



MATTHIAS KLATT

**“El Estado de derecho de doble naturaleza  
The Rule of Dual-Natured Law”**

AUTHOR'S ORIGINAL VERSION

The Author's Original Version is the un-refereed author version of an article completed before submission of the article to the journal or publisher. It is not identical to the finally published version. For purposes of citing, please refer to the officially published version.

This article will be published in:

Villa-Rosas G et al (eds), *Derecho, Argumentación y Ponderación: Ensayos en Honor a Robert Alexy* (Universidad Externado de Colombia 2023) 205-235.

<http://www.graz-jurisprudence.at>



## El Estado de derecho de doble naturaleza\*\*

### The Rule of Dual-Natured Law

#### RESUMEN

Tanto la argumentación jurídica como el Estado de derecho son conceptos controvertidos y están sujetos a objeciones de irracionalidad. El presente artículo refuta estas objeciones a través del análisis de ambos conceptos, centrándose en su relación mutua. A partir de una nueva exposición de la regla de la doble naturaleza del Estado de derecho, en este artículo se explica detalladamente la forma en la cual la doble naturaleza del derecho se manifiesta en las diversas formas y problemas del razonamiento jurídico, permitiendo una tercera teoría de la argumentación jurídica que integra elementos formales y materiales mediante la optimización.

#### PALABRAS CLAVE

Ponderación, concepto de derecho, tesis de la doble naturaleza, desarrollo ulterior del derecho, interpretación, objeción de irracionalidad, argumentación jurídica, principio de legalidad, proporcionalidad, Estado de derecho.

#### ABSTRACT

Both the concept of legal argumentation and the concept of the rule of law are contested and subject to irrationality objections. The present article refutes these objections by analyzing the two concepts and focusing on their mutual relation. Based on a new account of the rule of dual-natured law, it elaborates in detail on how law's dual nature plays out in the various forms and problems of legal reasoning, allowing for a third theory of legal argumentation which integrates formal and material elements by means of optimization.

#### KEYWORDS

Balancing, concept of law, dual-nature thesis, further development of the law, interpretation, irrationality objection, legal argumentation, principle of legality, proportionality, rule of law.

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Graz, Austria. Contacto. matt-hias.klatt@uni-graz.at.

\*\* Recibido el: ----, aprobado el: ----.

Para citar KLATT, M. *La argumentación jurídica y el Estado de derecho*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, No. , ---- de 2022, ---.

DOI: ----

Artículo original publicado como KLATT, M. The Rule of Dual-Natured Law. En: FETERIS, E.; HARM KLOOSTERHUIS, J. P. y SMITH, C. (eds.), *Legal Argumentation and the Rule of Law*. La Haya: Eleven International Publishing, 2016, 27–46. Se publica con las autorizaciones y permisos requeridos por Eleven International Publishing. Traducción del inglés a cargo de Gonzalo Villa Rosas (LL.M. s.c.l.). Investigador del Centro de Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Contacto: gonzalo.villa@uexternado.edu.co

## 1. LA TEORÍA DE LA IRRACIONALIDAD

De forma somera y, sin embargo, pragmática, se podría entender de manera superficial en qué consiste la argumentación jurídica y qué requiere el Estado de derecho. Pero ¿cuál es exactamente la conexión que existe entre estos dos conceptos? Esta cuestión referente al vínculo es el tema central del presente artículo. Muchos estudiosos sostienen que la argumentación jurídica no se rige por el derecho. Según este punto de vista, la argumentación jurídica se rige más bien por lo que podríamos llamar las cinco *i* del razonamiento jurídico: se dice que la argumentación jurídica es intuitiva, incidental, indeterminada, ideológica e irracional.

Uno de los argumentos centrales de este punto de vista más bien escéptico, inspirado en la investigación sociológica, es la falta de una jerarquía clara entre los distintos cánones de interpretación. Debido a esta ausencia de jerarquía, parece imposible justificar la libre elección de uno u otro juicio, especialmente en los casos difíciles. Esta línea de argumentación está presente, en lo que respecta a la interpretación del precedente, en la observación clásica de Llewellyn:

Hay dos cánones opuestos en casi todos los puntos. [...] En el trabajo de un solo día designado para emitir resoluciones<sup>1</sup> he observado 26 maneras diferentes y descriptibles en las que uno de nuestros mejores tribunales estatales argumentó sus propios casos anteriores, utilizando repetidamente de tres a seis maneras diferentes dentro de una sola resolución. Lo importante es que las 26 formas (más una docena de otras que no se utilizaron ese mismo día) son correctas.<sup>2</sup>

El relato de la irracionalidad no se limita en absoluto al ámbito de la argumentación jurídica. También se extiende al Estado de derecho. El Estado de derecho se describe como una máscara para ocultar la usurpación injustificada del poder político. Se ve como un ejemplo de imperialismo occidental, que impone a los Estados extranjeros un modelo particular de derecho que está en desacuerdo con la cultura jurídica local<sup>3</sup>. Es más, parece que no somos capaces de dar una explicación mínimamente precisa del significado del Estado de derecho. ¿Se limita el Estado de derecho a los aspectos formales de la autoridad y el procedimiento? ¿O es más bien la dimensión material de la justicia la que constituye su núcleo? O, lo que es una tercera opción, ¿una combinación de ambas? El interminable debate sobre estos puntos ha hecho que Martin Loughlin haga la siguiente valoración:

---

<sup>1</sup> N. del T. Llewellyn alude al vocablo inglés “opinion-day”. En los tribunales de los Estados Unidos, este vocablo corresponde a un término técnico usado para designar ciertos días de servicio en los que el tribunal se reúne a emitir resoluciones (véase, por ejemplo, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>. Consultado el 14 de octubre de 2021.).

<sup>2</sup> LLEWELLYN, K. N.. Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed. *Vanderbilt Law Review*, 1950, 3, 395-406, 401, 396.

<sup>3</sup> KRYGIER, M.. *Rule of Law*. En ROSENFELD, M. y SAJÓ, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 233-249, 233, 247-249.

El Estado de derecho [...] es mera retórica, una convicción que se ve reforzada por su intrínseca ambigüedad: la ubicuidad de la expresión “Estado de derecho” sólo se ve igualada por la multiplicidad de sus significados.<sup>4</sup>

De hecho, hay un estudio alemán que demuestra que no menos de 140 conceptos jurídicos diferentes se reivindican como aspectos del Estado de derecho<sup>5</sup>. Loughlin concluye que el Estado de derecho es “totalmente inviable en la práctica” y continúa “el hecho de que sea irrealizable en la práctica lo hace peculiarmente susceptible de ser utilizado con fines ideológicos”<sup>6</sup>.

Es precisamente en este punto donde las dos tesis de la irracionalidad – la de la argumentación jurídica y la del Estado de derecho – coinciden perfectamente. Las palabras de Loughlin “en la práctica” pueden leerse como “en la práctica de la argumentación jurídica”. Y así, la situación puede resumirse de la siguiente forma: ni la argumentación jurídica es el Estado de derecho, ni el Estado de derecho está basado en la argumentación jurídica. Si tanto la argumentación jurídica como el Estado de derecho son conceptos poco claros, controvertidos, llenos de paradojas y dilemas, cuánto más poco clara y discutida será la conexión entre ellos.

No obstante, es precisamente esta cuestión del vínculo la que voy a abordar en este ensayo y procederé en tres pasos. En primer lugar, abordaré con más detalle el concepto de Estado de derecho. En segundo lugar, extraeré las consecuencias que tiene este concepto para la caracterización de la argumentación jurídica, dando lugar a lo que llamaré la “naturaleza dual de la argumentación jurídica”. En tercer lugar, discutiré el principal desafío que se puede hacer contra mi propia teoría.

## 2. EL ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho es un concepto controvertido que se emplea para denotar un “conjunto de principios estrechamente interrelacionados, los cuales considerados de manera conjunta constituyen el núcleo de la doctrina [...] del constitucionalismo”<sup>7</sup>. Podemos distinguir dos concepciones diferentes del Estado de derecho. Ronald Dworkin las ha etiquetado como la concepción del “libro de reglas” y la concepción de los “derechos”<sup>8</sup>.

### 2.1 El “libro de reglas” y los “derechos”

---

<sup>4</sup> LOUGHLIN, M.. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, 313.

<sup>5</sup> SOBOTA, K. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte. Jus publicum: Bd. 22*. Tubinga: Mohr Siebeck, 1997, 471-526.

<sup>6</sup> Véase también ENDICOTT, T. A. O.. The impossibility of the rule of law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, 1-18. doi:10.1093/ojls/19.1.1; LOUGHLIN, M.. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, 314.

<sup>7</sup> ALLAN, T. R. S.. *Constitutional justice: A liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 1.

<sup>8</sup> DWORKIN, R. Political Judges and the Rule of Law. En: DWORKIN, R. (ed.), *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 2001, 9-32, 9-18.

La concepción del libro de reglas se centra en los procedimientos y la autoridad. Esta concepción salvaguarda la seguridad jurídica y la separación de poderes<sup>9</sup>. Su idea central es que el poder del Estado debe ejercerse de acuerdo con las normas establecidas explícitamente en un libro de reglas público y accesible a todos. El sistema jurídico en su totalidad debe respetar estas reglas hasta que se cambien. El concepto de libro de reglas no estipula nada en cuanto al contenido de las reglas. Sin embargo, esto no implica que no puedan abordarse cuestiones relativas a la justicia material de las normas. Simplemente significa que tales cuestiones no pertenecen al ideal del Estado de derecho. La concepción de los derechos, por el contrario, incorpora los requisitos de la justicia material al Estado de derecho. El Estado de derecho salvaguarda necesariamente, por ejemplo, los derechos fundamentales que pueden definirse como derechos humanos que se transforman en derecho constitucional positivo<sup>10</sup>. La concepción de los derechos del Estado de derecho conlleva necesariamente el principio de proporcionalidad<sup>11</sup>. En esta concepción, las cuestiones relativas a la justicia material de las normas son internas al Estado de derecho.

Esta distinción entre la concepción formal y la concepción material es bastante sencilla. Mucho más complejo es el problema normativo relativo a cuál concepción debemos seguir. Esta dificultad se debe a un dilema<sup>12</sup>: cuando adoptamos la concepción formal, corremos el riesgo de que el Estado de derecho se transforme en una mera máscara mal utilizada para legitimar las estructuras de poder existentes, ocultando injusticias sustanciales<sup>13</sup>. No obstante, cuando por el contrario seguimos la concepción material, somos vulnerables a la objeción del desacuerdo racional y del pluralismo de valores<sup>14</sup>. Como nos recuerda Joseph Raz, el Estado de derecho, en su concepción material, puede referirse a casi cualquier ideal político<sup>15</sup>. Así, el Estado de derecho parece poder ser absorbido por una filosofía social acabada y perder así entonces toda función independiente. Por lo tanto, no es una idea convincente interpretar el Estado de derecho como la regla del derecho bueno. Me gustaría sugerir que podemos resolver este dilema aclarando la relación entre el Estado de derecho y el concepto de derecho.

## 2.2 El Estado de derecho y el concepto de derecho

---

<sup>9</sup> DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Octava ed.. Londres: Macmillan, 1915, 120-121; FULLER, L. L.. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969, 33-34; RAZ, J.. *The Rule of Law and its Virtue*. En: RAZ, J. (ed.), *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 210-229, 214-219.

<sup>10</sup> ALEXY, R.. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. En: GOSEPATH, S. y LOHMANN, G.. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998, 244-264, 259-260; DWORKIN, R.. Political Judges and the Rule of Law. En: DWORKIN, R. (ed.), *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 2001, 9-32, 11-13.

<sup>11</sup> ALLAN, T. R. S.. Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 155-162, 159; KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>12</sup> Cfr. ALLAN, T. R. S.. *Constitutional justice: A liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 23.

<sup>13</sup> UNGER, R. M., *Law in modern society*. Nueva York: Free Press, 1976, 176-181, 192-223.

<sup>14</sup> CRAIG, P. P. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*, 1997, 467-487, 487.

<sup>15</sup> RAZ, J.. The Rule of Law and its Virtue. En: RAZ, J. (ed.), *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 210-229, 211, 221.

La estrecha relación entre el Estado de derecho y el concepto de derecho queda claramente indicada por las propias palabras de la expresión “Estado de derecho”. Sin embargo, fue Jeremy Waldron quien explicitó más claramente esta relación<sup>16</sup>. El Estado de derecho y el concepto de derecho son “dos perspectivas de la misma idea básica”<sup>17</sup>. Nuestro concepto de derecho influye mucho en nuestro concepto del Estado de derecho. Ambos están estrechamente conectados. Sorprendentemente, esta influencia sobre el Estado de derecho rara vez ha sido reconocida en la literatura. Para lograr alcanzar una concepción precisa del Estado de derecho, debemos aclarar qué entendemos por derecho. Para ello, emplearé un concepto específico de derecho, basado en la tesis de la doble naturaleza de Robert Alexy.

### 2.3 El Estado de derecho de doble naturaleza

El derecho tiene una doble naturaleza, que comprende tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica<sup>18</sup>. La dimensión ideal del derecho se establece mediante la pretensión de corrección del derecho<sup>19</sup>. La pretensión de corrección comprende la corrección moral. Por lo tanto, la dimensión ideal del derecho implica el no-positivismo. El principal desafío contra la dimensión ideal del derecho es la objeción del irracionalismo moral. Según esta objeción, las proposiciones prácticas son necesariamente subjetivas, relativas, o resultado de puro decisionismo<sup>20</sup>. Los no-positivistas jurídicos, sin embargo, pueden señalar la posibilidad de participar en un discurso práctico racional<sup>21</sup>.

Sin embargo, el intento de integrar el pluralismo moral mediante el discurso racional y las teorías procedimentales de la racionalidad práctica tiene sus límites. Las formas y las reglas del discurso racional no siempre conducen a una única respuesta correcta. Experimentamos entonces el desacuerdo racional<sup>22</sup>. Las insuficiencias de la dimensión ideal son la razón por la cual requerimos la dimensión real del derecho como su complemento. La dimensión real del derecho consiste en la positividad del derecho que se define por la emisión autoritativa y la eficacia social<sup>23</sup>. Los procedimientos jurídicamente establecidos garantizan la consecución de las decisiones y su cumplimiento, resolviendo así los problemas de conocimiento práctico y de coordinación social que deja irresueltos la dimensión ideal. La dimensión real del derecho se origina entonces en la necesidad de seguridad jurídica<sup>24</sup>. La dimensión real

---

<sup>16</sup> WALDRON, J.. The concept of law and the rule of law. *Georgia Law Review*, 2008, 43, 1-61, 5, 44, 58.

<sup>17</sup> Véase también CRAIG, P. P. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*, 1997, 467-487, 479; WALDRON, J.. The concept of law and the rule of law. *Georgia Law Review*, 2008, 43, 1-61, 45.

<sup>18</sup> ALEXY, R.. The dual nature of law. *Ratio Juris*, 2010, 23, 167-182.

<sup>19</sup> ALEXY, R.. Law and Correctness. En: FREEMAN, M. (ed.). *Current Legal Problems*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 205-221.

<sup>20</sup> MACKIE, J. L.. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. Harmondsworth: Penguin, 1977, 35.

<sup>21</sup> ALEXY, R. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *American Journal of Jurisprudence*, 2013, 58, 2, 97-110, 101-102.

<sup>22</sup> RAWLS, J.. *Political liberalism. The John Dewey essays in philosophy, Vol. 4*. Nueva York: Columbia University Press, 1993, 55.

<sup>23</sup> ALEXY, R.. The dual nature of law. *Ratio Juris*, 2010, 23, 167-182, 173.

<sup>24</sup> RADBRUCH, G. *Der Zweck des Rechts. Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Vol. 3*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, 50.

se sustenta, pues, en la dimensión ideal, ya que “el cultivo y el desarrollo del orden jurídico son importantes objetivos morales”<sup>25</sup>.

Cuando reconocemos plenamente la relación entre el Estado de derecho y el concepto de derecho, se hace evidente la base filosófica del principio constitucional del Estado de derecho. Sobre la base de un concepto no-positivista del derecho, se deduce que el Estado de derecho es un Estado de derecho que tiene una doble naturaleza. Este es el concepto de Estado de derecho con el que voy a trabajar en el resto de este artículo. En la siguiente sección, explicaré las implicaciones que el Estado de derecho de doble naturaleza tiene para la argumentación jurídica.

### 3. LA DOBLE NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La relación estrecha entre el concepto de derecho y el Estado de derecho puede observarse efectivamente en el ámbito de la argumentación jurídica, ya que “los diferentes modelos de decisión judicial [...] reflejan concepciones contrastantes acerca del derecho y de la legalidad”<sup>26</sup>. De manera tal que, una implicación del Estado de derecho de doble naturaleza es que la argumentación jurídica tenga también una naturaleza dual: la argumentación jurídica comprende elementos reales e ideales<sup>27</sup>. La aplicación del derecho no consiste en la mera interpretación de textos autoritativos que representan la dimensión real del derecho<sup>28</sup>. Por el contrario, la aplicación del derecho requiere un razonamiento práctico y un juicio moral, independientemente de que los principios de justicia y equidad aplicados estén basados en fuentes en sentido positivista<sup>29</sup>. El Estado de derecho es, por tanto, un Estado de la razón. El sentido último del Estado de derecho es que todos los ciudadanos gocen de la misma dignidad y libertad. Este entendimiento plantea un requisito fundamental para la argumentación jurídica: el razonamiento jurídico debe conllevar una justificación moral. Trevor Allan ha expuesto este punto con la mayor claridad:

El Estado de derecho es, en última instancia, un gobierno de la razón: él se satisface mediante un debate riguroso acerca de las demandas de justicia, convenientemente ajustadas a las circunstancias del caso concreto [...].<sup>30</sup>

Y, podríamos añadir, convenientemente sintonizadas con la dimensión autoritativa del derecho también.

---

<sup>25</sup> ALLAN, T. R. S.. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 25. doi:10.1093/ojls/gqv014; FINNIS, J.. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford Nueva York: Oxford University Press, 1982, 231-233; véase también FINNIS, J.. On Reason and Authority in “Law’s Empire”. *Law and Philosophy*, 1987, 6, 3, 357-380, 376-377.

<sup>26</sup> ALLAN, T. R. S.. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 2.

<sup>27</sup> cf. KLOOSTERHUIS, H.. The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion. *SSRN Electronic Journal*, 2014, doi:10.2139/ssrn.2519280.

<sup>28</sup> cf. FINNIS, J.. On Reason and Authority in “Law’s Empire”. *Law and Philosophy*, 1987, 6, 3, 357-380, 358, 363

<sup>29</sup> ALLAN, T. R. S.. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 6; PERRY, S. R.. Judicial Obligation, Precedent, and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1987, 7, 215-257, 215.

<sup>30</sup> ALLAN, T. R. S.. *Constitutional justice: A liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 315.

Me gustaría ilustrar la naturaleza dual de la argumentación jurídica recorriendo las tres categorías de métodos jurídicos, a saber, la interpretación, el desarrollo ulterior del derecho y la ponderación. La naturaleza dual del derecho tiene importantes consecuencias en todas estas tres categorías.

### 3.1 Interpretación

La distinción categórica y normativa entre los principios y las reglas es de gran importancia para el análisis de la argumentación jurídica. Mientras que las reglas pertenecen a la dimensión real, los principios pertenecen a la dimensión ideal del derecho<sup>31</sup>. Esto es así porque las reglas expresan un deber definido o real, mientras que los principios expresan un deber *prima facie* o ideal<sup>32</sup>. Se podría pensar entonces que, debido a esta conexión entre las categorías de las normas y las dos dimensiones del derecho, mientras que todo el proceso de subsunción pertenecería a la dimensión real, pues se trata de la aplicación de las reglas, la ponderación pertenecería a la dimensión ideal.

Sin embargo, esta imagen es demasiado tosca. Tenemos que distinguir entre dos tipos diferentes de subsunción. El primer tipo puede denominarse “subsunción sin ponderación”. En ella se aplica una regla cuya validez puede establecerse únicamente sobre la base de la emisión autoritativa y la eficacia social. No se necesitan aspectos de la dimensión ideal, las razones autoritativas e institucionales bastan para justificar la decisión jurídica. Cada día se deciden innumerables casos fáciles con la ayuda de la subsunción sin ponderación. El segundo tipo de subsunción es la “subsunción que depende de la ponderación”. Ésta incluye necesariamente elementos de la dimensión ideal, sobre todo en forma de argumentos teleológicos de tipo objetivo.

Si analizamos brevemente los distintos cánones, podemos afirmar los siguientes resultados en cuanto a la presencia de la doble naturaleza del derecho en la interpretación jurídica: el argumento *semántico* usa la redacción de una norma y establece cómo se utilizan realmente los términos jurídicos<sup>33</sup>. Por lo tanto, la argumentación semántica pertenece a la dimensión autoritativa del derecho<sup>34</sup>. Esto es aún más claro cuando el argumento semántico de tipo genético recurre al uso empleado por el legislador original. El argumento *histórico* utiliza “hechos relativos a la historia de los problemas jurídicos que se discuten”<sup>35</sup>, por lo que también usa razones de la dimensión real del derecho. Este argumento histórico, sin embargo, también debe implicar al menos una premisa normativa de la dimensión ideal<sup>36</sup>. Consideraciones similares son válidas para el razonamiento jurídico de tipo *comparativo* que se basa en soluciones tomadas en otro sistema jurídico. La pretensión de corrección

---

<sup>31</sup> ALEXY, R.. The dual nature of law. *Ratio Juris*, 2010, 23, 167-182, 180.

<sup>32</sup> ALEXY, R.. Ideales Sollen. En: CLÉRICO, L. y SIECKMANN, J.-R. (Eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2009, 21-38, 21-33.

<sup>33</sup> KLATT, M.. *Making the law explicit: The normativity of legal argumentation*. Oxford: Hart Publishing, 2008, 45-46, 52-54.

<sup>34</sup> cf. ALEXY, R.. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 1989, 239: “caso especial de razonamiento empírico”.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 239.

<sup>36</sup> *Ibid.*

del derecho trasciende la facticidad de los sistemas jurídicos locales. La doble naturaleza del derecho está, pues, presente en el argumento histórico y en el comparativo.

El argumento *sistemático* es el que muestra la doble naturaleza de la forma más clara. El argumento sistemático tiene como objetivo la consistencia y la coherencia. La consistencia es de carácter formal y corresponde a la ausencia de cualquier contradicción lógica entre los elementos de un sistema jurídico, por ejemplo, las normas, las interpretaciones, los precedentes y las posiciones de la doctrina<sup>37</sup>. La coherencia, en cambio, es una cualidad material, que apunta a la conexión sustancial de estos elementos con un todo. Ambos aspectos del argumento sistemático pueden explicarse bastante bien con la ayuda de la teoría de Dworkin acerca de la interpretación jurídica. Dworkin combina ambos aspectos en su idea de interpretar el derecho como sistema (la “integridad”). La consistencia está comprendida por el elemento de “adecuación” de Dworkin: el juez debe adecuar sus sentencias a la cadena de precedentes<sup>38</sup>. En contraste, la coherencia se establece mediante la “justificación”, que implica necesariamente cuestiones sustanciales de moral política<sup>39</sup>. La consistencia y la “adecuación” se refieren a la dimensión real del derecho, mientras que la “justificación” se refiere a la dimensión ideal del derecho.

La doble naturaleza del derecho también se evidencia en el argumento teleológico, que puede adoptar dos formas diferentes. La interpretación teleológica de tipo subjetivo hace alusión a los objetivos perseguidos por el legislador original y, por tanto, pertenece a la dimensión real del derecho. Establecer la voluntad del legislador histórico equivale a establecer los hechos<sup>40</sup>. Se trata, pues, de un caso específico de argumentación empírica. La argumentación teleológica de tipo objetivo, por el contrario, abre la subsunción para el caso de los argumentos procedentes de la dimensión ideal del derecho<sup>41</sup>. En comparación con la limitación positivista de los argumentos autoritativos institucionales de la dimensión real, el argumento teleológico de tipo objetivo amplía significativamente el repertorio de argumentos jurídicos.

Como se ha presentado, los aspectos de la dimensión real y de la dimensión ideal del derecho se entrelazan en los cánones de interpretación. Esto también puede ser demostrado a través del análisis del conflicto clásico de colisión entre el argumento semántico y el teleológico de tipo objetivo<sup>42</sup>. Cuando la redacción de una ley sugiere una determinada alternativa de interpretación, que sin embargo es injusta, el juez debe elegir entre dar preferencia a la seguridad jurídica o a la justicia. Hay dos alternativas: o bien el principio de seguridad jurídica exige que la ley se aplique a pesar de su injusticia, o bien el principio de justicia

---

<sup>37</sup> MACCORMICK, N.. *Coherence in Legal Justification*. En: KRAWIETZ, W. (ed.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*. Berlín: Duncker & Humblot, 1984, 37-53, 37.

<sup>38</sup> DWORKIN, R.. “Natural” Law Revisited. *University of Florida Law Review*, 1982, 34, 165-188, 166; DWORKIN, R.. *Law’s Empire*. Londres: Fontana, 1986, 228-232.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 231, 256

<sup>40</sup> ALEXY, R.. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 1989, 239, 241.

<sup>41</sup> cf. *Ibid.*, 241-244; para una visión crítica véase WALDRON, J.. Do Judges Reason Morally. En: HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 38-64.

<sup>42</sup> cf. ALEXY, R.. The dual nature of law. *Ratio Juris*, , 2010, 23, 167-182, 171, nota 2.

exige no aplicar la ley injusta. Lo que importa en el presente contexto es que la dimensión ideal del derecho está necesariamente comprometida en ambas alternativas. Incluso en el primer escenario, el principio de seguridad jurídica sólo puede tener prioridad debido a su propio valor moral<sup>43</sup>.

Consideraciones similares son válidas incluso cuando no hay conflicto entre los dos principios. Así, ocurre cuando el enunciado y las consideraciones de justicia exigen exactamente la misma decisión en el caso concreto. En ese caso, puede entenderse que la decisión conlleva la proposición, al menos implícita, de que la justicia no exige una decisión que se desvíe del enunciado. Estas consideraciones nos llevan a un resultado muy importante: El viejo debate sobre la jerarquía de los cánones no es más que una expresión del problema de la correcta integración de la dimensión real e ideal del derecho en la argumentación jurídica.

Cabe señalar que el argumento anterior se ajusta perfectamente a la tesis del caso especial. La argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general<sup>44</sup>. Al igual que en el discurso práctico general, la argumentación jurídica se refiere a lo que está obligado, prohibido o permitido en cuestiones prácticas. Sin embargo, a diferencia del discurso práctico general, la argumentación jurídica tiene lugar bajo condiciones restringidas, que se derivan de la obligatoriedad de las leyes, de los precedentes o de las doctrinas jurídicas establecidas. Estos dos elementos de la tesis del caso especial retratan directamente la naturaleza dual del derecho<sup>45</sup>. Las similitudes entre el discurso jurídico y el discurso práctico general confieren un carácter ideal a la argumentación jurídica, mientras que las diferencias entre ambos implican el carácter real de la argumentación jurídica. La tesis del caso especial puede interpretarse, pues, como la expresión más general de la naturaleza dual del derecho en la teoría de la argumentación jurídica.

Hay un segundo problema que puede ser iluminado con la integración de la dimensión real e ideal en el razonamiento jurídico. Se trata del rompecabezas de la textura abierta del derecho. La dimensión real del derecho no garantiza la seguridad jurídica en todos los casos<sup>46</sup>. Más bien, en las zonas abiertas del derecho, los positivistas jurídicos piden al juez que se atenga a razones extrajurídicas. Cuando el repertorio de argumentos autoritativos se agota, sin dar lugar a una decisión clara, entonces el juez debe basar su decisión en razones no autoritativas, si es que la decisión debe basarse en razones<sup>47</sup>. Por lo tanto, desde un punto de vista positivista, es bastante coherente que Hart y Kelsen aconsejen al juez crear

---

<sup>43</sup> HABERMAS, J.. *Recht und Moral: Tanner Lectures 1986*. En: HABERMAS, J. (ed.), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1992, 541-599, 550-551, 560, 563.

<sup>44</sup> ALEXY, R.. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, 1999, 12, 374-384.

<sup>45</sup> ALEXY, R.. The dual nature of law. *Ratio Juris*, 2010, 23, 167-182, 179; HABERMAS, J.. *Recht und Moral: Tanner Lectures 1986*. En: HABERMAS, J. (ed.), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1992, 541-599, 552, 565

<sup>46</sup> HART, H. L. A.. *The Concept of Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 1994, 128; KELSEN, H.. *Reine Rechtslehre*. Segunda edición. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, 348-349.

<sup>47</sup> ALEXY, R.. On the concept and the nature of law. *Ratio Juris*, 2008, 21, 3, 281-299, 283.

un nuevo derecho, del mismo modo que lo haría un legislador, en el ámbito abierto del derecho<sup>48</sup>.

La tesis de la doble naturaleza, en cambio, tiene más que ofrecer a este respecto. Puede examinar más de cerca el espacio de las razones no autoritativas y, con ello, puede reprimir el decisionismo puro en los espacios abiertos. Las razones no autoritativas son sobre todo razones de justicia. Pertenecen a la dimensión ideal del derecho. El ideal del discurso racional permite evaluar la calidad de esas razones que se encuentran más allá de la dimensión real del derecho. La afirmación de Kelsen de que todas las razones no autoritativas tienen el mismo valor queda así refutada<sup>49</sup>.

### 3.2 El desarrollo ulterior del derecho

El desarrollo ulterior del derecho es un método jurídico específico, que se distingue de la interpretación por el hecho de que transgrede los límites del tenor literal de una norma jurídica<sup>50</sup>. Existen dos variantes del desarrollo ulterior del derecho, a saber, la analogía y la reducción teleológica. Es imposible justificar la competencia del tribunal para desarrollar derecho *contra legem*, es decir, para decidir en contra del tenor literal y la voluntad del legislador original, sin aceptar una dimensión ideal del derecho. Esto se desprende de la justificación clásica de la competencia del juez para desarrollar de manera ulterior el derecho en la famosa decisión *Soraya* del Tribunal Constitucional Federal alemán:

La justicia no es idéntica al conjunto de las leyes escritas. En determinadas circunstancias, el derecho puede existir más allá de las normas positivas que el Estado promulga [...] La tarea del juez no se limita a constatar y aplicar las decisiones legislativas. El juez puede tener que hacer un juicio de valor (un acto que necesariamente tiene elementos volitivos); es decir, sacar a la luz y aplicar en sus decisiones aquellos conceptos de valor que son inherentes al ordenamiento jurídico constitucional, pero que no están, o no están adecuadamente expresados en el lenguaje de las leyes escritas. [...] Cuando la ley escrita falla, la decisión del juez llena el vacío existente utilizando el sentido común y los conceptos generales de justicia establecidos por la comunidad.<sup>51</sup>

Es decisivo que al mismo tiempo persista la dimensión real del derecho. Las consideraciones de justicia no pueden anular siempre y de forma no casual el principio de seguridad

---

<sup>48</sup> HART, H. L. A.. *The Concept of Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 1994, 135; KELSEN, H.. *Reine Rechtslehre*. Segunda edición. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, 350-351.

<sup>49</sup> ALEXY, R.. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. En: ANDERHEIDEN, M.; KEIL, R.; KIRSTE, S. y SCHAEFER, J. P. (eds.), *Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen: Vol. 9. Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2013, 49-61, 58-59.

<sup>50</sup> KLATT, M.. *Making the law explicit: The normativity of legal argumentation*. Oxford: Hart Publishing, 2008, 5-7, 240-241, 274-275

<sup>51</sup> BVerfG, 1973, p. 287; cf. KOMMERS, D. P.. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Segunda ed.. Durham, NC: Duke University Press, 1997, 125.

jurídica. Las autoridades estatales competentes para aplicar el derecho no pueden en general controlar el derecho positivo para lograr su corrección<sup>52</sup>. Por lo tanto, podemos aceptar una preferencia *prima facie* de la dimensión autoritativa e institucional del derecho sobre su dimensión ideal<sup>53</sup>.

### 3.3 Proporcionalidad y ponderación

La naturaleza dual del derecho también está presente en la aplicación de los principios jurídicos. La naturaleza dual del derecho nos obliga a dirigir especialmente nuestra atención al tercer componente o último paso del juicio de proporcionalidad, a saber, la ponderación. En efecto, al examinar el juicio de proporcionalidad, dos de sus componentes, esto es, los juicios de idoneidad y de necesidad, están conformados por la dimensión real del derecho. Estos componentes se refieren a la optimización en lo que respecta a las condiciones empíricas, por ejemplo, evitando costos evitables<sup>54</sup>. En cambio, se podría argumentar que, el último componente del juicio de proporcionalidad, esto es, la ponderación, hace referencia a la dimensión ideal. Al fin y al cabo, la ponderación requiere argumentos de justicia que pertenecen a dicha dimensión ideal.

Sin embargo, esta correlación simplista de los componentes del juicio de proporcionalidad con las dos dimensiones plantea una imagen demasiado burda. La ponderación es un método bastante complejo, como ha demostrado la teoría de los principios<sup>55</sup>. La explicación más clara de la estructura de la ponderación se encuentra en la fórmula del peso<sup>56</sup>. ¿Cuál es la relación entre las dos dimensiones del derecho y las variables de esta fórmula? Se podría pensar en categorizar las intensidades de la intervención ( $I_i, I_j$ ) y los pesos abstractos ( $W_i, W_j$ ) de los principios como pertenecientes a la dimensión ideal; la seguridad epistémica ( $R_i, R_j$ ) pertenecería en consecuencia a la dimensión real. Esta categorización pasaría por alto, sin embargo, el hecho de que tanto las intensidades de intervención como las ponderaciones abstractas dependen no sólo de premisas normativas, sino también de premisas empíricas, en su justificación externa. Además, la seguridad epistémica no es un aspecto de la dimensión real, sino que denota un conocimiento tanto de la dimensión real como de la ideal. Por lo tanto, se sitúa en un metanivel, en comparación con las dos dimensiones<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> ALEXY, R.. Rechtssicherheit und Richtigkeit. En: ANDERHEIDEN, M.; KEIL, R.; KIRSTE, S. y SCHAEFER, J. P. (eds.), *Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen: Vol. 9. Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2013, 49-61, 61.

<sup>53</sup> cf. ALEXY, R.. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 1989, 248.

<sup>54</sup> KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 10.

<sup>55</sup> KLATT, M. (ed.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2013.

<sup>56</sup> ALEXY, R.. The Weight Formula. En: STELMACH, J; BROZEK, B. y ZALUSKI, W. (eds.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007, 9-27; para la fórmula del peso en su forma completa véase KLATT, M. y SCHMIDT, J.. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 1, 69-105, 91.

<sup>57</sup> Ibid.

Así, es más convincente decir que las variables de la fórmula del peso son neutrales en cuanto a las dos dimensiones. En otras palabras, la justificación interna de la ponderación es neutral en cuanto a la doble naturaleza del derecho. Las dos dimensiones del derecho surten efecto más bien en la justificación externa de la ponderación, que se refiere a la declaración de motivos para una determinada gradación tanto de las intensidades de la intervención como de los pesos abstractos<sup>58</sup>. Como se ha dicho anteriormente, para justificar este análisis se puede hacer referencia simplemente a la doble naturaleza de la argumentación jurídica, en tanto ésta influye en toda justificación externa en el derecho.

Me gustaría demostrar la neutralidad de las variables en cuanto a la doble naturaleza del derecho con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos sociales. En una de sus primeras decisiones, el Tribunal Constitucional Federal alemán se negó a derivar el derecho a la seguridad social de los supervivientes directamente ya del artículo 1 párrafo 1 o ya del artículo 2 párrafo 1 de la Constitución alemana (BVerfG, 1951). Dicho Tribunal decidió que era competencia en primer lugar del legislador implementar la protección necesaria frente a las dificultades materiales. Este Tribunal dijo que no podía ponerse en el lugar del legislador y ejercer control sobre la omisión de éste. En consecuencia, remitió al demandante al derecho legislativo ordinario. Podemos explicar esta decisión como una interpretación positivista de la Constitución, que pone demasiado énfasis en la dimensión real del derecho positivo.

Por el contrario, en una decisión reciente sobre la cuestión de si la cuantía de la prestación estándar pagada para garantizar la subsistencia de los adultos y los niños en virtud de la ley alemana de seguridad social, el Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo directamente la existencia de un derecho fundamental a la garantía a un mínimo vital del artículo 1 párrafo 1 en relación con el principio del Estado social contenido en el artículo 20 párrafo 1 de la Constitución alemana (BVerfG, 2010). En esencia, el Tribunal Constitucional Federal alemán había utilizado ahora la dimensión ideal del derecho para justificar la razón por la cual dedujo que el legislador había vulnerado los derechos fundamentales del demandante al no promulgar una protección más completa. La comparación de estas dos decisiones revela que las variables de la ponderación son neutras. Sólo en la justificación externa se llenan de contenido mediante la doble naturaleza del derecho.

Esto también aclara la forma como se integran las dimensiones real e ideal del derecho en el juicio de proporcionalidad. Esta integración a veces se malinterpreta. Tremblay ha argumentado que la ponderación es moralmente neutra y permite a los jueces evitar las difíciles cuestiones normativas, políticas o filosóficas a la hora de aplicar el derecho<sup>59</sup>. Este argumento puede etiquetarse como la tesis de la desgravación. La tesis de la desgravación puede interpretarse como el argumento que sostiene que la ponderación tiene que ver tan solo con

---

<sup>58</sup> KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 54; sobre la distinción entre justificación interna y externa en la ponderación véase KLATT, M. y SCHMIDT, J.. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 10, 1, 69-105, 74.

<sup>59</sup> Para una visión crítica véase KLATT, M.. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12, 4, 891-899, 897-899; TREMBLAY, L. B.. An egalitarian defense of proportionality-based balancing. *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12, 4, 864-890, 869, 866, 887.

la dimensión real del derecho y que la ponderación es independiente de la dimensión ideal del mismo. La tesis de la desgravación es de gran originalidad, ya que la objeción contra la ponderación suele ir en sentido contrario: la supuesta neutralidad moral de la ponderación es criticada por su pura formalidad, mientras que Tremblay afirma que esa neutralidad es la ventaja de la ponderación<sup>60</sup>. La tesis de la desgravación es, sin embargo, errónea. Mientras que la estructura interna de la ponderación en tanto forma pura es, en efecto, moralmente neutra, esto no es precisamente cierto en relación con la justificación externa de la asignación de valores en la escala triádica. Como estructura formal, la ponderación depende del empleo de premisas normativas, que se derivan de la dimensión ideal del derecho<sup>61</sup>. Concluyo que la doble naturaleza del derecho no sólo está presente en la aplicación de las reglas, sino también en la aplicación de los principios.

#### 4. EL PRINCIPAL RETO

Alguien que se oponga a este modelo podría admitir, sin embargo, que tanto los elementos ideales como los reales se usan en la argumentación jurídica. No obstante, esta persona podría sostener que tales elementos no están realmente integrados entre sí, sino que tales elementos han sido tan solo añadidos. Esa persona podría argumentar que tales elementos se añadieron de tal forma que dieron lugar a todo tipo de inconsistencias. Este es el principal desafío al que se enfrenta esta teoría de la doble naturaleza de la argumentación jurídica. La cuestión vital, por tanto, es ésta: ¿Cómo podemos lograr la integración, en lugar de la mera adición, de los elementos formales y materiales en el Estado de derecho, y en la argumentación jurídica?

##### 4.1 La integración como optimización

Me gustaría afirmar que el problema de la integración puede interpretarse como un problema de optimización. La tensión entre los elementos formales y materiales puede resolverse mediante la ponderación. Un ejercicio de ponderación decidirá el grado de realización de ambas dimensiones que se requiere en cada caso. De este modo, es posible llegar a una solución que sea sensible a los casos y, por lo tanto, flexible, de forma tal que realice tanto los elementos materiales como los formales del Estado de derecho en el mayor grado posible. Lo que es decisivo es que en este contexto no me estoy refiriendo a la conocida ponderación de los principios materiales, tal y como resulta familiar si se observa el último extremo del juicio de proporcionalidad<sup>62</sup>. Me refiero más bien a una ponderación diferente entre un principio material (la justicia) y un principio formal (la seguridad jurídica), que

---

<sup>60</sup> Para una visión crítica véase KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 694-695; TSAKYRAKIS, S.. Proportionality: An assault on human rights?. *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 7, 3, 468-493, 474; WEBBER, G. C. N.. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2010, 23, 179-202, 191.

<sup>61</sup> KLATT, M.. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Reply to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 12, 4, 897-899.

<sup>62</sup> Cfr. KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 45-73.

fue introducida por Robert Alexy<sup>63</sup>. En este ejercicio de ponderación, los elementos normativos de la argumentación jurídica se equilibran con los elementos de los derechos.

La teoría de la ponderación que se defiende aquí no debe confundirse con la de Raz. Raz también reconoce algún tipo de relación de ponderación: él afirma explícitamente que la conformidad con el Estado de derecho (entendido de manera puramente formal) es “una cuestión de grado” y que “es de esperar que [el Estado de derecho] no posea [...] más que una fuerza *prima facie*. [Dado que] siempre tiene que equilibrarse con las reivindicaciones en competencia de otros valores”<sup>64</sup>. Lo que Raz tiene en mente es una ponderación que puede calificarse de externa al Estado de derecho. Ésta equipara el Estado de derecho con su aspecto puramente formal y luego reconoce que se pondera éste con valores materiales. Por el contrario, el ejercicio de ponderación en mi modelo, al estar basado en un concepto más amplio del Estado de derecho, es interno a éste<sup>65</sup>. Esta diferencia entre una optimización externa y una interna es importante por razones de distribución de competencias<sup>66</sup>.

Si se comprende esta idea, el viejo problema de la jerarquía de los cánones puede reconstruirse fácilmente como el problema de la integración de las dimensiones formal y material del derecho. ¿Cómo? Para dar un ejemplo de la forma en la cual funciona esta integración en la práctica, me gustaría mencionar una norma sobre la carga de la prueba en la argumentación formulada por Alexy:

Los argumentos que dan expresión a un vínculo con el tenor literal de la ley o la voluntad del legislador histórico, tienen prioridad sobre otros argumentos, a menos que se puedan citar motivos racionales para conceder prioridad a otros argumentos.<sup>67</sup>

Podemos interpretar esta regla como una preferencia *prima facie* de la dimensión autoritativa o institucional, sobre la dimensión material o de corrección. Me gustaría etiquetar esta regla como la “Fórmula de Radbruch de la argumentación jurídica”.

El reto de integrar la dimensión formal y la dimensión material de la argumentación jurídica no se domina de forma convincente si se asigna demasiado peso a una u otra parte. La unilateralidad a favor de la dimensión formal se da, por ejemplo, en la doctrina de la soberanía absoluta del Parlamento del Reino Unido que, en efecto, hace que “todos los valores jurídicos [...] sean vulnerables a las opiniones fluctuantes de una mayoría parlamentaria del

---

<sup>63</sup> ALEXY, R.. Rechtssicherheit und Richtigkeit. En: ANDERHEIDEN, M.; KEIL, R.; KIRSTE, S. y SCHAEFER, J. P. (eds.), *Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen: Vol. 9. Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2013, 49-61.

<sup>64</sup> RAZ, J. (ed.), *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 228.

<sup>65</sup> Para una teoría similar véase ALLAN, T. R. S.. Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 155-162, 156.

<sup>66</sup> *Ibid.* 160, nota 22.

<sup>67</sup> ALEXY, R.. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 1989, 248.

momento”<sup>68</sup>. Otro ejemplo es la afirmación de John Mackie de que “[...] la averiguación de lo que es el derecho es una tarea empírica, no una cuestión de razonamiento a priori.”<sup>69</sup>.

El error opuesto – la unilateralidad a favor de la dimensión material injustificada – está presente en la doctrina clásica del derecho natural, tal y como la resumió Blackstone:

Esta ley de la naturaleza, siendo coetánea de la humanidad y dictada por Dios mismo, es por supuesto superior en obligación a cualquier otra. Es obligatoria en todo el mundo, en todos los países y en todo momento.<sup>70</sup>

Esta pretensión de universalidad no tiene en cuenta que la dimensión autoritativa se desarrolla de forma diferente en todo el mundo, en los distintos países y en diferentes momentos.

En contraste con estas posiciones desequilibradas, la vía intermedia que propongo permite el razonamiento moral en el derecho, al tiempo que reconoce la dimensión institucional de la argumentación jurídica. El juez debe incluir consideraciones de justicia en su razonamiento, en lugar de eliminar todas esas cuestiones del ámbito del derecho y relegarlas al incierto ámbito político<sup>71</sup>. Pero el juez no puede basarse en su convicción personal de una ley natural eterna para anular lo que parece ser el derecho vigente. El Hércules de Dworkin no se aferra directamente a las verdades eternas del cielo azul de la justicia. Más bien, este Hércules intenta “encontrar la mejor justificación que pueda de un hecho legislativo pasado”<sup>72</sup>, recurriendo a principios implícitos en su propio ordenamiento jurídico. Aunque la argumentación jurídica está abierta a consideraciones morales de justicia, la concepción del libro de reglas sigue ejerciendo su influencia<sup>73</sup>. El peso del principio de la seguridad jurídica persiste. El contenido autoritativo de las promulgaciones legislativas y las decisiones judiciales anteriores restringen el alcance de la libertad interpretativa del juez.

Esta idea de combinación e integración conduce a una tercera teoría del derecho, a diferencia de las teorías que ponen en primer plano la parte formal o la material. En las siguientes secciones, me gustaría discutir dos ejemplos de cómo esta tercera teoría del derecho puede funcionar en la práctica.

#### 4.2 El principio de legalidad en la doctrina constitucional británica

---

<sup>68</sup> ALLAN, T. R. S.. Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 155.

<sup>69</sup> MACKIE, J. L.. The Third Theory of Law. En: COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Londres: Duckworth, 1984, 161-170, 161.

<sup>70</sup> BLACKSTONE, W.. *Commentaries on the Laws of England: Book the First (1765)*. Consultado: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm>

<sup>71</sup> cf. ALLAN, T. R. S.. Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 155-162, 162.

<sup>72</sup> DWORKIN, R.. *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986, 338.

<sup>73</sup> DWORKIN, R.. Political Judges and the Rule of Law. En: DWORKIN, R. (ed.), *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 2001, 9-32, 17.

El principio de legalidad en la doctrina constitucional del Reino Unido permite que los derechos básicos sean anulados por ley del Parlamento, siempre que “el recorte de los derechos sea bastante explícito, señalando una intención legislativa deliberada para tal efecto”<sup>74</sup>. Esto puede interpretarse como una relación de preferencia condicional entre el libro de reglas y la concepción de los derechos del Estado de derecho, que representan el principio de seguridad jurídica y el principio de corrección, respectivamente: el principio de seguridad jurídica tiene preferencia a condición de que el recorte del principio de corrección se haga explícito en una disposición clara y específica del Parlamento. Sin embargo, como ha subrayado Allan, esta relación de preferencia condicional puede cambiar en diferentes circunstancias. Esta relación sólo es válida si la restricción de los derechos no es muy grave:

En la práctica, cuanto más grave es la amenaza a un derecho fundamental y cuanto más fundamental es el derecho en cuestión, mayor es la reticencia de los tribunales a aceptar la necesaria aprobación parlamentaria.<sup>75</sup>

Por lo tanto, en los casos de grave restricción de los derechos, el aspecto sustancial del Estado de derecho tendrá prioridad sobre su aspecto formal. Este cambio entre las dos relaciones de preferencia, en función de las condiciones, se ajusta muy bien a la teoría de la ponderación del Estado de derecho que aquí se defiende.

#### 4.3 Adecuación y justificación

Ronald Dworkin defendió una tercera teoría del Estado de derecho. Merece la pena examinar más detenidamente cómo funciona la integración entre las dos dimensiones en su teoría. La forma en que Dworkin integró las dos dimensiones cambió a lo largo de los años. En *Law's Empire*, Dworkin separa demasiado los dos elementos de adecuación y justificación, como podemos aprender de Trevor Allan. Imaginemos una situación en la que la jurisprudencia sea totalmente compleja o confusa. Dworkin dice que cuando el elemento de adecuación resulta no ser útil, Hércules puede simplemente abandonar todas las consideraciones de adecuación en favor de cuestiones más claramente sustantivas de moralidad política<sup>76</sup>. Allan objeta, y creo que correctamente, el hecho que Dworkin en este punto descuide la conexión interna entre la adecuación y la justificación. Ambas están “inextricablemente entrelazadas”<sup>77</sup> y cuando el juez deja de buscar inspiración en las propias fuentes jurídicas, adopta un punto de vista externo sobre la práctica. El juez pierde entonces su punto de vista interno, interpretativo, en la práctica.

Allan observa que la teoría anterior de Dworkin sobre el razonamiento jurídico era muy superior porque integraba mejor la adecuación y la justificación:

---

<sup>74</sup> Cfr. ALLAN, T. R. S.. Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 155-162, 158.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> DWORKIN, R.. *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986, 248-250.

<sup>77</sup> ALLAN, T. R. S.. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 22.

Los juicios de adecuación están [...] íntimamente ligados a consideraciones de apelación moral, que determinarán qué características de la práctica deben ser tratadas como críticas [...] desde la perspectiva de la adecuación.<sup>78</sup>

Al aplicar el juicio de adecuación, el juez debe atender inevitablemente los argumentos de fondo. Esta interacción entre adecuación y justificación, entre práctica institucional y principio moral, era mucho más clara en el Dworkin de *Taking Rights Seriously*:

Hércules no encuentra primero los límites del derecho y luego despliega sus propias convicciones políticas para complementar lo que el derecho exige. Él usa su propio juicio para determinar qué derechos jurídicos tienen las partes que tiene ante sí y, cuando ese juicio está hecho, no le queda nada más que someter sus propias convicciones o las del público.<sup>79</sup>

Esta relación intrínseca entre adecuación y justificación no es, después de todo, una sorpresa. Porque la dimensión formal existe precisamente para promover la justicia y la equidad en una sociedad pluralista, como hemos visto antes. La dimensión formal no está tan desvinculada de la dimensión material como supone el posterior Dworkin. Las decisiones sobre casos antecedentes son “meras guías resumidas de la comprensión actual del juez sobre la ponderación de los principios morales”<sup>80</sup>.

Un oponente podría intentar argumentar que la relación entre la adecuación y la justificación era demasiado estrecha en esta teoría. Al fin y al cabo, si los materiales jurídicos se agotan, ¿qué otra cosa puede hacer el intérprete? Debe recurrir a la ponderación de los principios puramente materiales. Sin embargo, lo decisivo es que estos principios materiales siguen formando parte del derecho. El juez no se sale de la práctica, sino que aplica principios internos a la misma, como señala acertadamente Allan:

Pero no se deduce (como supone Dworkin) que las obligaciones jurídicas puedan ceder ante las demandas de justicia compensatorias; la ponderación moral apropiada entre la justicia y los valores políticos en conflicto se logra en el proceso mismo dirigido de la determinación del contenido del derecho.<sup>81</sup>

De esta forma, la objeción fracasa. Aunque es útil distinguir los elementos formales de los materiales del Estado de derecho para lograr la mayor claridad analítica posible, en última instancia estos elementos están estrechamente relacionados. De lo contrario, sería imposible reflejar plenamente la doble naturaleza del derecho en el razonamiento jurídico.

## 5. UNA TERCERA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

---

<sup>78</sup> Ibid., 13.

<sup>79</sup> DWORKIN, R. (ed.). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977, 125.

<sup>80</sup> ALLAN, T. R. S.. Interpretation, Injustice, and Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 13, véase también 17.

<sup>81</sup> Ibid., 8.

En el presente artículo, he argumentado que la piedra angular para aclarar la relación del Estado de derecho y la argumentación jurídica es el concepto de derecho. He seguido un concepto no-positivista, basado en la tesis de la doble naturaleza. En consecuencia, el Estado de derecho de doble naturaleza es un Estado de la razón. Este Estado integra las dimensiones formal y material del derecho. El concepto Estado de derecho de doble naturaleza tiene importantes consecuencias para el carácter propio del razonamiento jurídico. Él proporciona una tercera teoría que combina los elementos descriptivos, autoritativos e institucionales de la argumentación jurídica con los elementos prescriptivos e ideales de la justicia y la corrección moral.

El principal reto de esta teoría es el problema de la integración. He reconstruido esta integración como un problema de optimización. La argumentación jurídica debe tener en cuenta que muchos argumentos ya han sido elaborados en el pasado. El resultado del razonamiento jurídico pasado aparece en el conjunto de precedentes, en las diversas doctrinas jurídicas, en las decisiones autoritativas, en definitiva: en la dimensión real del derecho. La dimensión real de la argumentación jurídica nos proporciona seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad. La dimensión real remedia la incertidumbre que surge del carácter argumentativo del derecho, de su dimensión ideal, en un mundo de pluralismo de valores<sup>82</sup>. La dimensión real garantiza que la moral pública no se derrumbe en la moral personal<sup>83</sup>. La dimensión real garantiza que nuestra concepción democrática del bien común no se identifique con las concepciones individuales del bien que perseguimos.

Sin embargo, al mismo tiempo, el Estado de derecho de doble naturaleza nos recuerda que la dimensión real de la argumentación jurídica sólo puede proporcionar una certeza prima facie. El Estado de derecho de doble naturaleza nos recuerda que el juego de dar y pedir razones nunca se detiene de manera definitiva<sup>84</sup>. La dimensión ideal del derecho nunca deja de estar presente en “la argumentación de la práctica jurídica”<sup>85</sup>. Por lo tanto, se justifica terminar este artículo con lo que es al mismo tiempo el aspecto más motivador y el más inquietante de la argumentación jurídica: tenemos la libertad de pensar de nuevo.

#### REFERENCIAS

ALEXY, R.. *Rechtssicherheit und Richtigkeit*. En: ANDERHEIDEN, M.; KEIL, R.; KIRSTE, S. y SCHAEFER, J. P. (eds.), *Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen: Vol. 9. Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger*. Tübinga: Mohr Siebeck, 2013, 49-61.

ALEXY, R. *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*. En: *American Journal of Jurisprudence*, 58, 2, 2013, 97-110. doi:10.1093/ajj/aut009.

ALEXY, R.. *The dual nature of law*. En: *Ratio Juris*, 23, 2010, 167–182.

---

<sup>82</sup> WALDRON, J.. The concept of law and the rule of law. *Georgia Law Review*, 2008, 43, 1-61, 54.

<sup>83</sup> ALLAN, T. R. S.. *Constitutional justice: A liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 315.

<sup>84</sup> COHEN, M.. The Rule of Law as the Rule of Reasons. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2010, 96, 1, 1–16. Consultado: <http://ssrn.com/abstract=1518006>

<sup>85</sup> FINNIS, J.. On Reason and Authority in “Law’s Empire”. *Law and Philosophy*, 1987, 6, 3, 357-380, 358.

ALEXY, R.. *Ideales Sollen*. En: CLÉRICO, L. y SIECKMANN, J.-R. (Eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2009, 21-38.

ALEXY, R.. *On the concept and the nature of law*. En: *Ratio Juris*, 21, 3, 2008, 281-299.

ALEXY, R.. *The Weight Formula*. En: STELMACH, J; BROZEK, B. y ZALUSKI, W. (eds.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Cracovia: Jagiellonian University Press, 2007, 9-27.

ALEXY, R.. *The Special Case Thesis*. En: *Ratio Juris*, 12, 1999, 374–384.

ALEXY, R.. *Law and Correctness*. En: FREEMAN, M. (ed.). *Current Legal Problems*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 205-221.

ALEXY, R.. *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*. En: GOSEPATH, S. y LOHMANN, G.. *Philosophie der Menschenrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1998, 244-264.

ALEXY, R.. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

ALLAN, T. R. S.. *Interpretation, Injustice, and Integrity*. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, 25. doi:10.1093/ojls/gqv014

ALLAN, T. R. S.. *Questions of legality and legitimacy: Form and substance in British constitutionalism*. En: *International Journal of Constitutional Law*, 9, 1, 2011, 155-162.

ALLAN, T. R. S.. *Constitutional justice: A liberal theory of the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BLACKSTONE, W.. *Commentaries on the Laws of England: Book the First (1765)*. Consultado: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm>

COHEN, M.. *The Rule of Law as the Rule of Reasons*. En: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 96, 1, 1–16. Consultado: <http://ssrn.com/abstract=1518006>

CRAIG, P. P. *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*. En: *Public Law*, 1997, 467-487.

DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Octava ed.. London: Macmillan, 1915.

DWORKIN, R. *Political Judges and the Rule of Law*. En DWORKIN, R. (ed.), *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 2001, 9-32.

DWORKIN, R.. *Law's Empire*. London: Fontana, 1986.

DWORKIN, R.. "Natural" Law Revisited. En: *University of Florida Law Review*, 34, 1982, 165-188.

DWORKIN, R. (ed.). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

ENDICOTT, T. A. O.. *The impossibility of the rule of law*. En *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 1, 1999, 1–18. doi:10.1093/ojls/19.1.1

FINNIS, J.. *On Reason and Authority in "Law's Empire"*. En: *Law and Philosophy*, 6, 3, 1987, 357-380.

- FINNIS, J.. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford New York: Oxford University Press, 1982.
- FULLER, L. L.. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- HABERMAS, J.. *Recht und Moral: Tanner Lectures 1986*. En: HABERMAS, J. (ed.), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1992, 541-599.
- HART, H. L. A.. *The Concept of Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- KLATT, M.. *An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay*. En: *International Journal of Constitutional Law*, 12, 4, 2014, 891-899.
- KLATT, M. (ed.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013.
- KLATT, M. y MEISTER, M.. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KLATT, M. y SCHMIDT, J.. *Epistemic Discretion in Constitutional Law*. En: *International Journal of Constitutional Law*, 10, 1, 2012, 69-105.
- KLATT, M.. *Making the law explicit: The normativity of legal argumentation*. En: *European Academy of Legal Theory series*, Vol. 7. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- KELSEN, H.. *Reine Rechtslehre*. Segunda edición. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1960.
- KLOOSTERHUIS, H.. *The Rule of Law and the Ideal of a Critical Discussion*. En: *SSRN Electronic Journal*, 2014, doi:10.2139/ssrn.2519280.
- KOMMERS, D. P.. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Segunda ed.. Durham, NC: Duke University Press, 1997.
- KRYGIER, M.. *Rule of Law*. En ROSENFELD, M. y SAJÓ, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 233-249.
- LLEWELLYN, K. N.. *Remarks on the theory of appellate decision and the rules and canons about how statutes are to be construed*. En *Vanderbilt Law Review*, Vol. 3, 1950, 395-406.
- LOUGHLIN, M.. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MACCORMICK, N.. *Coherence in Legal Justification*. En: KRAWIETZ, W. (ed.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*. Berlín: Duncker & Humblot, 1984, 37-53.
- MACKIE, J. L.. *The Third Theory of Law*. En: COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. London: Duckworth, 1984, 161-170.
- MACKIE, J. L.. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. Harmondsworth: Penguin, 1977.
- PERRY, S. R.. *Judicial Obligation, Precedent, and the Common Law*. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, 215-257.
- RADBRUCH, G. *Der Zweck des Rechts. Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Vol. 3. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990.

RAWLS, J.. *Political liberalism. The John Dewey essays in philosophy, Vol. 4.* New York: Columbia University Press, 1993.

RAZ, J.. *The Rule of Law and its Virtue.* En RAZ, J. (ed.), *The authority of law. Essays on law and morality.* Oxford: Oxford University Press, 2002, 210-229.

RAZ, J. (ed.), *The authority of law. Essays on law and morality.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

SOBOTA, K. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte. Jus publicum: Bd. 22.* Tubinga: Mohr Siebeck, 1997.

TREMBLAY, L. B.. *An egalitarian defense of proportionality-based balancing.* En: *International Journal of Constitutional Law*, 12, 4, 864-890.

TSAKYRAKIS, S.. *Proportionality: An assault on human rights?.* En: *International Journal of Constitutional Law*, 7, 3, 2009, 468-493.

UNGER, R. M., *Law in modern society.* New York: Free Press, 1976.

WALDRON, J.. *The concept of law and the rule of law.* En: *Georgia Law Review*, 43, 2008, 1-61.

WALDRON, J.. *Do Judges Reason Morally.* En: HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 38–64.

WEBBER, G. C. N.. *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship.* En: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 23, 179-202.

## SENTENCIAS

BVerfGE 1, 97

BVerfGE 97 (BVerfG December 19, 1951).

BVerfGE 34, 269 (Soraya - English) (BVerfG February 14, 1973).

BVerfGE 125, 175 (Hartz IV-Regelsatz), No. 1 BvL 1/09, BVerfGE 175 (BVerfG February 9, 2010).