

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. AVANCES Y PROBLEMAS*

FEDERICO DE FAZIO**

Resumen. Este trabajo tiene el propósito de ofrecer un estado de la cuestión acerca de la teoría de los principios en tanto teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Se buscarán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis indica que la tesis de la diferencia clasificatoria, y no meramente gradual, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contra-ejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas.

Palabras claves: teoría de las normas, teoría de los principios, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

THEORY OF THE PRINCIPLES. ADVANCES AND PROBLEMS

Abstract. This work aims to reconstruct the state of the art in the field of the theory of principles, understanding by this an analytical theory oriented to explain the logical structure of this kind of norms. We aim to corroborate two hypotheses. The first one states that the classificatory difference's thesis between principles and rules has been not refuted by any argument or counterexample so far. The second one claims that, notwithstanding the foregoing, the question about how the con-

* Recepción: 19/9/18; evaluación: 4/11/88; aceptación: 9/11/18.

** Doctor en Derecho. Becario posdoctoral del Conicet (Instituto Ambrosio Gioja - UBA). Profesor de la UBA y Universidad Nacional de La Plata.

cept and structure of principles should be represented remains unanswered.

Keywords: theory of Norms, theory of principles, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

TEORIA DOS PRINCÍPIOS. AVANÇOS E PROBLEMAS

Resumo. Este trabalho tem como objetivo oferecer um estado da arte sobre a teoria dos princípios como uma teoria analítica que estuda as propriedades estruturais desta classe de normas. Duas hipóteses serão corroboradas. A primeira hipótese indica que a tese da diferença classificatória, e não meramente gradual, ainda não encontrou objeções ou contra-exemplos capazes de refutá-la. A segunda hipótese sustenta que, apesar do exposto, ainda permanece em aberto a questão qual é o conceito dos princípios mais apropriados para explicar suas características específicas.

Palavras-chave: teoria das Normas, teoria dos princípios, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

A) INTRODUCCIÓN

La frase *teoría de los principios* es ambigua. Su uso puede hacer referencia, como mínimo, a tres teorías que persiguen objetivos diferentes. Así, puede ser utilizado para connotar: *a)* una teoría que sostiene que los principios son una clase de normas cuya validez no depende de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento, sino de su justificación moral¹; *b)* una teoría que afirma que

¹ Esta teoría es sostenida por DWORKIN en el marco de un “ataque general al positivismo jurídico”. Véase DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 38 y siguientes. Sin embargo, entiendo que se encuentra refutada. En primer lugar, porque nada impide que los principios puedan ser identificados por medio de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 228; HART, “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 125 y ss.; MAC CORMICK, *Principles of Law*, “The Juridical Law Review”, Edinburgh, 1974, p. 217 a 226; RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, nº 5, p. 828. En segundo lugar, porque la

los principios son una clase de normas que poseen propiedades estructurales específicas que permiten distinguirlas clasificatoriamente de las reglas², y c) una teoría sobre la interpretación constitucional que aduce que gran parte de las normas que prescriben derechos fundamentales deben ser entendidas como principios³. Este trabajo tiene el propósito de ofrecer un estado de la cuestión acerca de la *teoría de los principios* en el segundo de los sentidos apuntados, es decir, como una teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Se buscarán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas está justificada; o, mejor dicho, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contra-ejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas.

La argumentación tendiente a respaldar estas dos hipótesis se realizará respetando un determinado orden de exposición. Así, en un primer momento, se analizarán los *criterios de individualización* propuestos por RONALD DWORKIN para justificar la *tesis de la diferencia clasificatoria* en principios y reglas y se considerarán las principales objeciones que se han dirigido en su contra. En una segunda instancia, se examinará críticamente el problema referido a la definición conceptual de los principios. De esta manera, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización*

verificación empírica de que los jueces y abogados utilizan proposiciones referidas a principios en el marco de sus razonamientos, no permite corroborar, sin más, que estos forman parte del sistema jurídico (NINO, *La validez del derecho*, p. 156).

² Esta teoría se encuentra representada, principalmente, por las investigaciones de ROBERT ALEXY, MANUEL ATIENZA, JUAN RUIZ MANERO y JAN-R. SIECKMANN. Véase ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 y ss.; ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*; ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 23 y ss.; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 52 a 85; *El modelo de los principios del derecho*, p. 13 a 114, y *Recht als normatives System. Die prinzipien theorie des Rechts*, p. 19 a 64.

³ A este respecto pueden consultarse las siguientes investigaciones: BARAK, *Proportionality. constitutional rights and their limitations*; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; BOROWSKI, *Grundrechts als Prinzipien*.

de ROBERT ALEXY y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del *supuesto de hecho abierto* propuesta por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, y de los *argumentos normativos* defendida por JAN SIECKMANN. Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones a modo de cierre.

B) LA TESIS DE LA DIFERENCIA CLASIFICATORIA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Si bien son muchos los autores que, dentro del marco de sus teorías, distinguen a las normas entre principios y reglas⁴, no todos lo hacen en el mismo sentido. Es por ello que suele diferenciarse entre tesis *débiles* y *fuertes* de la separación⁵. La tesis *débil* sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de *grado*, según su mayor o menor nivel de generalidad o abstracción⁶. En cambio, la tesis *fuerte* afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino que, debido a ciertas características estructurales, es también *clasificatoria o de clase*⁷. Esto último su-

⁴ Algunos antecedentes de autores que han hecho uso de esta terminología pueden ser consultados en: ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; HELLER, *Teoría del Estado*; LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*; LÓPEZ RUF, “Los principios y la interpretación en la función judicial”, en ALARCÓN CABRERA - VIGO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, p. 273 a 291; VITA, *La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller*, “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, n° 43, p. 49 a 75.

⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 72 a 75; ALEXY, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 184; BAYÓN, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, p. 359; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, p. 132; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 53.

⁶ Ejemplos de tesis *débiles* en razón del grado de generalidad semántica de las normas pueden encontrarse en: HART, “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 199; RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 838. Ejemplos de tesis *débiles* en razón del nivel de abstracción que la norma puede ocupar en la cadena de justificación de una decisión jurídica puede hallarse en ETCHEVERRY, *¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Una aproximación a los principios jurídicos desde una perspectiva funcional*, manuscrito inédito, 2018.

⁷ Ejemplos al respecto se encuentran en ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 y ss.; ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, *Recht, Vernunft,*

pone que toda norma solamente puede ser o bien un principio o bien una regla⁸, sin que puedan haber modalidades intermedias.

La *teoría de los principios* (en el sentido estricto que aquí interesa) defiende esta última tesis. Por ello, un primer interrogante que puede formularse refiere a cuál o cuáles son los *criterios de individualización* que permiten trazar una distinción *clasificatoriamente* entre principios y reglas. Un análisis minucioso al respecto debe comenzar con el influyente artículo de RONALD DWORKIN titulado *The model of rules (El modelo de las reglas)*⁹. En lo que sigue, será sometido a debate.

§ 1. LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN

DWORKIN inicia su exposición mencionando el conocido caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto por el Tribunal de Nueva York en 1889¹⁰. El problema del caso era si un heredero testamentario debía recibir la herencia, incluso cuando este, para asegurarse y adelantar su cobro, hubiera asesinado al testador. El heredero basó su pretensión en la regla estatutaria que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido. El testamento bajo análisis cumplía, efectivamente, con tales condiciones. No obstante, el Tribunal decidió establecer una excepción a dicha regla, basándose en un principio no escrito que prohíbe que alguien pueda beneficiarse de su propio dolo o injusticia. Finalmente, el testamento fue declarado inválido y no se efectuó la entrega de la herencia.

De acuerdo con DWORKIN, existe una diferencia *lógica* entre la regla que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos es válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propio dolo o injusticia¹¹. Esta diferencia *lógica* se pone en evidencia sobre la base

Diskurs. Studien zur Rechts philosophie; ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 23 y ss.; DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40; SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 52 a 85.

⁸ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 77.

⁹ Este artículo se encuentra compilado en DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 29 a 64. Posteriormente, DWORKIN ha modificado parcialmente esta terminología (*Law's empire*).

¹⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 39.

¹¹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40. El término “lógica” debe ser entendido en este contexto en un sentido amplio, es decir, no necesariamente vinculado al estudio de la forma de los razonamientos deductivos.

de dos *criterios de individualización*. El primer criterio indica que las reglas se aplican a la manera *todo-o-nada*, mientras que esto no es así en el caso de los principios¹². El segundo criterio supone, a su vez, que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso* o de la importancia¹³.

§ 2. **LA APLICACIÓN A LA MANERA “TODO-O-NADA” DE LAS REGLAS**

Que las reglas se apliquen a la manera *todo-o-nada* significa que, si se cumple con su supuesto de hecho, entonces o bien la regla es válida y determina concluyentemente la solución del caso o bien es inválida y no aporta en nada a la decisión¹⁴. Así, por ejemplo, si se considera válida la regla que exige la firma de tres testigos como condición necesaria para la legalidad de los testamentos, entonces siempre serán conforme a derecho aquellos testamentos rubricados por, al menos, tres testigos y nunca lo serán aquellos rubricados por dos o menos.

En este punto podría objetarse que, muchas veces, las reglas cuentan con cláusulas de excepción. Sin embargo, esto no hace colapsar su carácter *todo-o-nada*; pues, un enunciado que describa a una regla debería considerar todas sus excepciones y cualquier proposición que así no lo hiciese resultaría incompleta. Si la lista de excepciones es muy larga, puede resultar demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla. Pero, en teoría, no hay razón para que no se las pueda enumerar a todas¹⁵.

En cambio, los principios no se aplican de esta manera *todo-o-nada*. Aun cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho, estos no determinan automática o concluyentemente la decisión. Solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria¹⁶. Así, por ejemplo, el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo suele quedar desplazado en favor de algún otro principio en los casos de usucapión¹⁷.

¹² DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40.

¹³ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 43.

¹⁴ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40.

¹⁵ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

¹⁶ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

¹⁷ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

Empero, estos ejemplos en contrario no pueden ser vistos como excepciones que deberían integrar enunciados proposicionales más extensos, ya que no pueden ser enumerados o previstos de antemano ni siquiera en teoría¹⁸.

§ 3. **OBJECIONES**

El establecimiento de una distinción *de clase* entre principios y reglas sobre la base del *criterio de individualización* que indica que solamente estas últimas son aplicables a la mañana *todo-o-nada* ha sido blanco de dos objeciones principales.

La primera objeción es de índole metodológica y señala que si se acepta que todas las reglas, incluso las más específicas, poseen *textura abierta*¹⁹, entonces parece empíricamente imposible conocer y enumerar todas sus excepciones de antemano²⁰. La segunda objeción es aún más lapidaria que la anterior y está relacionada con la estructura de los sistemas jurídicos. Si se asume, como DWORKIN lo hace, que los sistemas jurídicos están compuestos no solo por un primer nivel conformado por reglas, sino también por un segundo nivel integrado por principios, entonces las excepciones a las reglas no pueden ser tampoco enumeradas ni siquiera en teoría²¹; pues, nada impediría que resulte añadida una nueva cláusula de excepción a una regla como resultado de ponderación entre el principio que le subyace y un principio contrapuesto que exhibe mayor importancia en relación con el caso concreto que se presenta²². Precisamente, esto es lo que sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*.

Como puede notarse, las dos objeciones presentadas refutan la tesis que indica que las reglas siempre resultan aplicables a la manera *todo-o-nada*. En efecto, el hecho de que las reglas posean *textura abierta* y que, además, puedan acoger cláusulas de excepción imprevisas en razón de los principios, excluye la posibilidad de que estas siempre determinen concluyentemente la solución de los casos que

¹⁸ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42..

¹⁹ HART, *El concepto del derecho*, p. 159 y siguientes.

²⁰ CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 226.

²¹ ALEXI, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 71; HART, *El concepto del derecho*, p. 122.

²² ALEXI, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 71.

caen dentro de su supuesto de hecho. Siendo así, debe admitirse que este primer *criterio de individualización* sugerido por DWORKIN no logra justificar la existencia de una diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas. Por lo tanto, debe ser descartado.

§ 4. **LA “DIMENSIÓN DEL PESO” DE LOS PRINCIPIOS**

Mucho más interesante resulta el segundo *criterio de individualización* identificado por DWORKIN. Este supone que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*.

Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso²³. Así, por ejemplo, en *Riggs vs. Palmer* se presentó una colisión entre el principio que ordena respetar las reglas testamentarias del *common law* y el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo o injusticia. Para resolver el caso, el tribunal neoyorkino debió fundamentar que, en esa situación en concreto, el segundo principio gozaba de una importancia mayor con respecto al primero. Sin embargo, esto no redundó en la invalidez del principio desplazado ni tampoco en el agregado de una cláusula de excepción en su supuesto de hecho. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor.

Las reglas, contrariamente, no exhiben esta dimensión. Cuando se suscita una contradicción entre dos reglas, ella debe ser solucionada exclusivamente en la *dimensión de la validez*²⁴, esto es, o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. Si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas, entonces esta, si bien permanecerá válida, ya no resultará aplicable en aquellos casos futuros que presenten las mismas propiedades relevantes²⁵. En cambio, si una de las

²³ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 43.

²⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 77.

²⁵ En este sentido, AFONSO DA SILVA comenta que el agregado de una cláusula de excepción es una declaración parcial de invalidez (*Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, p. 46).

reglas es declarada inválida, entonces queda directamente expulsada del sistema normativo. Esto significa que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino, además, para el resto de las situaciones futuras.

§ 5. **OBJECIONES**

La idea de que los principios pueden ser distinguidos *clasificatoriamente* de las reglas sobre la base del *criterio de individualización*, que indica que solamente aquellos exhiben una *dimensión del peso*, también ha sido centro de dos objeciones principales.

La primera objeción ha sido detalladamente desarrollada por JOSEPH RAZ. RAZ sostiene que DWORKIN ha puesto en escena un punto importante: que las contradicciones entre normas pueden resolverse o bien invalidando total o parcialmente a una de las normas o bien mediante la evaluación de su peso o importancia. Sin embargo, según RAZ, esto no está directamente relacionado con una determinada cualidad lógica de las normas. La prueba de ello es que las reglas pueden exhibir, también, una *dimensión del peso* frente a situaciones de contradicción normativa²⁶. RAZ propone dos ejemplos para ilustrarlo.

El primer ejemplo lo extrae del razonamiento moral. Sugiere tomar, por un lado, la regla que ordena cumplir las promesas y, por el otro, la regla que prohíbe mentir. Es posible imaginar una situación hipotética en que solamente pueda ser cumplida una promesa mintiendo. Frente a tal situación, resultaría absurda una decisión que resolviese el conflicto mediante la invalidez de una de las reglas. Lo más razonable es establecer una relación de preferencia entre ellas, teniendo en cuenta cuál es su importancia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso²⁷.

El segundo ejemplo lo extrae del razonamiento jurídico. En el caso *Riggs vs. Palmer* se suscitó una contradicción entre la regla que dispone que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propia

²⁶ RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 834.

²⁷ RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 834..

injusticia. Como bien señala DWORKIN, este caso se resolvió considerando la importancia relativa de las normas en concreto. Siendo esto así, entonces debe concluirse que la regla referida a la validez de los testamentos también adquirió una *dimensión del peso*²⁸.

Sin embargo, a la objeción de RAZ pueden oponérsele tres contra-argumentos. En primer lugar, el hecho de que las contradicciones entre la norma que ordena cumplir las promesas y la norma que prohíbe mentir sean resueltas considerando sus respectivos grados de importancia en concreto, solamente constituye una prueba de que, efectivamente, exhiben una *dimensión del peso*. No prueba, por sí solo, que se trate de reglas. RAZ comete aquí una falacia de petición de principio. Desde el punto de vista de una teoría que defienda la tesis *fuerte* de la separación, es posible argumentar que la mencionada contradicción se resuelve en la *dimensión del peso* justamente en razón de que se trata de normas con estructura de principios y no, como presupone RAZ, de reglas.

En segundo lugar, si bien es cierto que en el caso *Riggs vs. Palmer* se agregó una nueva cláusula de excepción a una regla testamentaria como consecuencia de un juicio de ponderación, ello no significa que la regla haya adoptado una *dimensión del peso*²⁹. Solamente puede concebirse una colisión cruzada entre un principio y una regla a costa de simplificar inadecuadamente la situación de contradicción³⁰. Más bien, en el caso *Riggs vs. Palmer* se trató de una colisión entre el principio subyacente a la regla, que ordena respetar a las reglas testamentarias del *common law*, y el principio que prohíbe beneficiarse de la propia injusticia.

Por último, el tercer argumento está relacionado con las propiedades estructurales de los sistemas jurídicos. Incluso si se admitiera, siguiendo a RAZ, que las reglas también exhiben una *dimensión del peso*, entonces lo único que se habría comprobado es que no existen normas que permitan “atrincherar” determinaciones normativas³¹. De esta forma, nos veríamos obligados a admitir que los

²⁸ RAZ, *Legal Principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 837.

²⁹ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 74.

³⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 99.

³¹ SIECKMANN, “Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO - SIECKMANN - OLIVER-LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert*

sistemas jurídicos están compuestos exclusivamente por principios y que las decisiones judiciales dependen exclusivamente de los juicios de ponderación. Sin embargo, esto no puede ser aceptado como una reconstrucción adecuada, puesto que no permite explicar la forma en que se adjudican la mayoría de las normas jurídicas³². Por lo tanto, si se parte de que los sistemas jurídicos contienen reglas, pero que, a la par de ellas, existen otras normas que exhiben una *dimensión del peso*, entonces la única alternativa plausible es buscar una explicación por medio de una teoría de los principios³³.

La segunda objeción es diametralmente opuesta a la de RAZ y ha sido planteada por JUAN RUIZ MANERO. Este último sostiene que no es cierto que todos los principios exhiban necesariamente una *dimensión del peso*, ya que existen algunos que revisten carácter de imponderables, es decir, que no pueden ser desplazados en favor de otros principios bajo ninguna circunstancia³⁴. Un ejemplo al respecto sería el principio de respeto a la dignidad humana³⁵. Decir que una “conducta justificada es contraria a la dignidad humana” parece ser un oxímoron³⁶. En verdad, continúa RUIZ MANERO, el principio de respeto a la dignidad humana es utilizado en un meta-nivel al solo efecto de justificar la validez del resto de los derechos fundamentales. Es precisamente por ello que tiene carácter de imponderable;

Alexy, p. 46. JAN SIECKMANN sostiene, con razón, que la objeción de RAZ conduce a la paradójica situación de que mientras los teóricos del principalismo terminan defendiendo la existencia de reglas, sus objetores se resignan a concebir el derecho como un modelo puro de principios y ponderación.

³² En este sentido, señala HART que “la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de *standards* variables, no exigen de aquellos una nueva valoración caso a caso” (*El concepto del derecho*, p. 168).

³³ HART, *El concepto del derecho*, p. 168.

³⁴ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 18. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf. Consultado por última vez: 11/12/17.

³⁵ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 20.

³⁶ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 20..

pues, sus fundamentos son normalmente reconducidos a través de los derechos fundamentales que él mismo se encarga de justificar³⁷.

Empero, a esta segunda objeción también pueden formularse algunas respuestas. En primer lugar, es cierto que el principio de respeto a la dignidad humana genera una impresión de imponderabilidad³⁸. Ello, principalmente, en razón de que existe un alto grado de probabilidad de que este obtenga prevalencia por sobre los principios que se le oponen en la mayoría de las circunstancias³⁹. No obstante, de ello no se deduce que carezca de una *dimensión del peso*. Un ejemplo ilustrativo al respecto se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán. En el año 1978, se presentó un caso cuya pregunta normativa era si la dignidad humana resulta vulnerada, incluso cuando se obliga por la fuerza a un acusado de un delito penal (que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión) a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos y así hacer posible su identificación por parte de los testigos⁴⁰. El Tribunal consideró que en dicho caso no se configuraba una vulneración del derecho a la dignidad humana. Ello, en primer lugar, porque la alteración de la imagen no implicaba una afectación grave al derecho a la dignidad humana; pues, no tenía el propósito de “humillar” al acusado “ni perseguía algún otro objetivo reprobado por el sistema jurídico”⁴¹. En segundo lugar, porque el fin de esclarecer los delitos penales es lo suficientemente importante como para justificar su restricción, ya que “representa un interés prioritario de la comunidad”⁴². Si se considera que una resolución semejante está justificada, entonces no queda otra alternativa que admitir que la norma que prescribe la protección de la dignidad humana puede participar en los juicios de ponderación y, por tanto, exhibe una *dimensión del peso*.

Como segunda respuesta a la segunda objeción, aun si se admitiera que el principio de respeto a la dignidad humana se encuentra

³⁷ RUIZ MANERO, “‘Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 24.

³⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 94.

³⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 94. .

⁴⁰ ALEXY, *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*, “Anuario Parlamento y Constitución”, n° 16, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, p. 12.

⁴¹ BVERFGE 47, 239 (247).

⁴² BVERFGE 47, 239 (247).

en un meta-nivel y que solamente tiene por función justificar al resto de los derechos fundamentales (los cuales sí pueden participar de la ponderación), entonces bien podría argumentarse que, en los hechos, el principio de respeto a la dignidad humana exhibe una *dimensión del peso* de tipo indirecta⁴³. Pues, no excluye la posibilidad de que un derecho fundamental por él justificado pueda resultar desplazado o restringido en favor de alguna razón de utilidad o bienestar colectivo.

La neutralización de las objeciones y contra-ejemplos formuladas tanto por RAZ como por RUIZ MANERO pone en evidencia que este segundo *criterio de individualización* sugerido por DWORKIN, relacionado con la *dimensión del peso* de los principios, resiste a sus diversos intentos de refutación. De esta manera, representa un punto de partida fructífero para fundamentar la tesis *fuerte* de la separación, es decir, aquella que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es *clasificatoria o de clase*.

C) EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS

Hasta el momento se ha procurado poner de manifiesto que existe, por lo menos, un *criterio de individualización* que permite trazar una distinción *clasificatoria* entre principios y reglas. No obstante, con ello no puede considerarse agotado el ámbito de la discusión, pues aún restaría que la *teoría de los principios* brinde una explicación plausible acerca de por qué los principios exhiben una *dimensión del peso*. Este interrogante conduce directamente al problema de la definición conceptual de los principios. Por ello, en lo que sigue se efectuará una reconstrucción del estado del arte sobre el tema. En este sentido, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización* de ROBERT ALEXY y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del *supuesto de hecho abierto* propuesta por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO y de los *argumentos normativos* defendida por JAN SIECKMANN.

⁴³ Un argumento similar es presentado por ZULETA, “Comentario al artículo *Rule of law* y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf. Consultado por última vez: 11/12/17.

§ 6. **LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY**

De acuerdo con ALEXY, la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas se explica conceptualmente en razón del diferente tipo de mandato que prescriben. Así, los principios exhiben una *dimensión del peso* porque son *mandatos de optimización*⁴⁴. Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁵. Por lo tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y normativas efectivamente existentes⁴⁶. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios que exigen una solución en contrario.

En cambio, las reglas carecen de una *dimensión del peso* porque son *mandatos definitivos o exactos*⁴⁷. Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos⁴⁸. Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino o bien cumplidas o bien incumplidas y ello, precisamente, en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁹.

Un primer interrogante que se plantea es si esta definición de los principios propuesta por ALEXY es compatible con la teoría general de las normas. Por ejemplo, JÜRGEN HABERMAS ha objetado que entender a los principios como *mandatos de optimización* conduce a asimilarlos con los valores, los cuales se diferencian lógicamente de las normas⁵⁰. Así, las normas tienen un sentido deontológico, es decir, califican algo como debido u obligatorio. En cambio, los valores tienen un sentido teleológico, esto es, califican algo como bueno o preferible. Además, las normas tienen una pretensión binaria de

⁴⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

⁴⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

⁴⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76v

⁵⁰ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 329.

validez; obligan o no obligan. Mientras que los valores pueden ser cumplidos en diferentes grados. Asimismo, la validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal. Los valores, por su parte, son preferencias relativas a una determinada forma de vida. Por último, las normas no pueden contradecirse entre sí. Mientras que los valores sí admiten contradicciones y, de hecho, compiten por obtener de preferencia⁵¹. Si los principios, tal como son entendidos por ALEXI, son entidades capaces de ser cumplidos en diferentes grados, relativos a determinadas condiciones y que pugnan entre sí por lograr una relación de precedencia condicionada, entonces debe concluirse que sufren una “pérdida de su carácter deontológico”⁵².

Sin embargo, ALEXI ha formulado una respuesta convincente a esta objeción por medio de las siguientes precisiones. Es cierto que las normas y los valores se diferencian conceptualmente⁵³. Las normas, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, como el mandato, la prohibición o el permiso. Común a todos ellos es que pueden reducirse a un concepto deontológico fundamental: el de deber ser. Los valores, en cambio, pertenecen al ámbito de los conceptos axiológicos⁵⁴. Los conceptos axiológicos no se refieren al concepto deontológico fundamental del deber ser, sino al concepto de lo bueno. Ahora bien, los principios han sido definidos como *mandatos de optimización*. En cuanto mandatos, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, es decir, establecen algo como debido. De ello se sigue que se trata de normas y no valores⁵⁵.

Por otra parte, a diferencia de lo que cree HABERMAS, las normas y los valores no se diferencian en lo que refiere a su estructura. Así, un objeto puede ser valorado según diferentes criterios. Por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, belleza, entre otros. Estos criterios de valoración pueden entrar en colisión entre sí, de manera que se torna necesaria una ponderación con la finalidad de establecer una valora-

⁵¹ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 328.

⁵² HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 328.

⁵³ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 125 y siguientes.

⁵⁴ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 125 y siguientes.

⁵⁵ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 127.

ción definitiva⁵⁶. Esto pone de manifiesto que los criterios de valoración se compadecen estructuralmente con los principios y el establecimiento de una valoración definitiva con las reglas. Pero tal semejanza estructural no supone su asimilación conceptual. Los valores continúan teniendo un carácter axiológico y las normas un carácter deontológico. Así, lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de las normas es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo definitivamente mejor, en el modelo de las normas es lo debido definitivamente⁵⁷. Esto permite mostrar que HABERMAS comete un error al equiparar el concepto de norma con la composición estructural de las reglas⁵⁸.

No obstante, aun asumiendo que el concepto de los *mandatos de optimización* resulta coherente con la teoría general de las normas, esto no permite concluir nada con respecto a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. Pues, es posible hallar otros autores que, pese a adherir a la tesis *fuerte* de la separación, rechazan que la noción *mandato de optimización* sea útil para explicar en qué consiste la *dimensión del peso* de los principios. Es precisamente en este sentido que se dirigen las objeciones (y teorías alternativas) formuladas por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, y JAN SIECKMANN, respectivamente. En lo que sigue serán presentadas por separado.

§ 7. LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

Como se advirtió recientemente, ATIENZA y RUIZ MANERO adhieren a la tesis de la distinción *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas. Empero, rechazan la definición de los principios como *mandatos de optimización* por considerarla o bien incompleta o bien distorsiva⁵⁹. De acuerdo con ellos, no es necesariamente verdadero que todos los principios resulten gradualmente cumplibles; pues, existen ejemplos de principios que establecen consecuencias jurídicas defini-

⁵⁶ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 133.

⁵⁷ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 133.

⁵⁸ ARANGO, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en CLÉRICO - SIECKMANN - OLIVER-LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, p. 73 a 90.

⁵⁹ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 34.

tivas o exactas, es decir, que solamente pueden ser o bien cumplidos o bien incumplidos⁶⁰.

Así, los principios deben ser diferenciados entre *directrices* y *principios en sentido estricto*⁶¹. Las primeras son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta, esto es, la consecución de un estado de cosas u objetivo pasible de ser cumplido en diferentes grados⁶². Un ejemplo de una *directriz* se deriva del art. 51.1. de la Constitución española que dispone: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. En cambio, los *principios en sentido estricto* son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada, es decir, que califican deónticamente a una acción cierta o determinada⁶³. Un ejemplo al respecto surge del art. 14 de la Constitución española que prescribe: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”.

De acuerdo con ATIENZA y RUIZ MANERO, de esta última disposición puede extraerse la siguiente norma como parte de su significado: “Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual) y respecto del caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”⁶⁴. De esta reconstrucción se sigue que, con independencia de que el supuesto de hecho de la norma que prohí-

⁶⁰ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁶¹ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶² ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 33.

⁶³ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁶⁴ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

be discriminar resulte abierto y requiera un juicio de ponderación, su consecuencia jurídica es de cumplimiento definitivo o exacto, puesto que “o se cumple o no se cumple [sin que quepan] modalidades graduables de cumplimiento”⁶⁵.

Si lo anterior es correcto, entonces la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas no puede ser explicada estructuralmente sobre la base del tipo de mandato que establecen, sino en virtud de alguna otra característica. Para ATIENZA y RUIZ MANERO esta explicación puede ser hallada en el ámbito de sus respectivos supuestos de hecho⁶⁶. Así, la razón por la que los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica (que puede ser tanto abierta como cerrada)⁶⁷. Un supuesto de hecho es abierto cuando las propiedades relevantes que lo conforman no están ni siquiera genéricamente determinadas. Esto es lo mismo que decir que son *normas categóricas*⁶⁸, en el sentido de que su supuesto de hecho solamente está compuesto por aquella “condición de aplicación que es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido y ninguna otra condición”⁶⁹. En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* en virtud de que correlacionan un *supuesto de hecho cerrado* con una solución jurídica (que también puede ser tanto abierta como cerrada). Un supuesto de hecho es cerrado cuando su condición de aplicación está constituida por propiedades relevantes que son “independientes de las razones que operan en favor o en contra de dicha

⁶⁵ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 33.

⁶⁶ En este sentido, la estrategia de ATIENZA y RUIZ MANERO consiste en debilitar el antecedente de la norma representada a través de un condicional (ALONSO, *La estructura lógica de los principios de Robert Alexy: Un análisis crítico*, “Ideas y Derecho”, n° 10, p. 138).

⁶⁷ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶⁸ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶⁹ VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, p. 91. La norma que ordena cerrar la puerta es categórica porque sus condiciones de aplicación (que haya una puerta, que esté abierta, etc.) se infieren directamente del contenido de la norma. En cambio, la norma que ordena cerrar la puerta, si es que llueve es hipotética, ya que prevé una condición adicional que no se infiere de su contenido (que llueva).

solución normativa”⁷⁰. Esto significa que se trata *normas hipotéticas*, puesto que su supuesto de hecho no solo está conformado por aquella condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, sino además por otras condiciones adicionales que no se infieren directamente de este⁷¹.

Sin embargo, es dudoso que la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas pueda ser explicada estructuralmente sobre la base de los supuestos de hecho de las normas. Ello, principalmente, porque no existe una conexión necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*. Es sencillo hallar ejemplos de normas que son categóricas y, a la vez, reglas, esto es, normas que están excluidas de los juicios de ponderación. Un primer ejemplo puede obtenerse del art. 15 (segunda parte) de la Constitución española, que prescribe: “Queda abolida la pena de muerte [...]”⁷². Un segundo ejemplo se encuentra en el art. 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, que dice: “Nadie será sometido a una desaparición forzada”.

Por otro lado, ATIENZA y RUIZ MANERO no alcanzan probar que los *principios en sentido estricto* sean normas definitivas o exactas, esto es, que solamente pueden ser o bien cumplidas o bien incumplidas. Pues, si bien es cierto que la norma que reconstruyen a partir del art. 14 de la Constitución española exige un cumplimiento definitivo o exacto, ello es solo como consecuencia de la cláusula de excepción no escrita y agregada por ellos que dispone: “[...] y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso [...]”. Sin embargo, la pregunta decisiva acerca de si el art. 14, sin el agregado de esa cláusula, estatuye o no un principio permanece sin respuesta alguna⁷³. Siempre que a un principio se le agregue esa cláusula, el mismo contendrá una consecuencia normativa definiti-

⁷⁰ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁷¹ VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, p. 91.

⁷² Este primer ejemplo es tomado de LOPERA MESA, *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*, “Doxa: cuadernos de filosofía del derecho”, n° 27, p. 232.

⁷³ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 121.

va o exacta⁷⁴. Pero esto resulta trivial⁷⁵, ya que su alcance debe ser previamente relativizado por medio de un juicio de ponderación.

Por último, tampoco parece correcta la afirmación que indica que todos los *principios en sentido estricto* poseen necesariamente una consecuencia jurídica cerrada, en el sentido de calificar deónticamente a una acción cierta o determinada. Esto se pone especialmente en evidencia cuando se analizan normas que prescriben la realización de derechos fundamentales de prestación. Los derechos de prestación pueden exhibir tanto un objeto determinado como disyuntivo⁷⁶. Exhiben un objeto determinado cuando el grado de su cumplimiento debido solamente puede ser alcanzado por medio de una única acción positiva idónea. Esto sucede, por ejemplo, cuando el derecho fundamental a la salud solamente puede ser garantizado a través del otorgamiento de un único medicamento técnicamente adecuado⁷⁷. En cambio, exhiben un objeto disyuntivo cuando el grado de su cumplimiento debido puede ser alcanzado alternativamente por más de una acción positiva idónea. Tal es el caso de cuando el derecho a la vivienda digna puede ser garantizado o bien con la entrega de un inmueble en propiedad o bien con el pago de un alquiler o bien con el desembolso de un subsidio habitacional⁷⁸. Si esto es así, entonces los denominados *principios en sentido estricto* sí pueden prescribir el cumplimiento de ciertos estados de cosas sin que ello traiga aparejado, necesariamente, la ejecución de acciones ciertas o determinadas.

§ 8. LA TEORÍA DE JAN SIECKMANN

JAN SIECKMANN representa otro autor que, por un lado, acepta la tesis *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas, pero, por el

⁷⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 122.

⁷⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 122.

⁷⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420; CLÉRICO, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en BEADE - CLÉRICO (eds.), *Desafíos a la ponderación*, p. 395.

⁷⁷ DE FAZIO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista Derecho del Estado”, n° 41, p. 182 y siguientes.

⁷⁸ DE FAZIO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista Derecho del Estado”, n° 41, p. 182 y siguientes.

otro, objeta la noción de *mandatos de optimización*. Aunque lo hace sobre la base de razones diferentes. De acuerdo con SIECKMANN, el concepto de los *mandatos de optimización* no puede explicar la *dimensión del peso* de los principios, puesto que solo representa una regla de segundo nivel⁷⁹. Un *mandato de optimización*, como tal, no admite un cumplimiento gradual, sino definitivo o exacto: o bien se cumple en un grado óptimo o bien se lo incumple⁸⁰. Por lo tanto, no puede colidir con otros mandatos de optimización ni puede ser susceptible de ponderación alguna⁸¹.

ALEXY ha reconocido que esta objeción es acertada. Pero considera que, si se hacen algunas precisiones, la noción de los principios basada en la tesis de la optimización puede ser preservada⁸². En este sentido, indica que es necesario diferenciar entre los *mandatos a optimizar* y los *mandatos de optimización*⁸³. Los primeros son los objetos de la ponderación y, como tales, prescriben un deber ideal, en el sentido de que aún no han sido relativizados en lo que refiere al ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas⁸⁴. Por el contrario, los *mandatos de optimización* son, efectivamente, reglas de segundo nivel que ordenan que sus objetos, los *mandatos a ser optimizados*, sean cumplidos en la mayor medida posible. Los principios, en tanto objeto de la ponderación, no son entonces *mandatos de optimización* sino *mandatos a optimizar*⁸⁵.

No obstante, esta nueva distinción propuesta por ALEXY agrava los problemas, en lugar de resolverlos; pues, no brinda ninguna explicación acerca de por qué es necesario que los objetos de la pon-

⁷⁹ AARNIO, "Las reglas en serio", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - VUSITALO (comps.), *La normatividad del derecho*, p. 27; SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipie modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸⁰ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸¹ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸² ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸³ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 109.

deración exhiban la estructura de mandatos. En principio, nada impide que puedan participar de la ponderación normas con la estructura de permisiones, prohibiciones e incluso normas secundarias que atribuyen competencias⁸⁶. Si esto es así, entonces se derrumba la idea que indica que la diferencia *de clase* entre principios y reglas puede ser explicada en razón del tipo de mandato que respectivamente prescriben⁸⁷.

Es precisamente como consecuencia de estos problemas que SIECKMANN propone un concepto alternativo. Así, de acuerdo con él, la razón por la cual los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que son utilizadas como *argumentos normativos*, es decir, como demandas o pretensiones a favor de que una determinada norma sea aceptada como definitivamente válida. Toda vez que los *argumentos normativos* solamente son utilizados para demandar la validez definitiva de algo, pueden colidir entre sí y resultan susceptibles de ponderación⁸⁸. Así, por ejemplo, ante el supuesto de una opinión insultante, el principio de libertad de expresión demanda que el insulto deba ser definitivamente permitido, mientras que el principio de protección del honor demanda que deba ser definitivamente prohibido⁸⁹. En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* porque son normas que son utilizadas en el marco de *aserciones normativas*, esto es, como proposiciones que expresan la validez definitiva de una norma como resultado de un juicio de ponderación.

Es precisamente, en virtud de este carácter proposicional que dos reglas contradictorias no pueden ser válidas simultáneamente, pues no tiene sentido afirmar que las opiniones insultantes deben ser, al mismo tiempo, definitivamente permitidas y prohibidas⁹⁰.

⁸⁶ Esto, finalmente, es reconocido por el propio ALEXY en un escrito posterior. Véase “Deber ideal”, en ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 40 a 68.

⁸⁷ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 67, y *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 181.

⁸⁸ SIECKMANN, *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, “ARSP”, Beiheft 53, p. 205 a 213.

⁸⁹ SIECKMANN, *The logic of autonomy. Law, morality and autonomous reasoning*, p. 45.

⁹⁰ SIECKMANN, *The logic of autonomy. Law, morality and autonomous reasoning*, p. 45.

Si esto es así, entonces los principios entendidos como *argumentos normativos* pueden ser, en un primer vistazo, representados estructuralmente como mandatos de validez definitiva:

(1) O VAL_{DEF}N

En donde “O” representa al operador deóntico del mandato o la obligación y “VAL_{DEF}” predica la validez definitiva de una norma “N”.

Sin embargo, esta primera representación no es del todo precisa, ya que no aclara nada con respecto a si (1) es un principio que forma parte del significado de un *argumento normativo* o si, más bien, es una regla o norma definitiva que forma parte del significado de una *aserción normativa*⁹¹. En este sentido, se trata de un enunciado ambiguo. Por ello, el punto decisivo para diferenciar los *argumentos normativos* de las normas definitivamente válidas se encuentra en que los primeros tienen la estructura de *mandatos de validez reiterados*⁹². De acuerdo con esta idea, un *argumento normativo* que se usa como razón para un juicio de ponderación consiste en una estructura infinita o ilimitada de mandatos de validez definitiva, donde la validez de cada uno de ellos viene exigida por un mandato de validez definitiva de nivel superior⁹³. Por tanto, su estructura debe ser representada del siguiente modo:

(2) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N

(3) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N

Y así sucesivamente.

De un modo más resumido, la reiteración infinita de mandatos de validez puede ser simbolizada así:

(4) ... O VAL_{DEF} N

⁹¹ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 86.

⁹² SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 87.

⁹³ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 191.

Ahora bien, tampoco la teoría de los *argumentos normativos* se encuentra exenta de críticas. Una primera objeción ha sido planteada por ROBERT ALEXY. Este coincide con SIECKMANN en que la representación estructural de los *argumentos normativos* no puede comenzar con el operador deóntico del mandato “O” ni con el predicado de su validez definitiva”. Así, por un lado, si comenzara con el operador “O”, entonces no se trataría de nada diferente de una norma en su puro sentido semántico, es decir, sin ninguna referencia con respecto a su validez⁹⁴. Esto, no permitiría dar cuenta de su normatividad⁹⁵. Pero, por el otro lado, tampoco podría comenzar con el predicado de su validez definitiva “VAL_{DEF}”, porque en ese caso se convertiría en una norma definitiva o regla. La salida propuesta por SIECKMANN es una oscilación entre “O” y “VAL_{DEF}” que se reitera infinitamente. Sin embargo, sostiene ALEXY, esto no representa una aclaración positiva acerca de qué son los principios. Solamente nos dice algo que ya se sabía: que los principios no son normas en sentido puramente semántico ni normas con validez definitiva⁹⁶. SIECKMANN ha dado una respuesta a esta objeción. Aduce que ALEXY se vale de un argumento del hombre de paja⁹⁷, ya que reemplaza una concepción que entiende a los *argumentos normativos* como requerimientos que poseen una estructura infinita de mandatos de validez por otra concepción que los concibe como una “oscilación” entre dos estructuras finitas⁹⁸. Pero esto constituye una interpretación falaz, ya que a partir de dos de estructuras finitas no puede deducirse una estructura infinita⁹⁹.

Una segunda objeción que puede hacerse en contra de la teoría de los *argumentos normativos* es que su estructura como mandatos de validez reiterados conduce a un interminable regreso al infinito. Esto es, sin dudas, cierto. Sin embargo, de acuerdo con

⁹⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 114.

⁹⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 116.

⁹⁶ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 117.

⁹⁷ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

⁹⁸ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

⁹⁹ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

SIECKMANN, no representa un problema, puesto que la función argumentativa de los *argumentos normativos* es justamente en este aspecto distinta de las *aserciones normativas*. Estas últimas pretenden expresar lo que es el resultado de una argumentación y, con ello, concluir a primera vista con toda ulterior fundamentación¹⁰⁰. Por el contrario, los *argumentos normativos* buscan o bien abrir o bien continuar la argumentación. Quien ofrece un *argumento normativo* está dispuesto a considerar preguntas y contra-argumentos. Con todo, la extensión de la cadena de argumentos puede contar con límites pragmáticos, ya que las propias reglas del discurso racional establecen cargas de la argumentación¹⁰¹. Así, por ejemplo, un proponente solamente está obligado a ofrecer nuevos *argumentos normativos* en caso de que existan objeciones o refutaciones¹⁰².

Una tercera objeción se relaciona con la idea de que solamente las reglas o normas definitivamente válidas pueden ser representados por medio de proposiciones normativas, mientras que los principios o *argumentos normativos* tiene un “carácter no proposicional”¹⁰³. Esto es cierto siempre y cuando se entienda a las proposiciones normativas como enunciados descriptivos de normas definitivamente válidas, las cuales pueden o bien guiar directamente la acción o bien integrar la premisa normativa mayor de un silogismo jurídico. Sin embargo, no queda claro por qué deberíamos asumir un concepto tan estricto de las proposiciones normativas¹⁰⁴, pues, si se las concibe de este modo, entonces no puede explicarse una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo y que deben ser tomados en cuenta por los jueces como *argumentos normativos* a favor o en contra de una determinada decisión jurídica. En estos contextos, los juristas parecen hacer uso de la función descriptiva del lenguaje y no de su función argumentativa. Si esto es así, entonces formulan proposiciones normativas, aunque en relación con normas que no son definitivamente válidas. Quizás, una salida posible sea diferenciar entre dos clases de proposiciones nor-

¹⁰⁰ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 96.

¹⁰¹ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 97.

¹⁰² ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, p. 244.

¹⁰³ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 85.

¹⁰⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 113.

mativas. Por un lado, aquellas que refieren a la validez de principios o *argumentos normativos*, es decir, al carácter vinculante de las razones que deben ser tenidas en cuenta en los juicios de ponderación y, por el otro, aquellas que refieren a la validez definitiva de normas, es decir, a las razones dirigidas directamente para la acción o la toma de decisiones jurídicas.

D) CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo el propósito de reconstruir un estado del arte acerca de la *teoría de los principios*, entendida como una teoría analítica destinada a explicar las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Dicha reconstrucción ha permitido corroborar dos hipótesis.

La primera hipótesis indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas se encuentra justificada. Esta distinción *de clase* puede ser fundamentada sobre la base del *criterio de individualización* que indica que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*. Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. Pero, esto no implica que deba declararse inválido al principio que resulta desplazado ni que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor. Las reglas, en cambio, no exhiben esta dimensión. Las contradicciones entre reglas se dirimen exclusivamente en la *dimensión de la validez*. Esto significa que solamente pueden ser solucionadas o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. De esto se deriva que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino, además, para el resto de las situaciones futuras.

La segunda hipótesis afirma que, sin perjuicio de lo antedicho, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. En este

sentido, se han analizado tres definiciones alternativas. La primera definición examinada es aquella defendida por ALEXY, quien entiende a los principios como *mandatos de optimización*. Empero, se ha puesto de relieve que los *mandatos de optimización* no permiten explicar la *dimensión del peso* de los principios, ya que tienen la estructura de reglas de segundo nivel. ALEXY ha intentado dar respuesta a esta objeción distinguiendo entre *mandatos de optimización* y *mandatos u objetos a ser optimizados*, sindicando a los segundos, exclusivamente, como principios. Pero esta distinción agrava los problemas, ya que no es necesariamente cierto que los *objetos a ser optimizados* deban poseer la estructura de mandatos. La segunda definición analizada es aquella ofrecida por ATIENZA y RUIZ MANERO. De acuerdo con ellos, los principios son normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica. Esto es lo mismo que decir que se trata de *normas categóricas*. No obstante, se ha demostrado que no existe una relación necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*, toda vez que es posible hallar ejemplos de *normas categóricas* que exhiben la estructura de reglas y que son aplicadas por medio de un razonamiento subsuntivo. La última definición presentada es la propuesta por SIECKMANN, quien define a los principios como *argumentos normativos* con estructura de *mandatos de validez reiterados* y un carácter no-proposicional. Esta teoría parece ser la que mejor enfrenta a las críticas. No obstante, aún no es del todo claro por qué las proposiciones normativas deben ser entendidas en un sentido tan estricto, que solamente las circunscriba a aserciones descriptivas de la validez definitiva de normas. Esto no parece ser reconstructivo de una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS, “Las reglas en serio”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - USITALO, YRKI (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - USITALO, YRKI (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- AFONSO DA SILVA, VIRGÍLIO, *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- ALARCÓN CABRERA, CARLOS - VIGO, RODOLFO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.

- ALEX, ROBERT, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1978.
- *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1986.
- Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEX, ROBERT, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995.
- *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- “Deber ideal”, en ALEX, ROBERT, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*, “Anuario Parlamento y Constitución”, n° 16, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, 2014, p. 10 a 27.
- ALONSO, JUAN P., *La estructura lógica de los principios de Robert Alexy: un análisis crítico*, “Ideas y Derecho”, n° 10, Buenos Aires, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2014, p. 131 a 141.
- ARANGO, RODOLFO, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- ATIENZA, MANUEL - RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BARAK, AHARON, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BAYÓN, JUAN C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- BEADE, GUSTAVO - CLÉRICO, LAURA (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BOROWSKI, MARTIN, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997.
- CARRÍO, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- CLÉRICO, LAURA, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, BEADE, GUSTAVO - CLÉRICO, LAURA (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- DE FAZIO, FEDERICO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista derecho del Estado”, n° 41, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 173 a 195.
- DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, New York, Bloomsbury, 1997.
- *Law's empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- ESSER, JOSEPH, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1956.
- ETCHEVERRY, JUAN B., ¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Una aproximación a los principios jurídicos desde una perspectiva funcional, manuscrito inédito, 2018.

- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GÜNTHER, KLAUS, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.
- HART, HERBERT, "Postscriptum", en RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LOPERA MESA, GLORIA, *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*, "Doxa: cuadernos de filosofía del derecho", Alicante, Universidad de Alicante, n° 27, 2004, p. 211 a 243.
- LOPEZ RUF, PABLO, "Los principios y la interpretación en la función judicial", en ALARCÓN CABRERA, CARLOS - VIGO, RODOLFO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- MAC CORMICK, NEIL, *Principles of law*, "The Juridical Law Review", Edinburgh, 1974.
- NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- RAZ, JOSEPH, *Legal principles and the limits of law*, "The Yale Law Journal", vol. 81, n° 5, 1972, p. 823 a 854.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- RUÍZ MANERO, JUAN, "Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar", presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf.
- SIECKMANN, JAN-R., *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, "ARSP", Beiheft 53, 1994.
- *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- *Recht als normatives System. Die prinzipien theorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- "Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales", en CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- *The logic of autonomy. law, morality and autonomous reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012.
- *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- VITA, LETICIA, *La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller*, "Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho", n° 43, ITAM, México, 2015, p. 49 a 75.

VON WRIGHT, GEORGE H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979.

ZULETA, HUGO, “Comentario al artículo Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf.