

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

PRINCIPIOS
Y POSITIVISMO JURIDICO

El no positivismo principialista en las teorías
de Ronald Dworkin y Robert Alexy

© ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
ISBN: 84-259-1053-6
NIPO: 005-98-009-0
Depósito legal: M-18714-1998

Imprime: RUMAGRAF, S.A.
Avda. de Pedro Díez, 25 28019 Madrid

ÍNDICE

	Págs.
<i>Prólogo</i> , por LUIS PRIETO SANCHÍS	17
Nota preliminar	21
Introducción	27

PARTE PRIMERA

EL NO POSITIVISMO PRINCIPALISTA: PLANTEAMIENTO, ORÍGENES Y FUNDAMENTOS TEÓRICOS

CAPÍTULO PRIMERO

RASGOS GENERALES DE UNA RENOVADA CONCEPCIÓN NO POSITIVISTA DEL DERECHO. EL CONSTITUCIONALISMO DE PRINCIPIOS	41
1.1. Los principios y las concepciones del derecho	41
1.1.1. Los principios y los juristas	41
1.1.2. Principios morales y principios jurídicos. Una clasificación de los principios	44
1.1.3. Principios, concepto de derecho y discreción judicial	54
1.2. Circunstancias favorecedoras del no positivismo principialista. Principios y constitucionalismo	59
1.2.1. El tránsito del Estado de derecho liberal al Estado de derecho constitucional	59
1.2.2. Constitucionalismo, sistema estático y no positivismo	62
1.2.3. Estado de derecho y autorreferencialismo	66
1.2.4. Constitucionalismo y principialismo	69
1.2.5. Algunos condicionamientos históricos y doctrinales. La estabilidad política y el positivismo jurídico	74

	Págs.
1.3. Deformación del positivismo e idealización del derecho en el no positivismo y especialmente en el principialista	81
1.3.1. La deformación del positivismo	82
1.3.2. La idealización del derecho	85
1.4. Algunos precedentes de interés	92
1.4.1. La doctrina del derecho estricto de Immanuel Kant: los principios como argumento en favor del carácter estructuralmente moral del derecho	92
1.4.2. Giorgio Del Vecchio: la tradición iusnaturalista	99
1.4.3. Theodor Viehweg: La dimensión tópica de los principios. Principios y argumentación	107
1.4.4. Josef Esser: la tradición hermenéutica	121
1.4.5. Roscoe Pound: un antedecente de Dworkin	127

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS PROPIEDADES FORMALES DE LOS PRINCIPIOS	131
2.1. Introducción. Las posiciones básicas	131
2.2. Algunos criterios para distinguir principios y reglas	132
2.2.1. Los principios como normas fundamentales	133
2.2.2. Los principios como normas de carácter reformulatorio	134
2.2.3. Los principios como normas indeterminadas: de la vaguedad a la "apertura" (el enfoque estructural de Atienza y Ruiz Manero)	137
2.2.4. Principios y reglas como razones para la acción (el enfoque funcional de Atienza y Ruiz Manero)	158
2.3. Principios y reglas en la teoría de Ronald Dworkin	163
2.3.1. La aplicabilidad disyuntiva de las reglas	164
2.3.2. La dimensión de peso	166

	Págs.
2.3.3. ¿Qué significan "excepción" y "validez"?	168
2.3.4. Principialización de las reglas	173
2.3.4.1. La "debilidad teórica" del criterio de aplicabilidad disyuntiva	173
2.3.4.2. El argumento de la falsa exhaustividad de las excepciones de las reglas	174
2.3.4.2.1. Nuevas excepciones por vía legislativa	174
2.3.4.2.2. Nuevas excepciones por vía interpretativa	175
2.3.4.3. La interacción de reglas y principios	178
2.3.4.3.1. Un caso especial de interacción de reglas y principios: la analogía	179
2.3.4.3.2. La incorporación de conceptos jurídicos indeterminados	183
2.4. Principios y reglas en la teoría de Robert Alexy. Los principios como mandatos de optimización	185
2.4.1. Una ambigüedad en el concepto alexiano de principio: ¿mandato de optimización u objeto de un mandato de optimización?	187
2.4.2. La graduabilidad en los principios	189
2.4.3. ¿Qué significa "optimización"?	192
2.4.3.1. Criterios de optimización	193
2.4.4. Los principios como "deber ser ideal"	194
2.4.5. El "contenido de determinación" de las reglas y el carácter <i>prima facie</i> de los principios	196
2.5. Algunas consideraciones finales	198
2.6. Nota. Principios y valores	207

PARTE SEGUNDA

EL NO POSITIVISMO PRINCIPALISTA
DE RONALD DWORKIN

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN	219
3.1. Introducción	219
3.2. Dworkin contra el positivismo jurídico	221
3.3. Posibles réplicas a Dworkin	225
3.3.1. La primera vía: Nino	226
3.3.2. La segunda vía: Hart	231
3.4. Contexto y evolución de los principios en Dworkin	234
3.4.1. Los principios dworkinianos bajo una perspectiva sincrónica	234
3.4.2. Los principios dworkinianos bajo una perspectiva diacrónica: <i>pars destruens</i> y <i>pars construens</i> de la teoría de Dworkin	239
3.5. Algunas consideraciones metodológicas	240
3.6. ¿Es Dworkin iusnaturalista?	249

CAPÍTULO CUARTO

DWORKIN Y LA CUESTIÓN DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL	261
4.1. Discreción en sentido débil y en sentido fuerte	268
4.2. La falsa disyuntiva de Dworkin	270
4.3. Los argumentos de Dworkin contra la discreción judicial .	272
4.3.1. El "argumento democrático"	273
4.3.2. El "argumento liberal"	274
4.3.3. La tensión entre los argumentos democrático y liberal	276

	Págs.
4.3.4. El argumento de la efectiva concepción de la discreción por los jueces	278
4.3.5. El argumento de la inescindibilidad de creación y aplicación en las decisiones judiciales	280
4.3.6. El argumento de la incoherencia del positivismo ...	286
4.3.6.1. La primera versión de la "No Right Answer Thesis"	288
4.3.6.1.1. Propositiones jurídicas y deberes judiciales	288
4.3.6.1.2. La idea de "proposición normativa" en Dworkin	290
4.3.6.2. La segunda versión de la "No Right Answer Thesis"	296
4.3.6.2.1. El argumento de la vaguedad ...	296
4.3.6.2.2. El argumento del positivismo ...	298
4.3.6.2.3. El argumento de la controversia	302
4.4. Algunas conclusiones provisionales sobre la discreción en Dworkin	304
4.5. Los argumentos contra la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin	305
4.5.1. Un cierto grado de discreción es inevitable y deseable	306
4.5.2. La única respuesta correcta no es intersubjetivamente controlable	307
4.5.3. La distinción de pertenencia y aplicabilidad	311
4.5.4. La tesis de la única respuesta correcta es contraproducente	315
4.6. Condicionamientos ideológicos	317
4.7. La filosofía de la adjudicación constitucional en Dworkin	320

PARTE TERCERA

EL NO POSITIVISMO PRINCIPIALISTA DE ROBERT ALEXY

CAPÍTULO QUINTO

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE ROBERT ALEXY	327
5.1. Introducción	327
5.2. La teoría de la argumentación y la teoría del derecho de Alexy	328
5.3. Bases teóricas de la tesis del caso especial	330
5.3.1. La fundamentación pragmático-trascendental. La pretensión de corrección	331
5.3.2. La teoría consensual de la verdad	332
5.3.3. Las pretensiones de validez de los actos de habla	336
5.3.4. Algunas consecuencias de la pretensión de corrección	340
5.3.4.1. El problema del consenso	345
5.3.4.2. La amplitud discursiva: ventajas e inconvenientes	350
5.3.4.2.1. La amplitud discursiva contra el etnocentrismo	351
5.3.4.2.2. La insuficiencia de capacidad crítica derivada de la amplitud discursiva	353
5.4. La especialidad del discurso jurídico	355
5.4.1. La conexión entre el discurso jurídico y el discurso práctico general	355
5.4.2. Los límites al discurso práctico en el discurso jurídico	355
5.4.2.1. La única respuesta correcta en la teoría de Alexy	358
5.4.2.2. La vinculación al derecho	361

	Págs.
<hr/>	
CAPÍTULO SEXTO	
EL CONCEPTO DE DERECHO DE ROBERT ALEXY	365
6.1. Una concepción no positivista del derecho. De nuevo sobre la pretensión de corrección y sus consecuencias	365
6.1.1. Los fundamentos de la pretensión de corrección ...	371
6.1.2. Las consecuencias de la tesis de la vinculación del derecho a la moral	373
6.2. El argumento de la injusticia	374
6.2.1. La evidencia de lo insoportablemente injusto	377
6.2.2. El caso de los <i>Mauerschützen</i>	379
6.3. El argumento de los principios	383
6.3.1. De nuevo sobre la amplitud discursiva	383
6.3.2. Los principios como vínculo entre derecho y moral	386
6.4. Algunas consideraciones finales	394
6.4.1. La relativización de la polémica	394
6.4.2. La insuficiencia de antipositivismo	395
6.4.3. Connotaciones políticas	398
6.4.4. El "contexto de descubrimiento" de las tesis de Alexy	401
BIBLIOGRAFÍA	411
ÍNDICE DE NOMBRES	439