<sup>54</sup>, hay una tensión relevante entre el pluralismo en lo político y la pretensión de corrección en el sentido más fuerte de la única respuesta correcta.

Por ilustrar, ante decisiones económicas acaso se podría prescindir de una pretensión de la única solución correcta: determinada propuesta respecto a la legislación sobre ingresos y egresos, siendo constitucional, también representa los intereses de un amplio sector social y con ello es tanto legítima como legal. En virtud de ser parte de ese *pluralismo razonable*, pasa a segundo plano la cuestión sobre su corrección óptima.

Sin embargo, este tipo de razonamiento no contradice la pretensión de corrección, sino que la presupone. Esto, aun al ocurrir bajo delimitaciones en el ámbito y la *fuerza* de la pretensión de corrección. Respecto al ámbito: se erige una pretensión de corrección sobre el conocimiento del contenido de la constitución y otras normas aplicables, y una correcta interpretación de los intereses sociales representados. Cabe mencionar también el rol de la inclusión de procedimientos desde la ciencia y otras disciplinas para aumentar la racionalidad de la legislación por una parte<sup>55</sup>, así como la idea del «debido proceso legislativo» por otra parte. Respecto a la fuerza: ciertamente, persiste una delimitación al admitir un carácter abierto tanto en la discusión como en la pretensión de corrección. Se admite que habrá otras interpretaciones que, aunque sean distintas y contradictorias con la propia, pueden ser razonables por igual. Así, todas ellas responden a distintas posturas o incluso «doctrinas» admisibles en la práctica constitucional.

### 3.1.3. *Matices recientes sobre tales pragmáticas institucionales desde la teoría de los principios*

La distinción señalada entre los modos de razonamiento en sede judicial y en sede parlamentaria adquiere matices sobre todo ante distintos diseños institucionales y su innovación. La teoría alexiana de los principios también abona en este sentido. Se ha reconocido que la pretensión de corrección puede entenderse en un sentido más restringido o tenue que en el sentido más fuerte de la «única respuesta correcta». Desde la

53. Quizás sólo se presupone, en términos del «teorema de BÖCKENFÖRDE», «el Estado constitucional se anima por presupuestos que no puede garantizar con sus propias fuerzas.»

54. Con indeterminación de las normas morales, me refiero a las bien conocidas cargas del juicio de RAWLS (para su discusión, véase sobre todo NUSSBAUM, 2011), y al espacio de lo discursivamente posible (a diferencia de lo discursivamente necesario o imposible) en ALEX, 1988: 60.

55. Al respecto, véase ATIENZA, 1997; 2019.

argumentación general cabría, por ejemplo, delimitarse a sostener que las pretensiones propias se apoyan en argumentos sólidos, aunque derrotables<sup>56</sup>.

Esto se refleja al modelar relaciones institucionales más complejas. En este sentido, existen distintos niveles de escrutinio y se habla de un control limitado de la constitucionalidad<sup>57</sup>. En él, mientras que la decisión bajo revisión no sea «evidentemente incorrecta», también puede englobar un resultado que no sea completamente correcto. Esto respondería a límites dados por una serie de decisiones y presunciones a favor de la autoridad, principalmente del parlamento democráticamente legitimado en términos de la teoría de los principios formales<sup>58</sup>.

En un sentido comparable se aboca la propuesta de ver las relaciones argumentativas del control de constitucionalidad como parte de un ciclo institucional encaminado a la discusión de los argumentos de las cortes por parte de los públicos en general<sup>59</sup>.

Considerando estos tres puntos – la pretensión de corrección en sede judicial, el pluralismo en el razonamiento parlamentario, y sobre todo a la luz de los matices recientes respecto tales pragmáticas institucionales desde la teoría de los principios – parece dable extender la aplicación de la teoría de los principios a las consideraciones estructurales sobre el debate y procedimiento político-parlamentario. Como nota al margen, tomando en cuenta algunos de los problemas pendientes en cuanto a la tipología normativa y los modelos para ponderar principios formales que hemos enunciado, un acercamiento entre la teoría alexiana de los principios y las concepciones de la democracia se podría facilitar al distinguir principalmente entre ponderación y subsunción (en lugar del «teorema de la exclusión» entre reglas y principios). Es decir, planteándose con cierta similitud a la reformulación de SIECKMANN en torno a la distinción entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*.

### 3.2. Teoría de los principios y preguntas abiertas en las concepciones de la democracia

Me gustaría ilustrar, aunque sea tentativamente, el sentido en que la teoría alexiana de los principios ofrece un punto de explicación común respecto a cuestiones abiertas y que inciden en la tensión entre concepciones de la democracia que hemos apuntado.

56. SIECKMANN, 2007: 36, planteó distintos órdenes de fuerza que puede asumir la pretensión de corrección. *Primero* (1), la verdad o exclusividad (ser la única respuesta correcta). *Segundo* (2), la plausibilidad o indestructibilidad, en el sentido de que no se pueda demostrar la falsedad del juicio. *Tercero* (3), estar apoyado por algún argumento, aun si este lo conociéramos como derrotable. En respuesta, ALEXV, 2007: 349 parece reconocer que basta ésta última, pues es suficiente que se actualice una pretensión de poseer razones sólidas (*claim to have sound reasons*) sin poseer razones que garanticen la corrección pretendida.

57. Véase NEUMANN, 2004: 55-6; BOROWSKI, *ms*.

58. Véase BOROWSKI, *ms*.

59. «Una decisión judicial es un pronunciamiento importante sobre todo sujeto, pero no es necesariamente el pronunciamiento de la última palabra. En cuanto la palabra judicial no sea la última palabra, la objeción contramayoritaria pierde fuerza» (trad. libre de FRIEDMAN, 1993: 644). PALU, 2017: 368 estima esta perspectiva afín a una teoría de los principios (formales).

Nuevamente cabe recordar que las concepciones procedimentales y epistémicas se han caracterizado como distintos acentos o «facetas» de la democracia deliberativa<sup>60</sup>. Así, a su vez, la democracia deliberativa incluye una pluralidad de concepciones, entre las cuales hemos destacado el esfuerzo integrativo de HABERMAS. Con todo, innegablemente hay ocasiones – ya sea el caso normal o la excepción – en las cuales la política y el derecho se encuentran en una encrucijada que contrapone lo procedimental a lo epistémico como se apuntaba.

Las siguientes consideraciones se recogen con fines ilustrativos sobre cómo la teoría de los principios incorpora rasgos de ambas concepciones, o al menos demuestra afinidades electivas. Esto, sobre todo respecto al rol formal y estructurante de la legitimación procedimental por una parte, y al rol de los estándares de derechos humanos y *certeza* que hacen contrapesos a un ejercicio irrestricto de discrecionalidad por otra parte.

Un primer punto viene dado, sobre todo, por la relevancia de la certeza al fundamentar la presunción a favor de la autoridad del procedimiento democrático (es decir, el principio formal de la democracia).

Propongo un escenario hipotético. Imaginemos que poseemos un medio capaz de hacernos conocer a ciencia cierta el balance presupuestario óptimo posible. Recordemos que de ese balance presupuestario depende el ejercicio de medidas positivas para la protección de derechos fundamentales. Si adoptamos ese balance óptimo, tendríamos la certeza de cumplir cabalmente con la protección de derechos fundamentales (en el ámbito supuesto). Sin embargo, estaríamos dejando de lado la representación de la voluntad. Supongamos además que una mayoría considerable estimase ilegítima tal decisión óptima, prefiriendo en su lugar y de forma autónoma un balance subóptimo pero más o menos cercano (es más, sin nuestra tecnología hipotética, este balance subóptimo hubiera aprobado fácilmente un *test* como razonable). Finalmente, ese balance subóptimo resulta ser más beneficioso a corto plazo para un sector mayoritario de la población. ¿Qué es lo que se debe hacer? Ese interés en el balance subóptimo parece indebido pues, independientemente de su mayor o menor grado, supedita intereses y necesidades básicas a otro tipo más mediato de intereses. Al conocer «a ciencia cierta» el arreglo óptimo para proteger derechos fundamentales, se evapora el *pluralismo razonable* y se condensa una obligación constitucional.

Este alambicado escenario de certezas plenas dista mucho de la realidad. Sin embargo, pone de relieve algo parecido a una *relación inversa* en la que parecen converger los resultados actuales de la teoría de los principios en cuanto sistematización teórica sobre los derechos fundamentales. Me refiero a la relación entre certeza tanto empírica como normativa por una parte y democracia por la otra.

En el marco de una teoría general de la discrecionalidad, este punto se formula concisamente por KLATT y SCHMIDT (2012: 94):

«En cuanto mandatos de optimización, los derechos fundamentales requieren de su realización a la mayor extensión posible, y por lo tanto *prima facie* exigen negar al legislativo

60. Recabo el símil de las «facetas» de LANDEMORE, 2017: 289-290.

*cualquier* discreción epistémica. Desde la perspectiva del sujeto de derechos, habría de evitarse toda discreción epistémica».

Donde hay certeza, hay un margen cada vez más acotado para la discreción. Por el contrario, donde hay escasa certeza, hay un mayor margen para la decisión y una mayor necesidad de deliberación. En este sentido, el procedimiento democrático (al menos en la medida que busque efectivamente incluir a todos los afectados), lleva una presunción de valor epistémico o deliberativo. Así, notablemente, la *ley epistémica* de la ponderación ciertamente desaconseja el control de constitucionalidad donde es necesario deliberar<sup>61</sup>.

¿Llegaría esto a implicar que, no sólo la discreción epistémica, sino incluso el elemento volitivo de la democracia sólo resulta legítimo ante la ausencia de certeza? Esta pregunta toca a los puntos de oposición entre el valor instrumental o intrínseco de la democracia (aunque esta oposición tampoco sea conceptualmente necesaria ni ocurra en una mayoría de casos)<sup>62</sup>. Todo ello proporcionaría pautas para matizar la atención hacia los estándares de corrección independientes de los procedimientos (en términos de las concepciones epistémicas de la democracia), a la luz de la certeza y de la efectiva representatividad procedimental.

En un menor nivel de abstracción, cabe apuntar un abanico de posibilidades en la pragmática institucional. La teoría de los principios actualmente se muestra apta para justificar también un control limitado de constitucionalidad. Sobre este último punto, y como duda abierta, debemos mencionar las innovaciones respecto a los distintos niveles de escrutinio en el control de constitucionalidad. Bajo esta óptica, un control limitado de constitucionalidad bien puede empatar con propuestas como el de un control procedimental (o semiprocedimental) de la constitucionalidad<sup>63</sup>. Suspendiendo por el momento la discusión más puntual sobre tales modelos, una pregunta clave sería: ¿las concepciones procedimentales de la democracia se opondrían asimismo al control limitado o (semi-)procedimental? O bien, ¿se llegaría con este tipo de mecanismos a un punto de síntesis entre ambas concepciones? A mi parecer, incluso hay herramientas conceptuales encaminadas a preservar los matices opuestos de ambas concepciones de la democracia: lo que se volvería decisivo sería la perspectiva del caso concreto y su debida

61. «El control judicial de las leyes, bajo esta lógica, posee muy bajo valor epistémico» (GAMA, 2019: 227).

62. Sobre su complementariedad, ANDERSON, 2009. Sobre los casos de oposición, podríamos recordar que la autonomía pública parece operar en un sentido muy distinto a la autonomía privada. Según la autonomía privada, nuestra dignidad nos merece ser tomadores de decisiones *personalísimas* y que merecen igual respeto más allá de si sean «óptimas», por ejemplo: sobre nuestras relaciones afectivas, amistosas y, en buena parte sobre la determinación de nuestro plan de vida en general. Esto no ocurre en la «autonomía pública». Al involucrar a terceros y a la sociedad, el umbral para el escrutinio de los actos de autoridad se eleva hasta hablar de una obligación de fundamentar óptimamente (desde lo fáctico y lo jurídico) las decisiones.

63. Sobre control procedimental y semiprocedimental, BAR-SIMAN-TOV, 2012; y de forma más sustantiva sobre la calidad deliberativa, OLIVER-LALANA, 2019. Propuestas recientes (véase el útil balance en GIUFFRÉ, 2018; *cf.*: GAMA, 2019: esp. 302 y ss) observan una nueva concepción, *dialógica* o *deliberativa*, del constitucionalismo iniciada con diseños institucionales como la cláusula *notwithstanding* de Canadá y que se incorpora paradigmáticamente en escrutinios limitados en el control de constitucionalidad y la falta de última palabra judicial. El prospecto de ello *qua* nueva concepción de constitucionalismo aquí será suspendido, acotándonos a apuntar la difusión de tal tipo de matices en el diseño institucional.

deliberación en términos de los criterios de la teoría de los principios actual. Así, como en la concepción de la democracia deliberativa de HABERMAS, podríamos mantener una intención de integrar rasgos co-originales de autonomía pública y privada. A diferencia de ella, esta integración estaría orientada al ámbito contextual del razonamiento jurídico y sin tener que rechazar conceptualmente la función de la ponderación en nuestra difundida «cultura de la justificación»<sup>64</sup>.

Ciertamente, esto sólo puede ser el tema de investigaciones más pormenorizadas. Desde los propósitos más acotados de este escrito, sólo he pretendido apuntar la posibilidad de alzar este tipo de preguntas comparando o integrando a la teoría de los principios actual y las concepciones de la democracia a la luz de innovaciones institucionales.

#### 4. SÍNTESIS Y COMENTARIOS FINALES

Primero, hicimos un mapeo de la tensión entre las concepciones epistémicas y procedimentales de la democracia. Después, hicimos un balance breve sobre la teoría alexiana de los principios. Se enfatizó su desarrollo a través del «teorema de exclusión» en la distinción entre reglas y principios, se anotaron las objeciones a los principios en cuanto mandatos de optimización, así como el modelo de STECKMANN sobre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*, el desarrollo reciente de los principios formales, y el rol de la certeza. Por último, tomamos cuenta de algunos puntos donde la teoría de los principios abona al entendimiento de las concepciones de la democracia. Para ello, anotamos cómo la pragmática de las decisiones en las diversas instituciones puede analizarse en términos de pretensión de corrección, aunque bajo diverso alcance y fuerza, así como en términos de ponderación.

Por último, anotamos cómo el énfasis en la certeza revela una relación inversa donde los derechos humanos pedirían el menor ejercicio de discrecionalidad (democrática, judicial o cualquiera) posible, aunque en la medida que el poder legislativo se acerque a una deliberación inclusiva, le pertenecerá una presunción epistémica, de deliberación.

Aunque cabe insistir sobre el carácter exploratorio y preliminar de las cuestiones aquí recogidas, con ellas se postula que parece posible y deseable tender un puente conceptual entre la teoría de los principios y la persistente tensión entre las concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia en teorías recientes.

---

64. Esta suele contrastarse con una «cultura de la autoridad». Orbita en torno a la posibilidad de cada individuo para controvertir cada decisión autoritativa, exigiendo justificaciones sustantivas. Así, las teorías de los principios y de la ponderación (en sentido amplio) ofrecen elementos valiosos para esta función pública y escrutadora de la argumentación. Véase KUMM, 2010, KLATT 2019. *Cfr.* el reciente «modelo priorizante» (*prioritizing model*) de Cristina LAFONT (2020: 207 y ss) contemplando focalmente al *judicial review* y considerando al análisis de proporcionalidad por su condensación de *razones públicas* en temas desafiantes (esp. en la pág. 213), y su acoplamiento con la discusión en la esfera pública.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge: Belknap / Harvard University Press.
- ALBERT, H., (1985 [1968]). *Treatise on Critical Reason*. Princeton University Press. doi: 10.1515/9781400854929
- ALEXY, R., (1988). «Problems of Discourse Theory», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 20 (58), 43-65.
- ALEXY, R., (2002a). «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (66), 13-64.
- ALEXY, R., (2002b). «Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en R. ALEXY, W. ERBGUTH, y P. KUNIG, (eds.), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin: De Gruyter, 7-30. doi: 10.1515/9783110898743.7
- ALEXY, R., (2005). «Balancing, Constitutional Review, and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), 572-581. doi: 10.1093/icon/moi040
- ALEXY, R., (2007). «Thirteen Replies», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 333-366. doi: 10.5040/9781472563989.ch-016
- ALEXY, R., (2014). «Principios formales», *Doxa*, 37, 15-29. doi: 10.14198/DOXA2014.37.01
- ALEXY, R., (2018a [1985]). *Theorie der Grundrechte*, 8ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- ALEXY, R., (2018b). «The Special Case Thesis and the Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, 31 (3), 254-259. doi: 10.1111/raju.12215
- ALEXY, R., (2019 [1978]). *Theorie der juristischen Argumentation*. 9ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- ANDERSON, E., (2009). «Democracy: Instrumental vs. Non-Instrumental Value», en T. CHRISTIANO y E. CHRISTMAN (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Malden: Blackwell, 213-227. doi: 10.1002/9781444310399.ch12
- ARANGO, R., (2011). «Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales», en L. CLÉRICO, J.-R. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Comares, 73-90.
- ARISTÓTELES, (1985). *Ética nicomáquea y Ética eudemia*, Madrid: Gredos.
- ATIENZA, M., (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Tecnos.
- ATIENZA, M., (2019). «Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning», en A. D. OLIVER-LALANA (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 175-206. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9\_8
- ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., (1991). «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 101-120. doi: 10.14198/DOXA1991.10.04
- BADENHOP, J. (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845225869
- BAGNOLI, C., (2020). «Constructivism in Metaethics», en E. N. Zalta, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020). Recuperado el 14 de enero de 2021, de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/constructivism-metaethics/>

- BARBERIS, M. G., (2006). *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México: Fontamara.
- BARBERIS, M., (2016). «Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y ponderación libertad-seguridad», *Doxa*, 39, 265-288. doi: 10.14198/DOXA2016.39.14
- BAR-SIMAN-TOV, I., (2012). «Semiprocedural judicial review», *Legisprudence*, 6 (3): 271-300. doi: 10.5235/17521467.6.3.271
- BÄCHTIGER, A., DRYZEK, J. S., MANSBRIDGE, J., y WARREN, M. E. (eds.), (2018). *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oxfordhb/9780198747369.001.0001
- BÄCKER, C., (2012). *Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845236544
- BÄCKER, C., (2014). «Reglas, principios y derrotabilidad», *Doxa*, 37, 31-44. doi: 10.14198/DOXA2014.37.02
- BELLO HUTT, D., (2018). «Measuring popular and judicial deliberation: A critical comparison», *International Journal of Constitutional Law*, 16 (4), 1121-1147. doi: 10.1093/icon/moy085
- BELLO HUTT, D., (2019). «Political representation as a regulative ideal. A comment on the democratic objection to constitutional review», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 38, 39-54. doi: 10.4000/revus.5146
- BERNAL PULIDO, C., (2003). «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, 26, 225-238. doi: 10.14198/DOXA2003.26.12
- BOHMAN, J., (1998). «The Coming of Age of Deliberative Democracy», *Journal of Political Philosophy*, 6 (4), 400-425. doi: 10.1111/1467-9760.00061
- BOROWSKI, M., (2011). «Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works» *Jurisprudence*, 2 (2), 575-595. doi: 10.5235/204033211798716899
- BOROWSKI, M. (2015). «Robert Alexy's reconstruction of formal principles», en J. A. DE OLIVEIRA, Stanley L. PAULSON, y A. T. G. TRIVISONNO (eds.), *Alexy's Theory of Law: Proceedings of the Special Workshop «Alexy's Theory of Law» held at the 26th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Belo Horizonte, 2013* (ARSP Beiheft 144), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 95-109.
- BOROWSKI, M., (2016). «La ponderación en la estructura jerárquica del derecho», en M. ELÓSEGUI ITXASO (ed.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, 71-100.
- BOROWSKI, M., (2019). «La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad», *Ciencia Jurídica*, 8 (16), 81-98. doi: 10.15174/cj.v8i16.314
- BOROWSKI, M., (ms). «Limited Review in Balancing Fundamental Rights», *Draft paper* recuperado el 14 de enero de 2021 de: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/borowski\\_-\\_limited\\_review\\_.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/borowski_-_limited_review_.pdf)
- CAMPOS ZAMORA, F. J., (2018). «Menos Habermas y más *Realpolitik*: ¿Qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 25, 21-38.
- COHEN, J., (1986). «An Epistemic Conception of Democracy», *Ethics*, 97, 26-38. doi: 10.1086/292815
- DAHL, R. A., (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven/London: Yale University Press.

- DWORKIN, R. M., (1967). «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, 35 (1), 14-46. doi: 10.2307/1598947
- DWORKIN, R., (1986). *Law's Empire*. Cambridge/London: Harvard University Press.
- ERMAN, E., (2009). «What is Wrong with Agonistic Pluralism? Reflections on Conflict in Democratic Theory», *Philosophy & Social Criticism*, 35 (9), 1039-1062. doi: 10.1177/0191453709343385
- ESTLUND, D., (1997). «The Epistemic Dimension of Democratic Authority», *The Modern Schoolman*, 74 (4), 259-276. doi: 10.5840/schoolman199774424
- DE FAZIO, F., (2018). «La teoría de los principios. Un estado de la cuestión», *Lecciones y Ensayos*, 100, 43-68.
- FORST, R., (2013). *Toleration in Conflict: Past and Present*, Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/CBO9781139051200
- FRIEDMAN, B., (1993). «Dialogue and judicial review», *Michigan Law Review*, 91 (4), 577-682.
- GALLIE, W. B., (1956). «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198.
- GAMA, L., (2019). *Derecho, democracia y jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- GIUFFRÉ, C. I., (2018). «Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico», *Revista Ética y Discurso*, 1 (3), 35-60.
- GÜNTHER, K., (1993). «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"», *Ratio Juris*, 6 (2), 143-156. doi: 10.1111/j.1467-9337.1993.tb00143.x
- GÜNTHER, K., (2016). «III: Zur Rekonstruktion des Rechts (1): Das System der Rechte», en P. KOLLER y C. HIEBAUM (eds.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, (Klassiker Auslegen 62) Berlín: De Gruyter, 51-67. doi: 10.1515/9783110434743-005
- HABERMAS, J., (2019 [1992]). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 7a. ed., Frankfurt: Suhrkamp.
- HÖFFE, O., (2002 [1990]). *Categorical Principles of Law: A Counterpoint to Modernity*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- KÄHLER, L., (2019). «What Constitutes the Concept of Law? Potentialism as a Position Beyond Positivism and Natural Law Theory», en A. F. L. DE PAULA y A. SANTACOLOMA (eds.) *Law and Morals*, (ARSP Beiheft 158) Stuttgart: Franz Steiner, 195-217.
- KELSEN, H., (1929). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr Verlag.
- KENNEDY, D. (2011). «A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law», en R. BROWNSWORD, H.-W. MICKLITZ, L. NIGLIA, & S. WEATHERILL (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford / Portland, Oregon: Hart Publishing, 185-220. doi: 10.5040/9781472560995.ch-011
- KLATT, M., (2015). «Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism can Manage Jurisdictional Conflicts», *Global Constitutionalism*, 4 (2), 195-226. doi: 10.1017/S2045381715000039
- KLATT, M., (2019). «Proportionality and Justification», en E. HERLIN-KARNELL, M. Klatt, y H. MORALES ZÚÑIGA (eds.), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*, New York: Oxford University Press, 159-196. doi: 10.1093/oso/9780190889050.003.0008
- KLATT, M. (2020). «La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema», *Doxa*, 43, 219-252. doi: 10.14198/DOXA2020.43.09
- KLATT, M., y SCHMIDT, J., (2012). «Epistemic discretion in constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, 10 (1), 69-105. doi: 10.1093/icon/mor056

- KLEINLEIN, T. (2012). «Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law», en A. VON BOGDANDY e I. VENZKE (eds.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg: Springer, 251-292. doi: 10.1007/978-3-642-29587-4\_8
- KOLLER, P., (2006). «The Concept of Law and Its Conceptions», *Ratio Juris*, 19 (2), 180-196. doi: 10.1111/j.1467-9337.2006.00323.x
- KUMM, M., (2010). «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 141-175. doi: 10.2202/1938-2545.1047
- KREMM, D. R., (2018). *Practical Cognitivism: An Essay on Normative Judgment*, tesis doctoral en Harvard University, recuperado el 14 de enero de 2021 de: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:39947186>
- LAFONT, C., (2020). *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oso/9780198848189.001.0001
- LANDEMORE, H., (2017). «Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy», *Social Epistemology*, 31 (3), 277-295, doi: 10.1080/02691728.2017.1317868
- LASSMAN, P., (2011). *Pluralism*. Malden: Polity.
- LOZADA, A. (2018). «Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista», *Doxa*, 41, 211-226. doi: 10.14198/DOXA2018.41.11
- MACKIE, J. L., (1977). *Ethics: Inventing Right and Wrong*. New York: Penguin.
- MARGALIT, A., y RAZ, J. (1990). «National Self-Determination», *The Journal of Philosophy*, 87 (9): 439-461. doi: 10.2307/2026968
- MEJÍA QUINTANA, O., (2014). «Hacia un modelo alternativo de adjudicación constitucional y del rol político-jurídico de los tribunales constitucionales. La teoría del derecho de Jürgen Habermas», en J.E. DOUGLAS PRICE y D.J. DUQUELSKY GÓMEZ (eds.) *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 279-314.
- MÖLLERS, C., (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press.
- MOUFFE, C., (1999). «Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?», *Social Research*, 66 (3): 745-758.
- MOUFFE, C., (2005). *On the Political*, New York: Routledge.
- MÜLLER-DOOHM, S. y ZUCCA, D., (2019). «Kommunikatives Handeln als gesellschaftliche Einheit: Thesen und Antithesen», en L. CORCHIA, S. MÜLLER-DOOHM y W. OUTHWAITE, (eds.), *Habermas global: Wirkungsgeschichte eines Werks*, Frankfurt: Suhrkamp, 19-109.
- NERIA GOVEA, M. DE J., (2018). «El poder constituyente permanente en México y el problema de los límites de la reforma constitucional», *Estudios Constitucionales*, 16 (1), 67-98. doi: 10.4067/S0718-52002018000100067
- NEUMANN, U., (2004). *Wahrheit im Recht: zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783748902447-1
- NINO, C. S., (1988). «Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas», *Doxa*, 5, 87-106. doi: 10.14198/DOXA1988.5.05
- NUSSBAUM, M. C., (2011). «Perfectionist Liberalism and Political Liberalism», *Philosophy & Public Affairs*, 39 (1), 3-45. doi: 10.1111/j.1088-4963.2011.01200.x

- OLIVER-LALANA, A. D., (2019). «Legislative Deliberation and Judicial Review: Between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers», en A. D. OLIVER-LALANA (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 207-241. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9\_9
- ÖZMEN, E., (2016). «Democracy within Pluralism: Hans Kelsen on Civil Society and Civic Friendship», en I. BRYAN, P. LANGFORD, y J. MCGARRY (eds.), *The Reconstruction of the Juridico-Political: Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber*, Oxon/New York: Routledge, 44-57.
- PALOMBELLA, G., (2006). «El abuso del derecho, del poder y del *rule of law*», *Doxa*, 29, 33-57. doi: 10.14198/DOXA2006.29.02
- PALOMBELLA, G., (2019). «“Formats” of Law and their Intertwining», en J. KLABBERS y G. PALOMBELLA, (eds.), *The Challenge of Inter-legality*, Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/9781108609654.002
- PALU, G. A. A., (2017). «Grundrechte, Demokratie und Formelle Prinzipien», *Ius Gentium*, 8 (2), 362-407.
- PALU, G. A. A., (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie*. Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845297248
- PAVLAKOS, G., (1998). «The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law», *Ratio Juris*, 11 (2), 126-154. doi: 10.1111/1467-9337.00081
- PIRKER, B., (2013). *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Groningen: Europa Law Publishing.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A., (2016a). *La ponderación y la autoridad en el derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A., (2016b). «El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: del in dubio pro libertate al in dubio pro legislatore», en J. A. PORTOCARRERO QUISPE (ed.), *Ponderación y discrecionalidad: Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 221-260. doi: 10.23071/j.ctv1503jxh.7
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A., (2017). «Ponderación», *Eunomia: Revista en cultura de la legalidad*, 12, 210-223. doi: 10.20318/eunomia.2017.3653
- POSCHER, R., (2016). «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto», en M. ELÓSEGUI ITXASO (ed.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 111-142.
- PUTNAM, H. y HABERMAS, J., (2008). *Normas y valores*, Madrid: Trotta.
- RAWLS, J., (1971). *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2005 [1993]). *Political Liberalism: Expanded Edition*, New York: Columbia University Press.
- REICK, R., (2016). *Freiheit und Pluralismus: Isaiah Berlins zentrale Ideen als Material für die heutige Philosophie*, Karlsruhe: KIT Scientific Publishing. doi: 10.5445/KSP/1000051978
- SAFFON, M. P. y URBINATI, N., (2013). «Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty», *Political Theory*, 41 (3), 441-481. doi: 10.1177/0090591713476872
- SARDO, A., (2013). «Teorías de la ponderación. Análisis crítico», en F. MORALES y P. GRÁNDEZ CASTRO (eds.), *La argumentación jurídica en el estado constitucional*. Lima: Palestra.

- SCHEUERMAN, W. E., (2017). «Recent Frankfurt Critical Theory: Down on Law?», *Constellations*, 24 (1), 113-125. doi: 10.1111/1467-8675.12218
- SCHULZ, L., (2007). «Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 353-361.
- SCHUMPETER, J. A., (1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York: Harper & Row.
- SCHWARTZBERG, M., (2015). «Epistemic Democracy and Its Challenges», *Annual Review of Political Science*, 18, 187-203. doi: 10.1146/annurev-polisci-110113-121908
- SIECKMANN, J. R., (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos.
- SIECKMANN, J. R., (2007). «Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 189-206. doi: 10.5040/9781472563989.ch-009
- SIECKMANN, J. R., (2012). *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford/Portland: Hart. doi: 10.5040/9781472566256
- SIECKMANN, J. R., (2013). «Zur Prinzipientheorie Robert Alexys. Gemeinsamkeiten und Differenzen», en M. KLATT (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 271-295.
- SIECKMANN, J. R., (2019). «Legislation as Balancing», en A. D. OLIVER-LALANA (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 133-152. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9\_6
- SIEDENBURG, P., (2019). «Sprachliche Präsentation und institutionelle Struktur juristischer Entscheidungen», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 105 (2), 143-170. doi: 10.25162/arsp-2019-0008
- SPAAK, T., (2020). «Relativism in the Philosophy of Law», en M. KUSCH (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Relativism*, Oxon / New York: Routledge, 272-279. doi: 10.4324/9781351052306-30
- TSCHENTSCHER, A., (1997). «The Function of Procedural Justice in Theories of Justice», en K. F. RÖHL y S. MACHURA (eds.), *Procedural Justice*. Ashgate/Dartmouth, 105-120. doi: 10.4324/9780429444524-5
- URBINATI, N., (2000). «Representation as Advocacy», *Political Theory*, 28 (6): 758-786. doi: 10.1177/0090591700028006003
- WAGRANDL, U., (2020). «Kelsen was no relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism», en M. JESTAEDT, R. POSCHER y J. KAMMERHOFER (eds.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*. Stuttgart: Franz Steiner, 373-392.
- WALDRON, J., (2006). «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, 115 (6), 1346-1406.
- WANG, P. H., (2017). «Formal Principles as Second-Order Reasons», en M. BOROWSKI, S. L. PAULSON y J. R. SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, Tübingen: Mohr Siebeck, 429-448.
- WOHLRAPP, H. R., (2014). *The Concept of Argument: A Philosophical Foundation*, Dordrecht: Springer. doi: 10.1007/978-94-017-8762-8

