

**Robert Alexy**

---

**Ensayos sobre la  
teoría de los principios y  
el juicio de proporcionalidad**

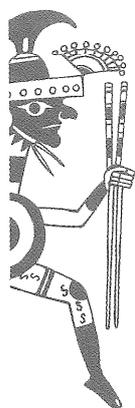


  
**PALESTRA**

# Robert Alexy

---

## Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad



  
PALESTRA

ROBERT ALEXY

ENSAYOS SOBRE LA TEORÍA DE LOS  
PRINCIPIOS Y EL JUICIO DE  
PROPORCIONALIDAD

Gonzalo Villa Rosas  
(Coordinador)

Palestra Editores  
Lima — 2019

340.1 A37	Alexy, Robert Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad / Robert Alexy, 1a ed. – Lima: Palestra Editores, 2019. 368 p.; 24 cm. D.L. 2019-11571 ISBN: 978-612-325-090-4 1. Teoría de los principios 2. Colisión de principios 3. Test de proporcionali- dad 4. Derechos fundamentales 5. Compilación de ensayos
--------------	---

ENSAYOS SOBRE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

ROBERT ALEXY

Palestra Editores: Primera edición, agosto de 2019.

© 2019: ROBERT ALEXY

© 2019: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telf. (511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Grández Gráficos SAC

Mz E, Lt. 15 - Urb. Santa Rosa - Los Olivos

Agosto, 2019

DIAGRAMACIÓN:

Gabriela Zababurú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2019-11571

ISBN: 978-612-325-090-4

Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

---

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

---

## SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS\*



Con otra terminología, la distinción entre las reglas y los principios experimentó en los años 50 un tratamiento profundo en Alemania gracias a los aportes de Josef Esser (1974). En Austria en los años 40, Walter Wilburg anticipó algunas apreciaciones fundamentales acerca de esta distinción en su teoría de los sistemas en movimiento (1941)<sup>1</sup>. No obstante, un debate internacional más amplio ha sido provocado por Dworkin, quien en su artículo “The Model of Rules”, publicado por primera vez en 1967, usó esta distinción como fundamento para atacar la versión del positivismo jurídico defendida por H. L. A. Hart (Dworkin, (1967) 1978, p. 14 y ss.). En las tres décadas que han transcurrido desde entonces, la distinción entre las reglas y los principios, y sus implicaciones para la teoría de la aplicación de las normas jurídicas; la estructura del sistema jurídico; la relación entre el derecho y la moral; y la dogmática jurídica, en especial la dogmática jurídica de los derechos fundamentales, ha sido, de manera característica, objeto de abundantes investigaciones, algunas de ellas incluso muy detalladas. Entre estas

---

\* Traducción del alemán a cargo de Gonzalo Villa Rosas. El artículo original se publicó como Alexy, R. (2000). Zur Struktur der Rechtsprinzipien. En B. Schilcher, P. Koller & B.-Ch. Funk (Eds), *Regeln, Prinzipien und Element im System des Rechts. Juristische Schriftenreihe Band 125* (p. 31-53). Wien: Verlag Österreich. Se publica con las autorizaciones y los permisos requeridos por Verlag Österreich GmbH.

<sup>1</sup> Cf. Wilburg, 1951; 1963, p. 346 y ss.. Sobre la relación entre la teoría de los principios y la doctrina de los elementos desarrollada por Wilburg véase Michael, 1997 p. 105 y ss..

investigaciones han surgido dos posiciones fundamentales. Conforme a una de ellas, los principios expresan la idea de optimización. Esto puede presentarse a través de la sumaria definición, de acuerdo con la cual los principios son mandatos de optimización y, de esta forma, se diferencian de las reglas de manera esencial. Esta concepción se debe denominar la “teoría de los principios”. La otra corriente presenta una composición muy variada. No obstante, la unidad de esta corriente se encuentra en la opinión conforme a la cual la concepción que sostiene que los principios son mandatos de optimización es falsa, exagerada o insuficiente.

Las variadas y numerosas posiciones contrapuestas hacen imposible tratarlas de manera exhaustiva y completa. En este ensayo, me limitaré a ciertas objeciones que tratan acerca de la estructura de los principios en tanto normas. No obstante, es necesario exponer antes tres tesis fundamentales sobre la teoría de los principios, acerca de las cuales esencialmente trata la discusión.

## I. LAS TRES POSICIONES

### 1. La tesis de la optimización

De acuerdo con la definición estándar de la teoría de los principios (Alexy, (1985) 1996, p. 75 y ss.), los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. De acuerdo con esta definición, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan tanto por el hecho de que pueden ser satisfechos en diferente grado, como por el hecho de que la medida ordenada de su satisfacción no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El conjunto de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y las reglas contrapuestas. En contraste, las reglas son normas que siempre se pueden cumplir o no cumplir. Si una regla tiene validez, entonces se ordena hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. Así, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Ellas son, de este modo, *mandatos definitivos*. Esto significa que la distinción entre las reglas y los principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado. Toda norma es o bien una regla, o bien un principio (Alexy, (1985) 1996, p. 77; 1995, p. 203).

### 2. La ley de la colisión

La distinción entre las reglas y los principios se muestra con mayor claridad en las colisiones entre los principios y en los conflictos entre reglas. Las colisiones entre principios y los conflictos entre reglas tienen en común el hecho de estar compuestos por dos normas, que si se aplicaran cada una de manera independiente

de la otra, conducirían a resultados incompatibles entre sí, es decir, conducirían a dos juicios jurídicos concretos de deber ser contradictorios. No obstante, las colisiones entre principios y los conflictos entre reglas se diferencian fundamentalmente en la forma en la cual pueden ser solucionados.

### ***2.1. Los conflictos entre reglas***

Un conflicto entre dos reglas puede ser solucionado solo si se introduce una cláusula de excepción a una de las dos reglas o si se declara la invalidez de una de ellas. Un ejemplo de lo primero lo ofrece aquel reglamento escolar que, por una parte, prohíbe abandonar el salón de clase antes de que suene el timbre y, por otra parte, ordena abandonar el salón de clase en caso de que suene la alarma contra incendios. Este conflicto puede resolverse fácilmente, si a la prohibición de abandonar el salón de clases antes de que suene el timbre se le introduce una excepción referida a la alarma contra incendios. Si no se llegase a tal solución, quedaría solo la posibilidad de declarar la invalidez de por lo menos una de las dos reglas. Este es el campo principal de aplicación de reglas de colisión como “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex superior derogat legi inferiori*” y “el derecho federal deroga el derecho de los estados que hacen parte de la federación” (artículo 31 de la Ley Fundamental).

### ***2.2. Las colisiones entre principios***

Las colisiones entre principios deben resolverse de una forma completamente diferente. Como ejemplo puede mencionarse la decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la incapacidad para concurrir a juicio (BVerfGE 51, 324). Esta decisión trata acerca de la admisibilidad de una audiencia principal de juicio contra un acusado que, como resultado de la carga que significa el procedimiento, debe enfrentar el riesgo de sufrir un accidente cerebrovascular y un ataque al corazón. Las normas que entran en colisión en este caso son, por una parte, el artículo 2 (1) (2) de la Ley Fundamental, que garantiza al individuo el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y, por otra parte, el principio del Estado de derecho, en la medida en que se atribuye al Estado el deber de garantizar el funcionamiento adecuado del sistema penal. Si existiese solo el derecho fundamental, entonces la realización de la audiencia principal debería ser prohibida con base en los riesgos a la vida y a la salud del acusado. Por el contrario, si existiese solo el deber estatal de garantizar el funcionamiento adecuado del sistema penal, se debería ordenar o, por lo menos, permitir la realización de la audiencia principal. El Tribunal habría podido solucionar el caso declarando la invalidez o bien del derecho fundamental, o bien del deber de garantizar el buen funcionamiento del sistema penal, expulsándolos así del ordenamiento jurídico. Así, el Tribunal habría tratado la colisión como

un conflicto entre reglas y lo habría solucionado en la dimensión de la validez. No obstante, apenas se requiere fundamentar que no se puede dudar acerca de la validez ni del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, ni del principio del funcionamiento adecuado del sistema penal, en cuanto subprincipio del principio del Estado de derecho. Por otra parte, la segunda posibilidad de resolver un conflicto entre reglas, consistente en la introducción de una excepción, tampoco se puede adoptar para resolver el caso. El derecho fundamental a la vida y a la integridad física no constituye ninguna excepción al principio del funcionamiento adecuado del sistema penal, así como tampoco este derecho fundamental constituye una excepción a aquel principio. El Tribunal debe resolver esta colisión, estableciendo una relación de prevalencia entre los dos principios relevantes, conforme a las circunstancias del caso. El derecho fundamental a la vida y a la integridad física debe prevalecer sobre el principio del adecuado funcionamiento del sistema penal, que se deriva del principio del Estado de Derecho, si existe “el peligro concreto de que a causa de la realización de la audiencia principal, el acusado pierda su vida o sufra graves daños en su salud” (BVerfGE 51, 324, 346). Bajo esas condiciones, el derecho fundamental tiene un peso mayor y, por lo tanto, debe prevalecer; no obstante, esto puede ser lo contrario en otras condiciones.

El hecho de que el derecho fundamental tenga prioridad, significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista por él. Esto quiere decir que la satisfacción de las condiciones de prevalencia lleva consigo la aplicación de la consecuencia jurídica establecida por el principio que prevalece. Esto se puede generalizar a través de la *ley de colisión*, según la cual: las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre otros, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que prevalece.<sup>2</sup>

Una versión un poco más técnica es la siguiente:

Si, bajo las circunstancias  $C$ , el principio  $P_1$  prevalece sobre el principio  $P_2$ ; ( $P_1PP_2$ )  $C$ , y si, bajo las circunstancias  $C$ , se deriva la consecuencia jurídica  $R$ , entonces tiene validez una regla que contiene  $C$  como supuesto de hecho y  $R$  como consecuencia jurídica:  $C \rightarrow R$ , (Alexy, (1985) 1996, p. 83)

La ley de la colisión expresa que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de prevalencia, sino únicamente relaciones de prevalencia condicionada. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta. El hecho de que establecer una relación de prevalencia condicionada, según la ley de colisión, corresponda a establecer una regla formulada

<sup>2</sup> Esta formulación de la ley de la colisión se refiere al caso en el que la consecuencia de un principio que prevalece debe aplicarse plenamente. Si no se debe aplicar plenamente, entonces se deben introducir modificaciones. Cf. Alexy, (1985) 1996, p. 83, nota 42.

en relación al caso, muestra que el nivel de los principios y el nivel de las reglas de ningún modo se encuentran separados. Resolver un caso con base en una ponderación significa decidir resolverlo a través de una regla que se fundamenta en los principios en colisión. En este sentido, los principios son razones necesarias para las reglas.

### *2.3. La ley de la ponderación*

La teoría de los principios, expresada en la forma de la tesis de la optimización, ocupa ahora un lugar por derecho propio en la doctrina, ante todo con base en su equivalencia con el principio de la proporcionalidad. La teoría de los principios implica el principio de la proporcionalidad y éste implica aquélla (Alexy, (1985) 1996, p. 100 y ss.). El hecho de que la teoría de los principios implique el principio de la proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, es decir, el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente de ella, o en otras palabras, en un sentido estricto, se deducen de ella. Por lo tanto, quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de la proporcionalidad. En consecuencia, el debate sobre la teoría de los principios puede reformularse como el debate acerca del principio de la proporcionalidad.

El hecho de que la teoría de los principios implique el principio de la proporcionalidad se basa en la propia definición de los principios. En tanto mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible de su objeto, en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La relativización con base en las posibilidades fácticas conduce a los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad. Si se adopta una medida  $M$  para promover la protección de los consumidores ( $P_2$ ) que, sin embargo, no es idónea para ello y, al mismo tiempo, esta medida  $M$  interviene en la libertad de ejercer una profesión u oficio ( $P_1$ ), entonces  $M$  puede ser omitida sin originar costos para la protección a los consumidores  $P_2$ . La optimización de  $P_1$  y  $P_2$  exige entonces que  $M$  no se adopte. Este es exactamente el contenido del principio de la idoneidad. Por su parte, el principio de la necesidad establece que una medida  $M_1$  está prohibida en relación con los principios  $P_1$  y  $P_2$ , si existe una medida alternativa a ella  $M_2$  que promueve al principio  $P_2$  en una forma equivalente a lo que hace  $M_1$ , pero interviene menos intensamente en el principio  $P_1$ . Considérese que  $P_2$  es de nuevo la protección a los consumidores, que representa esta vez la protección a los consumidores en relación a los errores de compra. Considérese además que  $M_1$  corresponde a la prohibición absoluta de que ciertos productos que parecen chocolates, pero que no lo son, circulen en el mercado. Asimismo, considérese que  $M_2$  corresponde al deber de etiquetar claramente los productos. Como quiera que este deber de etiquetar los productos ( $M_2$ ) es evidentemente una intervención menos intensa en la libertad de ejercer una profesión u oficio ( $P_1$ ) que la prohibición absoluta

de circulación ( $M_1$ ) y que este deber sirve en una medida más o menos equivalente a los fines de protección de los consumidores ( $P_2$ ), entonces debe considerarse que la prohibición absoluta de circulación ( $M_1$ ) está prohibida, por ser un medio no necesario en relación con los principios  $P_1$  y  $P_2$  (BVerfGE 53, 135, 145 y ss.).

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se deducen del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. Dichos subprincipios expresan la idea del óptimo de Pareto. En cambio, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto se deduce del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, sobre todo en relación con los principios que se contraponen. En el caso del principio de la proporcionalidad en sentido estricto, se trata de la ponderación en sentido estricto y propio. La ponderación resulta indispensable cuando el satisfacción de un principio significa la insatisfacción del otro, esto es, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro. Para estos casos puede formularse la siguiente *ley de la ponderación*: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro (Alexy, (1985) 1996, p. 146).

Los problemas relacionados con esta fórmula son los temas principales de discusión respecto de la cuestión acerca de si la ponderación representa un procedimiento racional.

## II. LAS CUATRO OBJECIONES

Las leyes de la ponderación y de la colisión son intentos por describir de forma más precisa la idea esencial de la teoría de los principios, es decir, la tesis de la optimización. Mediante esta tesis se afirma que los principios son normas que se diferencian fundamentalmente de las reglas, en razón de su estructura. En contra de esta tesis, que se enmarca dentro de la teoría de las normas, se han opuesto numerosas objeciones. Aquí se analizarán cuatro de ellas.

### 1. La estructura de los principios y la aplicación de las normas

Una crítica radical, que se opone en el ámbito de la teoría de las normas, señala que no existen principios, sino solo normas que se aplican de manera distinta. Así, Günther ha sostenido que la distinción entre las reglas y los principios no es una distinción fundada en la estructura de las normas, sino que solamente en un "modo diferente de tratamiento". Es un asunto relativo a las "condiciones de conversación" (1988, p. 270) o a las "condiciones de trato" (1988, p. 273) que "una norma sea tratada como una regla, caso en el cual se aplicará sin consideración a las características propias de la situación, o que sea tratada como un principio, caso en el que se aplicará observando todas las circunstancias (fácticas y jurídicas) de una

situación” (1988, p. 270).<sup>3</sup> En el sistema jurídico, las condiciones de conversación o las condiciones de trato presentan una naturaleza institucional. Así, la división de poderes y la seguridad jurídica exigirían tratar las decisiones del legislador como reglas y admitir excepciones a ellas solo en casos especiales.

En el núcleo de la crítica de Günther se encuentra la tesis conforme a la cual, con independencia del marco institucional respectivo, es posible “exigir que *cada* norma sea aplicada en relación con las posibilidades fácticas y normativas (jurídicas) de la situación” (1988, p. 272). Si bien esto es cierto, su planteamiento no toca el punto decisivo. Por aplicación relativa a las posibilidades fácticas y normativas (jurídicas) Günther entiende la “consideración de todas las circunstancias del caso” (1988, p. 272). Esta consideración de las circunstancias del caso, sin embargo, es algo distinto a la optimización. Esto es evidente si se aprecia que la consideración de todas las circunstancias del caso también es posible en la aplicación de normas que pueden ser satisfechas o no satisfechas, mientras que la optimización presupone que una norma puede ser cumplida en distinto grado. Es verdad que la optimización implica considerar todas las circunstancias, pero la consideración de todas las circunstancias no implica la optimización. De este modo es evidente que la crítica de Günther yerra en relación al objeto que pretende atacar: la optimización.

No solo la posibilidad de cumplimiento gradual habla a favor de representar el carácter de los principios en el nivel de las normas. Solo la teoría de los principios puede explicar la razón conforme a la cual la norma que cede en la ponderación no resulta vulnerada, ni se debe declarar inválida de manera parcial o total, sino, por el contrario, permanece siendo completamente válida.<sup>4</sup> La idea de la optimización es necesaria para poder comprender la dimensión del peso de una norma, en contraste con la dimensión de su validez. Esto tiene impactos en particularidades propias de la dogmática jurídica. Así por ejemplo, no es posible una teoría adecuada de las restricciones de los derechos sin la teoría de los principios (Alexy, (1985) 1996, p. 249 y ss.).

Sin embargo, debe reconocerse que Günther tiene razón al sostener que existen casos en que no es fácil decidir si se debe tratar una norma como una regla o como un principio (1988, p. 272). Este es un asunto de interpretación y como siempre en la interpretación, no existen criterios que permitan una respuesta fácil y clara en todos los casos. Con todo, esta no es una objeción en contra del carácter de principio como propiedad de la estructura de las normas. La propia pregunta

<sup>3</sup> En la misma dirección apunta Stelzer cuando sostiene que “las ‘reglas’ y los ‘principios’ se caracterizan, en últimas, por el enfoque argumentativo de las normas (Stelzer, 1991, p. 215).

<sup>4</sup> Habermas ha sostenido contra la tesis de la optimización que ella no permite comprender “que un derecho que ‘cede’ ante otro, en un caso de colisión, no pierde su validez” (Habermas, 1996, p. 368) Exactamente sucede lo contrario.

acerca de si una norma es una regla o un principio presupone que las normas puedan ser principios.

## 2. Los mandatos de optimización

### 2.1. Los mandatos de optimización y los mandatos a ser optimizados

El análisis de la objeción de Günther, relativa a la teoría de las normas, muestra que la diferencia entre las reglas y los principios depende en definitiva de la propiedad de los principios conforme a la cual los principios son mandatos de optimización. Ahora bien, Aarnio y Sieckmann han sostenido que el concepto de mandato de optimización no es idóneo para distinguir las reglas y los principios. De acuerdo con la ya mencionada definición estándar, los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Este mandato tiene en realidad un carácter definitivo. Solo puede ser cumplido o incumplido, y siempre está ordenado cumplirlo plenamente (Sieckmann, 1990, p. 65). Aarnio expone esta idea con las siguientes palabras: “*Either one does or one does not optimize. For example, in the case of conflict between two value principles, the principles must be brought together in the optimum manner, and only in the optimum manner*” (1990, p. 187). Por consiguiente, los mandatos de optimización tienen como tales la estructura de las reglas.

Esto no significa en modo alguno que con esta crítica la teoría de los principios se venga abajo; por el contrario, esta crítica ilumina la teoría con una luz más potente. Es necesario diferenciar los *mandatos de optimización* de los *mandatos a ser optimizados*. Los mandatos a ser optimizados corresponden a los objetos de la ponderación. Estos mandatos pueden ser denominados “deber ser ideal” o simplemente pueden entenderse como “ideales” (Alexy, 1995, p. 203 y ss.). El deber ser ideal es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real (Alexy, 1995, p. 204). En cuanto objeto de la optimización, este deber ser se encuentra en el nivel de los objetos. En contraste, los mandatos de optimización se sitúan en un metanivel. En este metanivel, ellos determinan aquello que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir, los mandatos a ser optimizados, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, acción que consiste en llevar a cabo la optimización.

Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados. Como tales, ellos contienen un deber ser ideal, ellos no contienen aún un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas. No obstante, referirse a los principios como mandatos de opti-

mización tiene sentido. Esta expresión se refiere, de la manera más simple, a aquello de lo que se trata cuando se alude a los principios. A través de ella se expresa todo aquello que tiene que ver con los principios y que es importante desde el punto de vista práctico. Este aspecto práctico se apoya además en una reflexión teórica. Existe una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, entre el principio como tal, y el mandato de optimización, en cuanto regla. El deber ser ideal implica al mandato de optimización y viceversa. Son las dos caras de una misma moneda. Es por esto que la pregunta formulada por Peczenik: “*whether the command to weigh, necessarily accompanying a principle, is ‘inside’ or ‘outside’ of the meaning of this principle*” (1978, p. 78), debe responderse diciendo que el mandato de optimización ya está contenido en el concepto mismo de principio. Su supresión tendría como consecuencia que el principio respectivo perdería su carácter de principio. Si a esto se añade la correcta observación de Peczenik según la cual, el interrogante de si los principios deben ser definidos o no como “mandatos de optimización” de modo alguno tiene consecuencias para la filosofía moral o para la filosofía del derecho (1978, p. 78), entonces todo conduce a mantener la caracterización de los principios como “mandatos de optimización” y, solo cuando el análisis lo exija, se deberán llevar a cabo diferenciaciones más refinadas.

## 2.2. Los mandatos de validez reiterativos

Se podría decir, no obstante, que aun con todo esto no se ha alcanzado suficiente claridad sobre la estructura de los principios. Sabemos ahora que los principios deben ser optimizados y que, en consecuencia, ellos deben ser representados como mandatos de optimización. Sin embargo, todavía no sabemos la forma en la cual debe llevarse a cabo lo que es la optimización. Sieckmann ha intentado dar una respuesta a esa pregunta con su teoría de los mandatos reiterativos de validez. Su punto de partida es la diferenciación entre tres tipos de enunciados: 1) formulaciones normativas, 2) enunciados de validez y 3) mandatos de validez (1997, p. 352). Las formulaciones normativas o enunciados normativos (Alexy, (1985) 1996, p. 42) expresan normas en sentido semántico, es decir, normas en tanto meros contenidos de significado que no dicen nada acerca de su validez. Su forma fundamental se puede representar con ayuda del operador de deber “*O*” (está ordenado que ...) y de la letra “*p*”, que representa lo que está ordenado. Así, por ejemplo, con “*O<sub>p</sub>*” se puede representar la expresión: “se ordena, producir un cierto objeto”. En lugar de “*O<sub>p</sub>*” puede usarse solo “*n*” para las formulaciones normativas o los enunciados normativos. Respecto de los enunciados de validez o enunciados sobre la validez de la norma ((1985) 1996, p. 51), “*O<sub>p</sub>*” o “*n*” tienen un contenido adicional. Ellos representan normas no solo en tanto contenidos de significado o de sentido, sino que además afirman que dichas normas tienen validez. Si se usa el predicado de validez “*G*”, estos enunciados se pueden

representar como “ $GO_p$ ” o de forma más simple como “ $On$ ”<sup>5</sup>. Por último, los mandatos de validez son mandatos que establecen que determinadas normas ( $n$ ) deben ( $O$ ) ser válidas ( $G$ ), lo cual se puede representar como “ $OG_n$ ”. Una vez que se han establecido estas distinciones, se debe plantear la pregunta acerca de cuál tipo de enunciados puede servir mejor para expresar los principios. Es evidente que la primera alternativa debe descartarse. Un principio tiene que ser más que simplemente una norma en sentido semántico, es decir, más que un mera idea o sentido normativo ( $n$ ). Esto debido a que su capacidad para ser una razón dirigida a fundamentar una decisión adoptada como resultado de una ponderación debe hacer parte del propio concepto de principio. De algún modo el principio debe tener validez (Sieckmann, 1994, p. 209). Ahora bien, se podría decir que el hecho de tener validez puede expresarse simplemente a través del enunciado normativo “ $n$ ”, que formula una norma, incluyendo en él el predicado de validez “ $G$ ”. Esto implicaría la adscripción de los principios a “ $Gn$ ”, es decir, la segunda alternativa antes expuesta. No obstante, de acuerdo con Sieckmann esto no es admisible de ninguna forma. Los enunciados de validez, es decir, los enunciados de la forma “ $Gn$ ”, deben expresar algo que Sieckmann denomina “enunciados normativos”. Quien expresa un enunciado semejante, hacer una afirmación sobre la validez definitiva de una norma (Sieckmann, 1994, p. 351). Si los principios tuviesen una validez definitiva de este tipo, no podrían ser objeto de una ponderación y no necesitarían de la ponderación para aplicarse, es decir, no serían principios.

Se podría preguntar también si en definitiva es de hecho obligatorio reservar los predicados de validez como “ $G$ ” para indicar la validez definitiva. Quedaría la posibilidad de introducir diferentes predicados de validez, por ejemplo, uno relativo a la validez definitiva y otro relativo a la validez propia de los principios. Nuestro lenguaje normativo no excluye esta posibilidad, pues él es lo suficientemente flexible como para expresar diversos tipos de validez de diversa intensidad. No obstante, el punto clave del intento de Sieckmann es el de impedir esta vía. Si se intentase continuar por ella, el problema de la fuerza argumentativa de los principios terminaría sin poder ser analizado al ser encapsulado en un predicado especial de validez. Con el fin de estudiar este problema se debe reflexionar con profundidad analítica acerca del significado de los principios como mandatos reiterativos de validez.

Si el predicado de validez “ $G$ ” se interpreta de manera exclusiva como validez definitiva, entonces se presenta un dilema entre la primera y la segunda alternativa. Este dilema constituye el punto de partida de la tesis de los mandatos reiterativos de validez. Los meros enunciados normativos de la forma “ $n$ ” u “ $O_p$ ” no son suficientes

<sup>5</sup> En adelante se usará la forma de representación simplificada. Según esta forma, “ $n$ ” se puede reemplazar “ $O_p$ ”.

para expresar la fuerza argumentativa de los principios. Estos enunciados expresan normas en tanto contenidos de sentido sin validez alguna, como cualquiera puede imaginar. Por ello, esta alternativa es demasiado débil. Del otro lado, sin embargo, los enunciados normativos de la forma " $G_n$ " o " $GO_p$ " son demasiado fuertes, lo que sin lugar a dudas tiene lugar cuando se reserva el predicado de validez " $G$ " para expresar la validez definitiva, tal como lo hace Sieckmann. Los principios son sencillamente lo opuesto a los mandatos definitivos.

La solución a este dilema se encuentra en una tercera alternativa, es decir, en la interpretación de los principios como mandatos de validez. Sin embargo, esta solución no es ajena a algunos problemas. De acuerdo con Sieckmann, los mandatos de validez presentan la forma " $OG_n$ ". El hecho de que comiencen por " $O$ " y no por " $G$ " hace que no se trate de nada distinto a una norma en sentido semántico, es decir, a un mero contenido de sentido sin validez, aun cuando este sentido se refiera a la validez. Nada aporta el hecho de anteponer una " $G$ " a la " $O$ ", debido a que el sentido demasiado débil se convertiría en una validez definitiva demasiado fuerte. Por esta razón, si Sieckmann pretende que sus elementos " $n$ ", " $G$ " y " $O$ " se coordinen entre sí, debe encontrar un camino intermedio entre el " $O$ " demasiado débil y el " $G$ " demasiado fuerte. Este camino intermedio se encuentra en el vínculo entre " $O$ " y " $G$ ". Expresado de una forma más precisa, este camino intermedio se encuentra en el infinito vínculo reiterativo entre " $O$ " y " $G$ ". En consecuencia, la verdadera fórmula lógica del principio debe ser "... $OGOG_n$ " (Sieckmann, 1994, p. 352).

No obstante, se debe preguntar ahora si con esto se ha encontrado una solución que va más allá de aquello que ya se conoce respecto del problema relativo a qué son los principios. Con esto se dice claramente, lo que los principios no son. Los principios no pueden ser normas con validez definitiva, ni normas sin ningún tipo de obligatoriedad. Sin embargo, esto no es nuevo. Sería interesante encontrar una respuesta positiva. Con todo, la tesis de los mandatos reiterativos de validez presenta un alcance muy restringido. La reiteración ilustra el problema de una forma interesante, pero no lo soluciona. El problema se ilustra de forma interesante, debido a que con fundamento en la reiteración infinita se conectan las dos cosas que los principios no pueden ser, de tal modo que tiene lugar entre ellos una oscilación ininterrumpida. Así, con " $G_n$ " se afirma que " $n$ ", a saber, un enunciado normativo de la forma " $O_p$ ", tiene una validez definitiva. Eso es demasiado fuerte. " $OG_n$ " debilita esto de manera radical. Se trata de solo una norma sin validez, es decir, del mero sentido de una norma en el mundo. Pero esto es demasiado débil. " $GOG_n$ " elimina esta falla, pero va más allá del objetivo, pues la validez definitiva, que es lo único que puede atribuirse a " $G$ ", según Sieckmann, es demasiado fuerte para un principio. Así, debe arrojarse de nuevo un " $O$ " como si fuese agua para apagar el fuego y, entonces, el juego continuará sin cesar, porque el fuego reaparecerá

y, así hasta el infinito. Parece entonces que la tesis de la reiteración en definitiva describe de una manera relativamente complicada que los principios son algo que está entre la validez definitiva y la falta total de obligatoriedad.

Es verdad que, si la reiteración pudiese aclarar propiedades de los principios que sin ella permanecerían en la oscuridad, esta teoría podría merecer una apreciación diversa. No obstante, este no es el caso. Para Sieckmann los principios son mandatos de validez. De esta forma, se le debería reconocer una cierta primacía a la reiteración infinita expresada como "...OGOG<sub>n</sub>" sobre aquella expresada como "...GOGOG<sub>n</sub>". Sin embargo, esto no es algo evidente y tampoco se deriva de la aceptación de que la reiteración es infinita, ya que esta habla a favor de una equivalencia entre la validez (*G*) y el deber ser (*O*). ¿Cómo puede fundamentar la validez un deber que existe antes de la validez, es decir, que no implica validez alguna? La respuesta de Sieckmann es simple. Con base en la reiteración infinita no existe un operador (*O*), que se sitúe justo antes del predicado de la validez (*G*), puesto que antes de cada operador de deber se sitúa siempre un predicado de validez, que a su vez tampoco está solo, porque de nuevo a él se vincula un operador de deber. Probablemente es imprescindible imaginar que todo esto ocurre en un mismo momento. No obstante, todo esto no es ninguna explicación del carácter de los principios. Este carácter no puede encapsularse ni en un predicado de validez, ni en un operador deóntico, sino que, por el contrario, permanece en suspenso entre "*G*" y "*O*". En última instancia, esta teoría no sostiene nada distinto a que la fuerza argumentativa de los principios debe buscarse en algún lugar entre la validez estricta y la falta de obligatoriedad.

Con todo, la empresa de Sieckmann dirigida a comprender el carácter de los principios con base en la tesis de la reiteración no es del todo inútil. Ella merece ser objeto de atención debido a que es un intento elaborado por desentrañar el ser de los principios con ayuda de la lógica deóntica clásica y de un predicado de validez binario. No obstante, esto no modifica el hecho de que no hay una mejor posibilidad de entender lo que son los principios que aquella que permite formularlos como mandatos a ser optimizados, que corresponden a mandatos de optimización. Esta construcción permite expresar de la forma más concreta posible el sentido del deber ser y de la validez ideal.

### 3. Los principios como reglas

La discusión de las objeciones de Günther giró en torno al problema relativo a si todas las normas son o bien reglas, o bien principios. A continuación, se discutió la cuestión de si la definición de los principios como mandatos de optimización implica que todos los principios se conviertan en reglas. Ahora se abordará la objeción que sostiene que en todo caso existen algunos principios que tienen el carácter de regla. Una variante interesante de esta objeción es aquella defendida por

Atienza y Ruíz Manero, quienes de una forma bastante aguda se refieren al ámbito principal de aplicación de la teoría de los principios: los derechos fundamentales.

Atienza y Ruíz Manero diferencian entre principios en sentido estricto (*principles in the strict sense*) y principios en sentido de fines políticos o normas programáticas (*policies or programm norms*) (1998, p. 4 y ss.). Los fines políticos o normas programáticas deben ser, en el sentido de la teoría de los principios, mandatos de optimización. Como ejemplo, estos autores se valen del artículo 51 (1) de la Constitución Española, que prescribe: “Los poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. Las cosas deben ser diferentes, por contraste, en el caso de los principios en sentido estricto. Entre ellos deben contarse los derechos fundamentales (1998, p. 25). Los principios en sentido estricto no deben cumplirse en diferente grado (1998, p. 9), sino que solo pueden seguirse o no seguirse (1998, p. 10 y ss.), en este sentido (1998, p. 43)<sup>6</sup>, ellos presentan el carácter de reglas. Como ejemplo se cita el artículo 14 de la Constitución Española. Este artículo establece: “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 circunstancia personal o social”. Atienza y Ruíz Manero le atribuyen a esta norma la siguiente forma: “*If (condition of application) a legal organ uses its normative powers (that is, issues a norm in order to regulate a generic case, or applies a norm in order to solve an individual case, etc.), and with respect to the individual or generic case in question there is an opportunity for discrimination on grounds of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social circumstance, and there is no countervailing principle of higher weight in the case at hand, then (normative solution) the organ is prohibited to discriminate on the grounds of any of the factors just mentioned*” (1998, p. 9). La parte decisiva de esta reconstrucción del artículo 14 de la Constitución Española es la cláusula “*and there is no countervailing principle of higher weight in the case at hand*”, que no se encuentra en el texto constitucional. Si nos limitamos a la discriminación en razón del sexo, entonces es posible enunciar la formulación de la siguiente forma simplificada: “si una medida estatal discrimina a alguien en razón de su sexo y esa discriminación no está justificada por un principio contrario que tenga mayor peso, entonces, esa discriminación está prohibida”. Es verdad que esta norma no puede ser satisfecha en diversos grados. No obstante, su cualidad de poder ser solo satisfecha o insatisfecha es trivial. Todo principio puede asimilarse a una norma todo o nada mediante una cláusula general de reserva como aquella que

<sup>6</sup> Conforme a la definición defendida por Atienza y Ruíz Manero, esto es suficiente para que una norma tenga el carácter de regla. Ellos, sin embargo, atribuyen otras exigencias adicionales al concepto de regla (1998, p. 10, nota 1). Esto puede dejarse de lado en este punto, pues acá se trata solo de la pregunta de si todos los principios son mandatos de optimización.

establece: “siempre y cuando otro principio contrario con mayor peso no ordene otra cosa” (Alexy, (1985) 1996, p. 192). Normas como ésta, cerradas mediante cláusulas generales de reserva, se asemejan a los mandatos de optimización. Unas y otras presentan el carácter de reglas por la misma razón. Por ello, Atienza y Ruíz Manero están en lo cierto cuando afirman que el artículo 14 de la Constitución Española, conforme a su reconstrucción, establece una consecuencia jurídica definitiva (1998, p. 10). Esto, sin embargo, se deriva solo de la cláusula de reserva no escrita que ellos han introducido. La pregunta crucial acerca de si el artículo 14 de la Constitución Española, sin esa cláusula, establece un principio, permanece, por lo tanto, abierta.

Con el fin de responder esta pregunta, debe considerarse de nuevo la prohibición de discriminación en razón del sexo. Sería posible explicar dicha prohibición de discriminación como una regla estricta y, con ello, excluir la posibilidad de todo trato diferenciado entre hombres y mujeres, por ejemplo, en aquellos casos relativos al embarazo, a la maternidad o a aquellos que puedan contribuir a alcanzar una igualdad fáctica, mediante el favorecimiento de las mujeres (cf. BVerfGE 85, 191, 200 y ss.). Una explicación semejante de la prohibición de discriminación como una regla estricta, no parece sin embargo corresponder a la concepción de Atienza y Ruíz Manero, debido a que su reformulación del artículo 14 de la Constitución Española se refiere expresamente a un principio contrapuesto que tenga “mayor peso”. En consecuencia, todo conduce a una ponderación. El objeto de la ponderación solo puede reconstruirse de forma racional con base en principios en el sentido de la tesis de la optimización. Si, en el marco del artículo 14 de la Constitución Española, se pondera, es debido a que esta disposición establece el principio de la igualdad.<sup>7</sup> En tanto principio, esto es, en tanto mandato de optimización, éste puede ser satisfecho de manera gradual. Lo mismo se aplica para las demás normas de derecho fundamental. Por consiguiente, es insostenible el argumento defendido por Atienza y Ruíz Manero conforme al cual existen algunos principios que no pueden cumplirse de forma gradual y que, por tanto, presentan el carácter de reglas.

En la base de la tesis de Atienza y Ruíz Manero según la cual los principios en sentido estricto no tienen una estructura graduable, subyace una reflexión profunda. Los principios en sentido estricto son “*rightness reasons*” (1998, p. 15). Esta clasificación está relacionada con la distinción entre lo correcto (*right*) y lo bueno (*good*). Esta dicotomía es ambigua y complicada (Ross, 1930, p. 1 y ss., 65 y ss.). Atienza y Ruíz Manero parecen apuntar a una línea divisoria entre las razones deontológicas y las razones teleológicas. Esta afirmación encuentra su fundamento, por una parte, en la prevalencia del carácter absoluto que estos autores reconocen

<sup>7</sup> Sobre la igualdad como principio véase Alexy, (1985) 1996, p. 378 y ss..

a los principios en sentido estricto, es decir, al carácter absoluto que reconocen, ante todo, a los derechos fundamentales frente a los fines políticos (Atienza y Ruíz Manero, 1998, p. 18) y, por otra parte, la circunstancia de que, según la opinión de estos autores, los principios en sentido estricto permiten a sus destinatarios dejar de considerar las consecuencias de sus acciones o no reconocerles ningún peso (1998, p. 15). Con ello, no obstante, se abre la puerta a un nuevo tema. Este tema puede sintetizarse en la pregunta acerca de si los principios, en tanto mandatos de optimización, pertenecen al ámbito teleológico y del utilitarismo y, por tanto, son incompatibles con el carácter deontológico, es decir, con el carácter del deber ser, ante todo, con el carácter de los derechos fundamentales. Esta objeción puede denominarse como la “objeción teleológica”.

#### 4. Los derechos y los fines

Uno de los principales representantes de la objeción teleológica es Habermas. Según Habermas, la definición de los principios como mandatos de optimización conduce a una pérdida de su carácter deontológico. Los principios como mandatos de optimización se convertirían en valores y, de este modo, alcanzarían un “sentido teleológico” (Habermas, 1994, p. 310 y ss.).

La objeción de Habermas contra la tesis de la optimización se ha apoyado, en primer lugar, en un concepto muy fuerte de lo que significa el carácter deontológico o, como él también sostiene, de la “validez del deber ser” de las normas. Conforme a este concepto, las normas tienen ante todo una estructura *obligatoria* estricta. Ellas obligan a sus destinatarios “sin excepciones” y “sin condiciones”. Esto corresponde al carácter estricto de las reglas. En contraste, los valores solo expresan la preferencia que se tiene respecto de ciertos bienes, que puede ser realizada o lograda mediante un “actuar teleológico” (Habermas, 1994, p. 311). En segundo lugar, la estructura obligatoria estricta de las normas está ligada a una “codificación [...] *binaria* de su pretensión de validez”, en palabras de Habermas (1994, p. 311). Con ello se afirma que las normas únicamente pueden tener o no tener validez. Al contrario de la preferibilidad de los valores, su validez no es graduable. La tercera propiedad del concepto fuerte del carácter deontológico de las normas corresponde a su carácter absoluto. Lo que debe ser tiene la pretensión de “ser bueno para todos en igual medida”. Esto expresa una obligación universal. En contraste, los valores tienen una obligatoriedad relativa. Ellos no establecen lo que es bueno para todos, sino solo “lo que, considerándolo todo, es bueno para nosotros (o para mí)”. Por último, el cuarto criterio trata acerca del contexto sistemático de las normas y de los valores. Las normas no pueden entrar en contradicción. Para evitar que esto suceda, ellas deben ser situadas en un *contexto coherente*. En contraste, los valores compiten entre sí por su prevalencia. Por ello, ellos constituyen “configuraciones flexibles y llenas de tensiones”, según Habermas (1994, p. 311). Esta idea puede

expresarse mediante la fórmula según la cual el sistema de normas se debe fundar en la coherencia y el sistema de valores en la preferencia.

La tercera propiedad de este concepto fuerte del carácter deontológico, según la cual lo debido es absoluto y universal de tal modo que pretende ser bueno para todos en igual medida, presenta problemas cuando se trata de las normas jurídicas. Como el propio Habermas enfatiza, a diferencia de las normas morales, las normas jurídicas “en general no establecen lo que es bueno para todos los hombres; ellas regulan la vida en común de los ciudadanos en una comunidad jurídica concreta” (Habermas, 1994, p. 190 y ss.). Pero entonces ellas no pueden ser normas, conforme al concepto estricto del carácter deontológico (cf. Alexy, 1995a, p. 168). Esta construcción conceptual sería escasamente aceptable. Habermas sostiene también su nueva crítica a la teoría de los principios sobre la base del concepto de lo deontológico que se concentra en la propiedad de lo obligatorio, es decir, de lo estricto e incondicionado y en el código binario (Habermas, 1996, p. 368). Con fundamento en este concepto debilitado de lo deontológico, Habermas presenta un argumento sustancial, relativo a la construcción de los conceptos.

El argumento relativo a la construcción de los conceptos señala que únicamente en un modelo de la decisión jurídica libre de ponderación y de optimización, una decisión puede considerarse correcta o falsa (Habermas, 1996, p. 369). Por el contrario, en un modelo “basado en la optimización o en la ponderación” (1996, p. 367) la decisión sería “en *sí misma* un juicio de valor, que reflejaría de forma más o menos adecuada una forma de vida articulada en el marco de un concreto orden de valores” (1996, p. 369). Así, la objeción relativa a la construcción de conceptos se limita a sostener que la ponderación o la optimización debe pagarse con la pérdida de la categoría de lo correcto. De esta forma, la ponderación podría reemplazarse por el concepto de la adecuación relativa a órdenes valorativos y formas de vida concretas. Si esta idea fuese correcta, la teoría de los principios, expuesta en la forma de la tesis de la optimización, estaría afectada en su núcleo. El derecho se vincula necesariamente con la pretensión de corrección (Alexy, 1998, p. 5 ss.). Si la ponderación y la optimización, vinculada a ella, fuesen incompatibles con la corrección, no podrían jugar ningún papel en el derecho.

La réplica a la objeción de Habermas es que la ponderación y la optimización, vinculada a ella, no solo son compatibles con la corrección, sino que incluso ellas la requieren. El argumento de Habermas se basa en la distinción entre fundamento y “resultado” (Habermas, 1996, p. 369). En las fundamentaciones solo deben intervenir normas, concebidas en el sentido deontológico expuesto anteriormente. Tan pronto como entran en juego ponderaciones de principios o de valores, se abandona el ámbito de la fundamentación, debido a que con base en una ponderación de bienes no puede fundamentarse ningún juicio, sino simplemente se obtiene un resultado. Sin duda, nosotros solo estamos autorizados a considerar correcta una

decisión judicial, cuando existen razones que la justifican. En consecuencia, no se puede debatir acerca del hecho de que, aunque una decisión producida o adoptada como “resultado” de algo puede ser explicada, ella no puede ser justificada simplemente con base en este hecho como una decisión correcta. No obstante, no es cierto que las ponderaciones no sean un procedimiento para la fundamentación o justificación.

Puede reconocerse fácilmente que la ponderación es un procedimiento para fundamentar y justificar decisiones judiciales en casos de colisión entre dos derechos fundamentales. Con este fin puede considerarse la decisión del Tribunal Constitucional Federal respecto de la pregunta acerca de si el magazín satírico *Titanic* debía ser condenado a pagar una indemnización de 12.000 marcos por haber llamado primero “asesino nato” y luego, en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. En este caso entran en colisión la libertad de expresión de la revista implicada (artículo 5 (1) (1) de la Ley Fundamental) con el derecho al buen nombre del oficial de la reserva (artículo 2 (1) en conexidad con el artículo 1 (1) de la Ley Fundamental). El “caso de ponderación” (BVerfGE 86, 1 (11)), sobre el cual se pronunció el Tribunal, consistía en la determinación del grado de intensidad de afectación de los derechos implicados y la relación entre ellos. La condena al pago de la indemnización por daños morales fue clasificada como “gravosa”, es decir, como una intervención *grave* en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino solo de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento conforme al cual la indemnización por daños morales podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento (BVerfGE 86, 1, 10). Paralelamente, el apelativo de “asesino nato” fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista *Titanic*. Esta publicación se refería habitualmente a muchas personas de una manera “ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería”, tal como ocurre con el uso de la expresión *nato*; lo mismo sucedió con el presidente federal de aquel entonces, Richard von Weizsäcker, que fue llamado también “ciudadano nato” (BVerfGE 86, 1, 11). Este contexto excluye percibir en el uso de este apelativo una “vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al buen nombre” (BVerfGE 86, 1, 12). En consecuencia, la afectación del derecho al buen nombre debe ser clasificada como una afectación de intensidad *leve* o, en todo caso, no como una afectación de intensidad *grave*. Conforme a la ley de la ponderación antes enunciada y a la teoría de los principios, la primera parte de la decisión se define según estas clasificaciones graduales. Para que la condena a pagar la indemnización por daños morales, en cuanto una intervención grave en

el derecho a la libertad de expresión esté justificada, la afectación del derecho al buen nombre que se compensa mediante la indemnización debe ser también por lo menos grave. Sin embargo, según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal, ella no lo era y, por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión se debía considerar como desproporcionada. Con ello, fue inevitable que el Tribunal llegase al resultado de acuerdo con el cual, haber llamado al oficial de la reserva “asesino nato”, en el marco de una sátira como la del caso concreto, no podía sancionarse con el pago de la indemnización por daños morales a la que se había condenado.

No obstante, se trata de un asunto diverso aquél concerniente al uso de la palabra “tullido”. El uso de esta palabra vulnera “*gravemente* el derecho al buen nombre” del oficial de la reserva, que era parapléjico, debido a que este uso se interpreta hoy en general como “una humillación” y expresa una “falta de respeto” hacia el minusválido al afectarlo en su buen nombre, razón por la cual este uso debe ser impedido (BVerfGE 86, 1, 13). A causa de la gravedad de esta afectación al derecho al buen nombre, el Tribunal Constitucional Federal declaró que la intervención en la libertad de expresión consistente en la indemnización por daños morales estaba justificada en relación al uso de la palabra “tullido” (BVerfGE 86, 1, 14).

Lo decisivo en esta decisión se encuentra en las determinaciones del grado de la afectación de los derechos que están en juego. Las ponderaciones consisten esencialmente en estas gradaciones. La ley de la ponderación lo expresa mediante la exigencia de que las razones que justifican la intervención deben pesar tanto más, cuanto más intensa sea la intervención. Si se parte de las gradaciones del Tribunal Constitucional Federal, debe concluirse que, en el caso expuesto, la libertad de expresión, debido a su restricción grave, en comparación con una afectación más leve del derecho al buen nombre, *fundamenta* el juicio conforme al cual es inadmisibles imponer una sanción a causa del uso del apelativo de “asesino nato”. Bajo estas condiciones, en el sentido de la ley de colisión antes expuesta, dicha libertad prevalece sobre al derecho al buen nombre. Por el contrario, la afectación muy grave del derecho al buen nombre *fundamenta* la imposición de la sanción cuando se trata del uso del apelativo de “tullido”. Bajo estas condiciones, este derecho prevalece sobre la libertad de expresión. Estas son fundamentaciones. Así, de manera independiente al hecho de que dichas fundamentaciones sean o no correctas en todos los puntos, la decisión eleva una pretensión de corrección (cf. Alexy, 1998, p. 2 y ss.). Con todo, dichas fundamentaciones son al mismo tiempo ponderaciones, ya que ellas consisten esencialmente en relacionar, mediante gradaciones, principios que se contraponen entre sí y esto representa la esencia de una ponderación. Por esto mismo, puede concluirse que es errado el argumento relativo a la construcción conceptual defendido por Habermas, conforme al cual la ponderación no pertenece al ámbito de la fundamentación y de lo correcto.

En este punto interviene la objeción sustancial. Esta objeción no tiene por objeto el ataque a la colisión entre derechos, sino la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Habermas teme que en el modelo de la ponderación o de la optimización, en algunos casos puedan “sacrificarse los derechos individuales frente a los fines colectivos” (1996, p. 368). De esta manera, estos derechos perderían su carácter de “triumfos dworkinianos” y su “gran fuerza de justificación”. Se desplomaría así una barrera contrafuegos (Habermas, 1994, p. 315). Esta objeción afirma de manera acertada que la interpretación de los derechos como mandatos de optimización no puede evitar el peligro de que se produzcan restricciones excesivas a los derechos individuales con base en la protección a algunos bienes colectivos. Esta objeción también afirma de manera acertada que este riesgo se evitaría si existiese “una prelación estricta de puntos de vista normativos” (1994, p. 312) y si esta prelación se entendiese como una prelación estricta de todos los derechos fundamentales frente a todos los bienes colectivos.<sup>8</sup> Sin lugar a duda, este modelo presentaría ventajas frente al modelo de la optimización. No obstante, estas ventajas estarían atadas a ciertas desventajas que resultan inaceptables. Si un orden jerárquico de prelación de todos los derechos fundamentales frente a todos los bienes colectivos tuviese validez, el derecho de propiedad no podría volver a ser restringido para proteger el medio ambiente, así como tampoco podría serlo la libertad de empresa en razón de la protección de los consumidores. La libertad científica permitiría la realización ilimitada de experimentos con animales, se prohibiría la consideración de la función preventiva general de las penas, la lucha contra el desempleo entre los jóvenes en la política económica no podría ser una razón admisible para limitar los derechos fundamentales y no podría prohibirse el funcionamiento de asociaciones, cuando su actividad no esté dirigida al entendimiento entre los pueblos (artículo 9 (2) de la Ley Fundamental) y apelen a la guerra y la dominación. Por eso también Habermas advierte de que “no todo derecho (puede...) imponerse frente a un bien colectivo en la decisión de un caso concreto, cuando se presente cierto contexto concreto de fundamentación” (1994, p. 315). Sin embargo, los derechos deben ceder ante los bienes colectivos solo cuando la precedencia de un bien colectivo “pueda fundamentarse a la luz de principios” (1994, p. 315). Por tanto, “en *definitiva* solo los derechos pueden tenerse en cuenta en el juego de la argumentación” (1994, p. 316).

El éxito de este intento por permitir y por delimitar al mismo tiempo la posibilidad de que los derechos individuales sean restringidos en favor de los bienes colectivos solo con fundamento en aquellos bienes colectivos atribuibles a derechos, presupone que, de hecho, todos los bienes colectivos que justifican las restricciones

<sup>8</sup> Una prelación estricta semejante correspondería a un “*side constraint*” en el sentido de Nozick (1974, p. 28 y ss.).

a los derechos fundamentales pueden ser atribuidos a derechos individuales. Ahora bien, debe observarse que es posible entender cosas muy diversas cuando se alude a la atribución de bienes colectivos a derechos individuales (cf. Alexy, 1995b, p. 243 y ss.). Si se exige reducir completamente los bienes colectivos a los derechos individuales, entonces se debe concluir que no todos los bienes colectivos que están en capacidad de justificar la restricción de derechos fundamentales pueden ser reducibles a derechos individuales. Si, por el contrario, solo se exige que los bienes colectivos procedan de alguna manera de los derechos individuales, entonces, el criterio de la reducción no es idóneo para limitar el conjunto de los bienes colectivos con los que se puede fundamentar la restricción de los derechos individuales.

Así, en primer lugar, el problema de la restricción de los derechos individuales en favor de los bienes colectivos no puede resolverse mediante una prevalencia absoluta de aquellos sobre estos. En segundo lugar, tampoco promete ningún éxito el camino de admitir como justificantes de la restricción solo a aquellos bienes colectivos que puedan ser reducidos a derechos individuales. Se debe excluir también una tercera posibilidad. Esta posibilidad consiste en reducir el catálogo de los derechos fundamentales. Quien retire de la lista de derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de propiedad, la libertad de empresa y el derecho general de libertad, evita con ello muchas colisiones con diversos bienes colectivos (cf. Alexy, 1997, p. 272 y ss.). Sin embargo, esta estrategia implica suprimir totalmente algunos derechos fundamentales, con el fin de evitar que sean restringidos. De esta forma, con el fin de que exista una mayor protección a los derechos fundamentales, se termina garantizando menos. Una cuarta alternativa tampoco resulta aceptable, esta alternativa consiste en considerar como configuraciones o regulaciones y no como intervenciones, a las restricciones a los derechos fundamentales que se realizan a favor de los bienes colectivos (1997, p. 288 y ss.). De esta forma, normas relativas al medio ambiente podrían restringir competencias del propietario, entendidas como expresión de una obligación social que desde el comienzo está implícita en la propiedad y que, por lo tanto, no representa ninguna intervención que deba ser justificada. Sin embargo, esto implicaría abstraer los derechos fundamentales de toda protección, para no tener que aceptar que puedan ser restringidos a favor de determinados bienes colectivos.

Si se excluyen estas cuatro posibilidades, solo resta una única vía. Esta vía consiste, primero, en admitir la posibilidad de que los derechos fundamentales sean restringidos, incluso en favor de los bienes colectivos y, segundo, en limitar esta posibilidad mediante el principio de la proporcionalidad, el cual, como ya se ha expuesto, se deduce del carácter de principios de los derechos fundamentales y lo implican. De esta forma, el riesgo que ha sido descrito por Habermas, según el cual “en algunos casos los derechos individuales son sacrificados en razón de bienes colectivos” (Habermas, 1996, p. 368), puede ser enfrentado únicamente de

tres maneras, que solo cuando se combinan despliegan plena eficacia. La primera es la propia teoría de los principios. Ella atribuye fuerza vinculante a los derechos fundamentales. Ante cualquier tipo de restricción, a medida en que ésta se hace más intensa, la resistencia de los derechos que tienen la estructura de principios crece. De esta forma, ellos constituyen un núcleo de resistencia (Alexy, (1985) 1996, p. 271). La ley de la ponderación lo expresa. En este sentido, la teoría de los principios no amenaza los derechos fundamentales, sino que los fortalece. Sin embargo, la teoría de los principios, en cuanto teoría formal, no es suficiente para este fin. A ella debe agregarse una teoría sustancial de los derechos individuales. La idea de una prevalencia *prima facie* de los derechos individuales frente a los bienes colectivos es un elemento esencial de esa teoría (cf. Alexy, (1985) 1996, p. 260 y ss.). Por último, tercero, la teoría requiere un anclaje fáctico, que contribuya al éxito de una práctica constitucional de carácter jurisdiccional, que pueda fundarse en última instancia en el consenso de los ciudadanos.