

JAN-R. SIECKMANN
(ED.)

**LA TEORÍA
PRINCIPIALISTA
DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

**Estudios sobre la teoría de los derechos
fundamentales de Robert Alexy**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN , por <i>Jan Sieckmann</i>	17
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS , por <i>Jan Sieckmann</i>	27
1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO	28
1.1. Los principios como mandatos de optimización	29
1.2. Alternativas	31
1.3. Los principios como argumentos normativos	32
2. LA VALIDEZ JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS IUS-FUNDAMENTALES	36
2.1. La validez moral de los principios	38
2.2. La validez jurídica de los principios	38
2.3. La validez jurídico-constitucional de los principios	41
2.3.1. Concepciones de la constitución	41
2.3.2. La validez de los principios en el modelo de vinculación constitucional	43
2.3.3. La validez de los principios en el modelo de primacía constitucional	45
3. CONCLUSIÓN	49
LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN RACIONAL EN EL DERECHO , por <i>Nils Jansen</i>	51
1. CONOCIMIENTO JURÍDICO	54
2. LA IDEA DE PONDERACIÓN	57

	Pág.
2.1. El concepto de principio jurídico.....	58
2.2. La conciliación de pretensiones contrapuestas	59
2.2.1. Decisión existencial	60
2.2.2. Negociaciones privadas y estándares neutrales	61
2.2.3. Eficiencia	63
2.2.4. Algunos resultados.....	64
2.3. Los fundamentos valorativos de la ponderación.....	65
3. CONCLUSIÓN.....	68
ACIERTOS, ERRORES Y FALSO AUTOCONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS , por <i>Ralf Poscher</i>	71
1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA ACERTADA CRÍTICA A LAS TEORÍAS POSITIVISTAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO	72
2. EL ERROR DE TEORÍA DEL DERECHO: LA DISTINCIÓN ESTRUCTU- RAL ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.....	77
3. LA RECAÍDA METODOLÓGICA: EL CONCEPTO DE REGLA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	82
4. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA: LA TEORÍA DE LA ARGUMENTA- CIÓN.....	85
5. EL FALSO AUTOCONCEPTO: LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS COMO DOGMÁTICA	90
DERECHOS DE DEFENSA COMO PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDA- MENTAL , por <i>Martin Borowski</i>	93
1. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y LA «TEORÍA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES».....	94
1.1. La teoría de los principios en cuanto tal	95
1.2. La teoría principalista de los derechos fundamentales	96
1.2.1. Los derechos humanos como objeto de interpretación teoréti- co-principalista	97
1.2.2. La interpretación teórico-principalista.....	97
1.2.3. Acerca de la significación teórico-principalista de estructu- ras dogmáticas de derecho fundamental necesarias y meramen- te sugeridas.....	99
1.3. La teoría principalista de los derechos de defensa.....	100
2. LA TEORÍA PRINCIPALISTA Y LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE DEFENSA.....	100
2.1. El esquema de restricción-límite y la limitación de los derechos de de- fensa.....	100

	Pág.
2.1.1. La relación entre los tres elementos del esquema de restricción-limitación	101
2.1.2. La limitación de derechos de defensa	102
2.1.3. La configuración de los derechos de defensa.....	103
2.2. La proporcionalidad en el examen de los derechos de defensa	105
2.3. Márgenes (<i>Spielräume</i>).....	106
2.4. Los derechos de protección como derechos subjetivos	108
2.5. El efecto protectorio formal de los derechos de defensa	109
2.6. La carga de demostración del titular del derecho fundamental en el caso de la libertad de creencia y de conciencia.....	110
2.7. Teorías del supuesto de hecho restringida y amplia.....	112
2.8. Ponderaciones de derechos fundamentales en el caso de asesinatos y torturas estatales.....	112
2.8.1. El examen bajo el supuesto de seguridad empírica	114
2.8.2. El examen bajo el supuesto de inseguridad empírica	115
2.8.3. La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la inconstitucionalidad del art. 14, parágrafo 3, de la Ley de Seguridad Aérea (<i>Luftsicherheitsgesetz</i>).....	115
 SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN, por Robert Alexy	 119
1. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	119
2. EL CONCEPTO DE DERECHO A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO... ..	121
3. LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y EL PROBLEMA DE LA SOBRECONSTITUCIONALIZACIÓN	121
4. ALTERNATIVIDAD	122
5. LA CUESTIÓN MÁS SENCILLA: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA	123
5.1. Idoneidad y necesidad.....	124
5.2. Proporcionalidad en sentido estricto.....	124
6. LA CUESTIÓN MÁS DIFÍCIL: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN	128
7. MÁRGENES DE ACCIÓN	133
7.1. El margen de acción para la elección de medios	134
7.2. El margen de acción para la fijación de fines.....	134
 LOS DERECHOS DE IGUALDAD COMO PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES, por Lothar Michael	 137
1. INTRODUCCIÓN Y TESIS: LA IGUALDAD, LA JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS COMO UNA UNIDAD, NO COMO CONTRARIOS	137

	Pág.
2. INVENTARIO: LA DIVERSIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD	138
2.1. El principio general de igualdad	139
2.2. Principios especiales de igualdad	140
2.3. Garantía de libertades conforme al principio de igualdad	145
3. DERECHOS DE IGUALDAD COMO REGLAS	147
3.1. La prohibición de arbitrariedad y el sometimiento a la ley	147
3.2. Las llamadas prohibiciones absolutas de diferenciación	149
3.3. Fundamentación constitucional de las evaluaciones esquemáticas y globalizadoras	151
4. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS DE LA IGUALDAD GUIADAS POR PRINCIPIOS	151
4.1. El principio general de igualdad como principio de justicia suprapositivo	151
4.2. El principio general de igualdad como norma metodológica de los sistemas comparativos.....	153
4.3. La proporcionalidad como mandato de los principios de igualdad	153
4.4. Compensación y saldo de ventajas y desventajas.....	161
4.5. Un modelo principialista de intensidad de control en la relación entre los principios de libertad y de igualdad, así como entre los principios de igualdad entre sí	163
5. CONCLUSIÓN: EL GIRO FUNCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN Y LA DOGMÁTICA	166
SOBRE LA PROHIBICIÓN POR ACCIÓN INSUFICIENTE POR OMI- SIÓN O DEFECTO Y EL MANDATO DE PROPORCIONALIDAD, por Laura Clérico.....	169
1. PLANTEO DEL PROBLEMA	169
2. EL EXAMEN DE IDONEIDAD: REGLAS Y ELEMENTOS	173
2.1. El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos.....	173
2.2. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos	175
2.2.1. La relación medio-fin: las diferencias en las características de los elementos.....	176
2.2.2. Examen de idoneidad: doble exigencia de idoneidad en la prohibición por omisión o insuficiencia.....	178
2.3. La intensidad de aplicación de la regla de la idoneidad en el mandato de prohibición por exceso y de prohibición por omisión o insuficiencia: similitudes y diferencias	181

	Pág.
3. EL EXAMEN DEL MEDIO ALTERNATIVO: REGLAS Y ELEMENTOS...	185
3.1. El examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos	185
3.2. El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto	188
3.3. La intensidad de la aplicación de la regla del medio alternativo en el mandato de prohibición por exceso y por omisión o insuficiencia: ¿similitudes y diferencias?	189
4. EL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: REGLAS Y ELEMENTOS	192
4.1. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso	192
4.1.1. La colisión y su solución sin ponderación	193
4.1.2. Entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación....	194
4.2. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia.....	199
5. LA TERCERA CONSTELACIÓN: LA PROHIBICIÓN DE ACCIÓN INSUFICIENTE COMO UNA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN ARBITRARIA...	203
6. CONCLUSIONES	205
 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿VARIABILIDAD DE SU ESTRUCTURA?, por <i>Pavel Holländer</i>	207
1. De Forsthoff a Böckenförde: identidad o diversidad de la constitución y de la ley como objeto de interpretación.....	207
2. Principio de proporcionalidad como resultado del esfuerzo judicial en la aplicación de la constitución	210
3. Principio de proporcionalidad - formación doctrinal.....	212
4. Proporcionalidad y optimización: ¿identidad o no?.....	215
4.1. ¿Puede el Tribunal Constitucional revisar el porcentaje?	215
4.2. Contexto histórico europeo	218
4.3. Problema del funcionamiento de la teoría: ¿puede una excepción llevar a la modificación de la teoría?	219
 ¿ES LA PONDERACIÓN IRRACIONAL Y CONTRARIA AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO? UNA DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS EN EL CONTEXTO DE ESPAÑA, por <i>Carlos Bernal Pulido</i>	223
1. INTRODUCCIÓN	223
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS	224
2.1. Las teorías de los derechos fundamentales en España.....	224
2.2. La recepción de la teoría de los principios en España	226

	Pág.
3. LAS OBJECIONES EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS...	228
3.1. La irracionalidad de la ponderación.....	228
3.1.1. La indeterminación conceptual.....	228
3.1.2. La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan	228
3.1.3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación...	229
3.1.4. La relación entre las objeciones en contra de la ponderación...	229
3.2. La teoría de los principios, la democracia y el Estado de derecho	229
3.2.1. La vulneración del principio democrático	230
3.2.2. La vulneración del principio del Estado de derecho.....	230
3.3. La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional..	231
4. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS.....	232
4.1. La racionalidad de la ponderación	233
4.1.1. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la pondera- ción.....	233
4.1.2. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación	234
4.2. El respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental	237
4.3. Los límites epistémicos de los principios	239
 TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, COMPETENCIAS PARA LA PONDE- RACIÓN Y SEPARACIÓN DE PODERES, por <i>Virgilio Afonso da Silva</i>...	 243
1. INTRODUCCIÓN	243
2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA: OBJECIONES FUNCIONALES CONTRA EL CONCEPTO DE MANDATO DE OPTIMIZACIÓN	244
3. LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO	245
4. PRINCIPIOS FORMALES, PARIDAD Y DISCRECIONALIDAD LEGIS- LATIVA.....	247
4.1. Paridad como razón para discrecionalidades legislativas	249
4.2. Paridad y el papel de los principios formales	250
4.3. Ponderación entre principios formales y materiales	252
4.4. Estudio de caso I: incertidumbres empíricas	253
4.5. Paridad, ley epistémica de la ponderación e intensidad de control	255
4.6. Estudio de caso II: los derechos sociales.....	257
5. CONCLUSIÓN.....	259
 LOS PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDAMENTAL EN INGLATERRA: PROPORCIONALIDAD Y COMPETENCIAS DE CONTROL JUDI- CIAL, por <i>Julian Rivers</i>	 261

	Pág.
1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL	261
2. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE R. ALEXY	264
3. EL DESARROLLO DE UN PRINCIPIO FORMAL GENERAL.....	267
3.1. Dos construcciones de la proporcionalidad	268
3.2. La intensidad del control judicial.....	269
4. SÍNTESIS	272
MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: EL PLURALISMO ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, por <i>Matthias Kumm</i>	273
1. LAS ESTRUCTURAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	273
1.1. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad	274
1.2. Los derechos fundamentales como reglas	276
1.3. Los derechos fundamentales como principios: la crítica al principio de proporcionalidad	279
2. LA PRIORIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TRES ESTRUCTURAS.....	280
2.1. Antiperfeccionismo: razones excluidas y « <i>rights as trumps</i> »	280
2.2. Anticolectivismo: presunciones fuertes y « <i>rights as shields</i> »	285
2.3. Anticonsecuencialismo: ¿consecuencias irrelevantes y prohibiciones fuertes de determinadas relaciones medio-a-fin?.....	288
2.3.1. Las restricciones deontológicas y el problema del tranvía	289
2.3.2. Significación para la estructura de los derechos fundamentales...	290
3. CONCLUSIÓN.....	295
LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN COREA, por <i>Zoonil Yi</i>	297
1. INTRODUCCIÓN.....	297
2. DERECHO CONSTITUCIONAL.....	298
2.1. Teoría	298
2.2. Jurisprudencia constitucional.....	299
3. DERECHO ADMINISTRATIVO.....	300
4. PERSPECTIVAS	301
5. CONCLUSIÓN.....	302
BIBLIOGRAFÍA.....	303

PRÓLOGO

La teoría de los derechos fundamentales es un tema tan crucial como controvertido que se ubica en la frontera entre la dogmática constitucional y la teoría del derecho. Debido a la expansión de los Estados constitucionales democráticos y al desarrollo de sistemas europeos e internacionales de protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos, la búsqueda de principios y modelos generales de protección iusfundamental ha cobrado todavía mayor importancia. Con su *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert ALEXY sentó las bases de una teoría principialista de los derechos fundamentales que ha encontrado una gran aceptación y que, pese a haber recibido también numerosas críticas, constituye, por su solidez teórica y reconocimiento internacional, el referente más adecuado para la discusión sobre una teoría general de los derechos fundamentales. La teoría de los principios de ALEXY fue objeto de unas jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Bamberg durante los días 23 y 24 de febrero de 2006. El propósito de las jornadas fue debatir si, y en qué medida, la teoría principialista ofrece el marco idóneo para elaborar una teoría y una dogmática general de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. Los trabajos reunidos en este volumen abordan esta cuestión tanto en su aspecto sistemático como desde el punto de vista del derecho comparado, y presentan propuestas para continuar el desarrollo de la teoría de los principios, aunque también críticas y objeciones en su contra. Quisiera agradecer a la Sociedad Alemana de Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) el generoso apoyo prestado para la celebración de dichas jornadas, a la editorial Marcial Pons, a los directores de la colección «Filosofía y Derecho» y a Carlos Bernal Pulido el haber hecho posible esta publicación, así como a Daniel Oliver-Lalana su ayuda en el proceso de edición.

Jan-R. SIECKMANN
Buenos Aires, agosto de 2010

INTRODUCCIÓN

Jan-R. SIECKMANN

Los derechos fundamentales constituyen un elemento central del Estado constitucional democrático. Su garantía y aplicación judicial, sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal, ha modificado la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico alemán, y ha suscitado asimismo problemas metodológicos específicos y conflictos —latentes o abiertos— entre el legislador, respaldado por una legitimación democrática directa, y la jurisdicción constitucional. Esos problemas no aparecen solo en el derecho alemán, sino que surgen en todos los Estados constitucionales donde los derechos fundamentales pueden hacerse valer judicialmente y existen derechos revestidos de la primacía de la constitución. Si bien se ha discutido mucho acerca de los problemas de metodología, de teoría del Estado y de dogmática constitucional que entraña esta «constitucionalización» del ordenamiento jurídico, en su mayor parte se trata de problemas todavía no resueltos. Y junto a las numerosas cuestiones sustantivas, también resulta controvertido el marco conceptual en el que hayan de discutirse.

Es tarea de la teoría de los derechos fundamentales, y de la doctrina del derecho público en general, elaborar una dogmática iusfundamental que permita discutir los problemas de derechos fundamentales de un modo racional y metodológicamente controlable, así como identificar los puntos de controversia genuinos —separándolos de los aparentes—, para, finalmente, señalar qué problemas sustantivos plantea una solución teóricamente fundada que pueda servir en la práctica. Una dogmática iusfundamental general no queda limitada a la reconstrucción del ordenamiento jurídico alemán y su jurisprudencia constitu-

cional, sino que persigue desarrollar los conceptos básicos y las estructuras de una teoría general de los derechos fundamentales que sea aplicable al conjunto de los Estados constitucionales democráticos. Desde luego, no es evidente que exista una teoría semejante ni que sea posible construirla. Pero el desarrollo de sistemas europeos de derechos humanos y fundamentales, así como la creciente importancia del derecho comparado en este ámbito, en particular de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hacen el desarrollo de dicha teoría general de los derechos fundamentales extraordinariamente útil y deseable.

Un marco conceptual común resulta, por lo tanto, de crucial importancia para la dogmática iusfundamental. Como base para articular ese marco se ofrece la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY, cuya tesis central es la interpretación de los derechos fundamentales como principios; esta concepción principialista constituye el núcleo de la «teoría de los derechos fundamentales» alexyana. En los últimos años, tanto el propio ALEXY como otros autores han continuado desarrollando esta teoría —la cual, por demás, también ha sido el blanco de abundantes críticas—. Los motivos para recurrir precisamente a ella son, ante todo, su sólida fundamentación teórica y su alcance sistemático. Es cierto que fue elaborada pensando en los derechos fundamentales de la Constitución alemana y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, pero, en cuanto teoría estructural de los derechos fundamentales, pretende una validez que trasciende los ordenamientos jurídico-positivos concretos. A esto se suma que la teoría de ALEXY se ha convertido en objeto de una amplia discusión y en punto de referencia incluso para los defensores de otras teorías de los derechos fundamentales; y que es accesible además al debate internacional gracias a su traducción al español y al inglés.¹ Por todo ello, esta teoría se indica como un sistema de referencia para una discusión que va mucho más allá del ordenamiento jurídico alemán.

El tema de los trabajos reunidos en este volumen es, pues, la cuestión de si —y, en su caso, en qué medida— la teoría principialista de los derechos fundamentales proporciona la base para elaborar una teoría y una dogmática iusfundamental general que trascienda las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. Los rasgos centrales de la teoría de los principios son la diferencia entre principios y reglas y el método de la ponderación de principios constitucionales en colisión, así como el análisis de los problemas de control judicial de los derechos fundamentales que se derivan tanto de la indeterminación de las ponderaciones como del conflicto entre el control judicial y las competencias de otros órganos estatales, en especial del legislador democráticamente legitimado. La hipótesis que inspira la mayoría de los trabajos aquí recogidos es que la teoría de los principios ofrece una base apropiada para una teoría general de los derechos fundamentales que sirva también fuera del contexto de la jurisprudencia

¹ ALEXY 1993; 2007a; 2002a.

constitucional alemana. Como es natural, esta hipótesis puede examinarse científicamente y queda expuesta a una posible refutación; y aunque los trabajos que se incluyen en este libro contribuyen a desarrollar la teoría de los principios, contienen asimismo elaboraciones y proyectos contrarios a ella —ya sea en conjunto o respecto a cuestiones concretas—.

La adecuación de la teoría alexyana de los derechos fundamentales para reconstruir e interpretar los derechos fundamentales se estudia aquí, de una parte, desde el punto de vista sistemático y, de otra parte, en relación con sistemas constitucionales distintos del alemán —la mayoría de artículos abordan tanto aspectos sistemáticos como de derecho comparado—. Un primer grupo de trabajos (SIECKMANN, POSCHER, JANSEN) está dedicado a cuestiones fundamentales de la teoría de los principios: se ocupan de los conceptos de principio y de ponderación, y representan diversas formas de crítica a la teoría principialista de ALEXY. Encontramos, así, una crítica en términos de teoría de las normas, planteada con el objetivo de defender el modelo de principios como concepción universalmente válida (SIECKMANN); una crítica de la pretensión de universalidad de la teoría de los principios, que se combina, no obstante, con una defensa de esta teoría en cuanto máxima del pensamiento jurídico europeo (JANSEN); y una crítica general de la teoría de los principios de ALEXY (POSCHER). Un segundo grupo apunta sobre todo al perfeccionamiento y ulterior desarrollo de la teoría de los principios en relación con los derechos de defensa como paradigma de la protección iusfundamental (BOROWSKI), con los derechos de protección (ALEXY), con los derechos de igualdad (MICHAEL) y con el principio de proporcionalidad (CLÉRICO), así como con la cuestión de la legitimidad y los límites del control judicial (AFONSO DA SILVA). En el tercer y último bloque se discute de forma prioritaria si la teoría de los principios resulta adecuada para otros sistemas constitucionales —aunque se abordan igualmente problemas sistemáticos—. Los trabajos se centran, en concreto, en el derecho constitucional de la República Checa (HOLLÄNDER), España (BERNAL PULIDO), Inglaterra (RIVERS), Estados Unidos (KUMM) y Corea del Sur (YI). Los temas principales abordados aquí son el principio de proporcionalidad y el problema de los límites de las competencias de control de la jurisdicción constitucional. El orden de los trabajos se ha dispuesto con arreglo a estos temas, por lo que no sigue estrictamente la mencionada clasificación en investigaciones sistemáticas y de derecho comparado.

Mi artículo «Derechos fundamentales como principios» analiza la cuestión de cómo se pueden diferenciar los principios de las reglas, o de otras clases de normas, y sobre qué base puede sustentarse su validez jurídico-constitucional. La definición alexyana de los principios como mandatos de optimización y como mandatos que deben optimizarse se ve enfrentada con severas objeciones y, como alternativa, se propone una concepción de los principios como argumentos normativos que constituyen razones para los juicios de ponderación. Desde el punto de vista de la dogmática iusfundamental, este trabajo no trata de

justificar la validez jurídico-constitucional de los principios iusfundamentales a partir de la interpretación de disposiciones iusfundamentales concretas, sino que aporta una justificación independiente del derecho positivo. Esta justificación reposa en una concepción del derecho como orden racional que está basado en principios moralmente justificados. Esos principios, aunque puedan ser modificados o excluidos por el derecho positivo, son también válidos dentro del derecho constitucional. Con todo, este modelo principialista de constitución exige una concepción procedimental de la constitución en cuyo centro está la delimitación de las competencias de ponderación del legislador y de los tribunales constitucionales. Y el criterio de delimitación propuesto es el carácter de los derechos fundamentales como derechos en principio inmunes, es decir, derechos que deben quedar sustraídos en principio a la intervención estatal.

Posicionándose en contra de esto, Nils JANSEN defiende la tesis de que el concepto de ponderación no constituye un estándar universal de racionalidad, si bien —como sostiene él mismo— sí resulta válido en Europa en cuanto expresión de valoraciones europeas comunes. Su punto de partida es la cuestión de si las proposiciones de la teoría de la ponderación son susceptibles de verdad, y en qué grado; o si, por el contrario, expresan valoraciones particulares potencialmente controvertidas. Y esto le conduce a la cuestión adicional de si el conocimiento jurídico y el saber jurídico son en absoluto posibles. Ambas cuestiones serían relevantes para diferenciar las proposiciones que son válidas solo respecto de un sistema jurídico concreto de aquellas que pueden pretender una validez más general. Sobre la base de consideraciones histórico-jurídicas y de derecho comparado, JANSEN plantea dos objeciones contra la tesis de que la ponderación es el único modo de conciliar racionalmente pretensiones contrapuestas: la ponderación sería, por un lado, una forma relativamente temprana de aplicación del derecho y, por el otro, existirían además alternativas racionales a ella. En consecuencia, no habría ninguna razón conceptual concluyente para definir las razones contrapuestas como principios. El principio de proporcionalidad y el mandato de ponderación serían, más bien, expresión de convicciones normativas fundamentales, en concreto de la renuncia liberal a criterios normativos e ideales políticos homogéneos para decisión entre pretensiones jurídicas contrapuestas. Un ordenamiento jurídico liberal, por tanto, contendría una presunción a favor de que las pretensiones normativas en colisión se arreglen mediante ponderación; y, en este sentido, la teoría de los principios estaría formulando un elemento general de una dogmática europea de los derechos fundamentales.

Una crítica fundamental a la teoría de los principios la encontramos en el trabajo de Ralf POSCHER, que quiere mostrar que la teoría de los principios, en su forma original, señaló con acierto las debilidades de las teorías iuspositivistas en relación con la aplicación del derecho, «pero que, en su forma hipertrofiada, que abarca la metodología y la teoría de las normas, está asentada sobre errores, y se concibe equivocadamente a sí misma como una teoría dogmática

de los derechos fundamentales». Así, un análisis del modo en que el ordenamiento jurídico responde a las colisiones de normas revelaría que las reglas y los principios son estructuralmente idénticos, y que no se diferencian en su estructura, sino en los contenidos contingentes de las distintas cláusulas de excepción posibles. El mandato de efectuar una ponderación optimizadora sería sólo uno de los contenidos posibles de tales supuestos de hecho excepcionales. POSCHER critica luego que la distinción entre reglas y principios se vincule a la distinción entre subsunción y ponderación. A su juicio, el modo y manera en que se efectúe la aplicación del derecho no depende de qué norma se aplica, sino del estado de cosas que ha de enjuiciarse según la norma. Respecto de cada norma podrá haber casos fáciles, en los cuales la aplicación del derecho exija solo un mero «seguir las reglas», y otros casos en los que sean precisas consideraciones, argumentaciones y valoraciones adicionales e incluso, en un momento dado, también ponderaciones. Como proceso de aplicación del derecho, la ponderación optimizadora sería independiente del concepto de principio. No habría ningún nexo conceptual entre la ponderación optimizadora y los principios jurídicos. De una parte, la equiparación de la ponderación de principios con la dogmática desconocería la función de la argumentación jurídica, que es fundamentar dogmáticas; y, de otra, la dogmática no podría limitarse a la ponderación de principios. Según POSCHER, la dogmática surge mediante la formación de estructuras normativas a través de la argumentación jurídica; y es en esta última donde —junto a los precedentes, las tradiciones, la historia, la génesis, las necesidades objetivas y las consideraciones sistemáticas y analíticas— la ponderación optimizadora podría tener cabida.

En cuanto al bloque de trabajos que desarrollan la teoría de los principios desde el punto de vista sistemático, Martin BOROWSKI comienza con la cuestión de qué puede decirnos la interpretación de los derechos de defensa en términos de teoría de los principios que no se sepa ya o no pueda saberse sin ella. Su respuesta general es que la teoría de los principios ha elevado la teoría general de los derechos fundamentales y, con ella, también la reconstrucción dogmática de los derechos de defensa, a un nivel analítico completamente nuevo que no se había alcanzado hasta ahora. Tan solo desde este nivel resultaría posible dar respuesta a las cuestiones fundamentales e incluso formularlas con la debida precisión. BOROWSKI precisa ante todo qué significa interpretar los derechos de defensa con arreglo a la teoría de los principios, y qué papel tiene esa interpretación como parte de una «teoría principialista de los derechos fundamentales», y agrega asimismo algunas distinciones importantes. En particular, expone que la teoría de los principios no tiene por qué interpretar necesariamente todos los derechos fundamentales como principios, pues ya es una teoría relevante si algunos derechos fundamentales tienen carácter de principios. BOROWSKI muestra la fertilidad de la teoría principialista a propósito de cuestiones seleccionadas de la dogmática iusfundamental, en concreto del examen de proporcionalidad, de la elaboración de una dogmática de los márgenes de acción —que habría de

evitar que las posibilidades decisorias del legislador quedaran demasiado restringidas por las ponderaciones judiciales—, de la imposición judicial de los derechos de defensa en cuanto derechos subjetivos, de la protección formal de los derechos de defensa, de la carga de la prueba en el caso de las libertades de creencia y conciencia y de las teorías estricta y amplia de los supuestos de hecho, así como del papel de las ponderaciones en la justificación de los homicidios o torturas que ejecutan funcionarios del Estado.

Robert ALEXY comienza constatando el desarrollo universal de la expansión de los derechos fundamentales, pero también el aumento de las críticas que ha motivado esa expansión, por ejemplo en el sentido de que nos conduce, como señalara Böckenförde, desde el Estado legislativo parlamentario hacia un Estado jurisdiccional de la justicia constitucional. Según ALEXY, esa objeción sería correcta si la expansión de los derechos fundamentales, caracterizada por la ubicuidad, la optimización y la actividad estatal, en efecto implicara que cualesquiera normas jurídicas y decisiones judiciales se encuentran ya contenidas en la constitución, de modo que el legislador parlamentario perdiese por completo todas las competencias reales. La respuesta a la cuestión de si la expansión de los derechos fundamentales reduce las competencias del parlamento en una medida inasumible decidiría también, por tanto, si la historia de la expansión de los derechos fundamentales es la historia de un error. ALEXY se centra aquí en los derechos a acciones positivas del Estado. Éstos serían un elemento clave y sistemáticamente necesario de la expansión de los derechos fundamentales. ALEXY intenta mostrar que la conexión entre los derechos de protección y la proporcionalidad no conduce a una sobredeterminación de las decisiones legislativas. Tal conexión sería compatible con un orden marco que deja espacio para la autonomía de la legislación parlamentaria. Esta tesis se justifica en tres pasos: el primero es un análisis de la estructura de los derechos de protección, el segundo es un análisis del examen de proporcionalidad, que aquí se efectúa—con arreglo a la «fórmula del peso» alexyana— para los derechos de defensa y de protección; y el tercero comprende consideraciones acerca de la teoría de los márgenes de acción. La tesis central es que los derechos de defensa y los derechos de protección se diferencian en su estructura: los derechos de defensa prohíben cualquier injerencia, mientras que los de protección solo ordenan la realización de una de las acciones posibles que satisfacen el derecho de defensa. Una diferencia adicional es que la constatación de la intensidad de la injerencia, en el caso de los derechos de defensa, es idéntica a la intensidad de su grado de realización, mientras que no ocurre así con los derechos de protección. Por último, ALEXY expone cómo los márgenes de acción para la fijación de fines, la elección de medios y la ponderación impiden que la legislación quede totalmente predeterminada por la constitución.

Lothar MICHAEL aborda la teoría de los principios desde el punto de vista de los derechos de igualdad. Frente a la dogmática habitual de los derechos fundamentales de igualdad, menos basada en principios que en reglas, y tras una de-

tallada discusión del principio de igualdad —en sus aspectos históricos y de derecho comparado, así como en relación con el derecho europeo—, propone una interpretación del principio general de igualdad como norma metodológica para la ponderación de principios. La tensión entre la generalización y la individualización sería inmanente al principio de igualdad; y la exigencia de un manejo racional de las ponderaciones quedaría incluida en la estructura del examen de proporcionalidad. MICHAEL propone un esquema modificado para un examen integral de proporcionalidad, con el que intenta presentar una estructura de la proporcionalidad que sea adecuada para los principios de igualdad; a su juicio, las clasificaciones proporcionales (tratamiento igual y diferenciaciones) son un mandato de los principios de igualdad. Y, en el marco de la limitación de la intensidad de control, discute asimismo la cuestión funcional del papel de los tribunales y elabora criterios para la gradación de la intensidad de control.

Una serie de trabajos están centrados justamente en el principio de proporcionalidad. Laura CLÉRICO analiza la prohibición de infraprotección o acción insuficiente por omisión o defecto (*Untermaßverbot*) y su relación con el principio de proporcionalidad. La autora rechaza la llamada «tesis de la convergencia», según la cual la prohibición de acción insuficiente sería tan solo el reverso de la prohibición de desproporción por exceso, y trabaja, a propósito de ejemplos tomados de la jurisprudencia argentina en materia de derechos de prestación, sobre diversos aspectos en los que el control de la acción insuficiente por omisión o defecto se aparta del control de la desproporción por exceso. La autora distingue en ese sentido tres constelaciones: la acción insuficiente, la total inactividad del Estado y la desprotección de derechos previamente garantizados. Solo las dos primeras serían supuestos de aplicación de la prohibición de acción insuficiente por omisión o defecto. La tercera constelación sería el objeto de una prohibición de regresión, que muestra básicamente una estructura de derecho de defensa. El enfoque favorable al control de la desproporción por omisión o defecto que se defiende aquí conecta la cuestión de la idoneidad, no ya a la injerencia en el derecho fundamental, sino a la realización de un derecho fundamental a acciones positivas. En el marco del control de la idoneidad no sólo se exige entonces una posible promoción del derecho fundamental, sino una medida concreta y efectiva que lo realice. La falta de esa medida justificaría, en algunos casos, una presunción de inconstitucionalidad. Así pues, en lugar de por la necesidad de la injerencia, ha de preguntarse por la disponibilidad de un medio más apropiado con respecto a la realización del derecho fundamental y de los demás fines. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto no existirían peculiaridades estructurales, aunque debería concederse especial significación al carácter progresivo de la ley de ponderación.

Como tesis principal, Pavel HOLLÄNDER sostiene que hay un ámbito de bienes colectivos donde la estructura del principio de proporcionalidad es distinta de la de los mandatos de optimización. Pareciera que esa estructura de la pro-

porcionalidad se basa únicamente en la exclusión de la desproporción extrema. Según esto, el principio de proporcionalidad no habría de concebirse siempre como un mandato de optimización, ya que podría contener tan solo la garantía de determinados límites o de posiciones mínimas. HOLLÄNDER piensa que el examen de proporcionalidad se ha convertido, merced a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los países europeos, en el método estándar para interpretar el derecho constitucional, y expone cuál ha sido la recepción del mandato de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional checa. A continuación se ocupa del desarrollo teórico del examen de proporcionalidad, primero por DWORKIN, pero sobre todo en relación con la concepción de optimización de ALEXY. Y, en especial, discute la tesis alexyana de que los problemas de ponderación son propiamente problemas de optimización, lo cual le lleva a distinguir dos estructuras del examen de proporcionalidad.

Carlos BERNAL PULIDO analiza la recepción y discusión de la teoría de los principios en España. Expone la teoría española de los derechos fundamentales así como la recepción de la teoría de los principios, que ha cobrado un impulso decisivo gracias al reconocimiento del examen de proporcionalidad en una decisión del Tribunal Constitucional español del año 1995. BERNAL PULIDO defiende la teoría de los principios frente a tres grupos de objeciones: el de la irracionalidad de la ponderación, las objeciones basadas en el principio de legalidad e imperio de la ley (*Rechtsstaat*) y en el principio democrático, y la crítica a la teoría de los principios en cuanto formalismo constitucional. Basa su defensa frente a la objeción de irracionalismo en la «fórmula del peso» elaborada por ALEXY, si bien la completa con factores adicionales. Amplía la «ley de ponderación epistémica» de ALEXY —según la cual las premisas que sustentan una injerencia en un derecho fundamental tienen que ser tanto más seguras cuanto más intensa sea dicha injerencia— a la intensidad del control judicial; y, como defensa de la teoría de los principios contra las objeciones derivadas de los principios de democracia y legalidad y para asegurar las competencias del legislador y de las jurisdicciones ordinarias frente al tribunal constitucional, propone modificar la definición de los principios: los principios serían mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas.

Virgilio AFONSO DA SILVA estudia el problema de las competencias de ponderación y de la división de poderes a la luz de la teoría de los principios. Plantea la cuestión de la legitimidad de las competencias decisorias del tribunal constitucional y sus límites en relación con la competencia decisoria del legislador. Analiza si es posible reconstruir de manera racional esta relación de tensión en el marco de la teoría de los principios, así como si la teoría de los principios, también en casos difíciles, resulta compatible con la conservación de los márgenes de acción legislativos. Para solucionar este problema no habría una auténtica alternativa disponible. Los elementos importantes para asegurar los márgenes de configuración del legislador serían la ponderación de principios

materiales y formales, así como la posibilidad de paridad de los principios que han de ponderarse. Existiría paridad cuando ambas respuestas (la del tribunal y la del legislador) no son igual de buenas, pero tampoco se puede afirmar que una sea mejor que la otra. Para ponderar los principios formales propone una «fórmula de paridad», con arreglo a la cual el peso de un principio formal en la ponderación es tanto más grande cuanto más difícil sea dirimir argumentativamente la relación de paridad que sustenta un margen de acción.

Julian RIVERS estudia la recepción de la teoría de los principios en la literatura inglesa, así como el reconocimiento y la aplicación del mandato de proporcionalidad en el derecho inglés. RIVERS defiende la necesidad de elaborar una teoría de los derechos fundamentales en Inglaterra, sobre todo en vista del *Human Rights Act* que entró en vigor en el año 2000, aunque advierte una ambigüedad en el empleo del principio de proporcionalidad. Habría que distinguir, así, entre dos construcciones de este principio: una construcción ponderativa y una construcción que limite la acción del Estado. La construcción de la ponderación vería la función judicial en la optimización de derechos e intereses. La construcción limitadora de la acción del Estado, en cambio, consideraría la función judicial como una limitación a los poderes ejecutivo y legislativo. Según RIVERS, ambas construcciones suscitan problemas. La primera no lograría representar la específica función judicial, y la segunda ocultaría la necesidad de las ponderaciones. No obstante, dado que las ponderaciones son inevitables, sería preferible la construcción basada en la ponderación. Por su parte, la construcción limitadora del Estado incluiría la tesis de que las funciones judicial, legislativa y ejecutiva son diferentes con respecto a la proporcionalidad. Para reconstruir la función judicial, RIVERS propone una segunda ley de ponderación: cuanto más grave sea la injerencia en un derecho fundamental, tanto más intenso debe ser el control judicial.

Mattias KUMM analiza las estructuras de la praxis iusfundamental estadounidense y discute la crítica normativa al principio de proporcionalidad, así como las propuestas de estructuras alternativas de control de los derechos fundamentales. Aunque el principio de proporcionalidad sea un elemento importante de la jurisprudencia iusfundamental, ésta se encontraría también fuertemente marcada por la argumentación a partir de reglas concretas. Las críticas al examen de proporcionalidad se dirigen contra su racionalidad y contra la legitimidad de los tribunales para ponderar, pero también se cuestiona la compatibilidad sustantiva del juicio de proporcionalidad con una concepción liberal de los derechos fundamentales. Esta crítica material-iusfilosófica pondría en duda que una teoría de los derechos fundamentales basada en el principio de proporcionalidad fuera compatible con los elementos básicos de las teorías liberales de la justicia. Los derechos fundamentales positivizan postulados ius-racionalistas a los cuales, dentro de la tradición del liberalismo político, se ha concedido un peso especial frente a los bienes colectivos. Y, simplemente, no se ponderarían. Como alternativas a la ponderación se discute el antiperfeccio-

nismo, el antiolectivismo y el anticonsecuencialismo. KUMM llega a la conclusión de que una adecuada teoría estructural de los derechos fundamentales no puede sustituir el elemento de la proporcionalidad, aunque ha de completarlo con dos rasgos estructurales centrales: la idea de razones excluidas (*excluded reasons*) y la de relaciones medio-a-fin prohibidas (*deontological constraints*).

Zoonil Yi aborda la recepción de la teoría de los principios en Corea del Sur. Hasta la fecha, la teoría de los principios de Robert ALEXY no estaría muy extendida y tendría aún escasa influencia. La razón de ello la encuentra Yi, ante todo, en sus bases iusfilosóficas y teóricas: la concepción alexyana exigiría manejar diferentes teorías iusfilosóficas. Por otra parte, Yi constata que el Tribunal Constitucional coreano entiende los derechos fundamentales como principios, toda vez que emplea el principio de proporcionalidad en casi todas las argumentaciones constitucionales sobre los límites a la restricción de derechos fundamentales y pondera los derechos fundamentales con otros intereses.

Los artículos recogidos aquí reflejan el estado actual de la discusión sobre la teoría de los principios. Obviamente, no zanján todas las controversias acerca de esta teoría, pero al menos brindan la base para una discusión más circunstanciada. Y en todo caso permiten concluir que los problemas que afronta la teoría de los derechos fundamentales no pueden capturarse de manera adecuada con un modelo simple de ponderación. Estos trabajos muestran asimismo que la teoría de los principios puede ser mucho más compleja que un simple modelo de ponderación y optimización, y que ofrece por ello un referente apropiado para elaborar una teoría general de los derechos fundamentales. Queda abierta la cuestión de si es posible reconstruir la totalidad de diferenciaciones necesarias dentro del marco de la teoría de los principios, o si, por el contrario, son precisas aproximaciones teóricas independientes de ella. Sea como fuere, incluso aun cuando la concepción principialista no resultara la única concepción operativa de una teoría de los derechos fundamentales, constituiría al menos un elemento irrenunciable de una teoría iusfundamental que quisiera ser utilizada en la praxis. Por último, tal como subrayan los autores que en este volumen abordan aspectos de derecho comparado, la relevancia de la teoría de los principios para los modernos Estados constitucionales queda probada también por el creciente reconocimiento del principio de proporcionalidad como criterio de control constitucional.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS*

Jan-R. SIECKMANN

La interpretación de los derechos fundamentales como principios constituye la base de la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY¹. De ella puede decirse que ofrece una reconstrucción plausible de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, sobre todo de la polémica «doctrina del orden de valores», con arreglo a la cual la Ley Fundamental no sería un orden axiológicamente neutro, sino que conforma un sistema de valores que rige para todos los ámbitos del derecho². La teoría principialista de los derechos fundamentales, sin embargo, es controvertida. En especial, se cuestiona la distinción entre principios y reglas³, y se reclama una argumentación normativa que justifique la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (LF) como principios: esa justificación no podría derivarse tan solo de la mera posibilidad de reconstruir los derechos fundamentales a la luz de la teoría de los principios⁴. Dentro de este contexto, en el presente trabajo se abordarán dos cuestiones:

- 1) ¿Qué son los principios, y en qué se diferencian de las reglas o normas válidas definitivamente?

* «Grundrechte als Prinzipien». Traducción: A. Daniel Oliver-Lalana.

¹ ALEXY, 1993; véase asimismo ALEXY, 2004a.

² BVerfGE 7, 198, 205. Para una crítica de esta doctrina véase, por ejemplo, GOERLICH 1973.

³ Así, por ejemplo, POSCHER, 2003: 77.

⁴ CREMER, 2003: 19; LINDNER, 2005: 15 y 167. Cfr. también JESTAEDT, 1999: 216 y 218, para quien la validez jurídico-positiva se encuentra «fuera del horizonte de la teoría de los principios»; HAIN, 1999: 116-117; GELLERMANN, 2000: 70.

- 2) ¿Cómo hay que justificar que se deba reconocer validez jurídico-constitucional a determinados principios iusfundamentales?

1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO

El concepto de principio no solo resulta controvertido dentro de la doctrina del derecho público⁵, sino también en la teoría del derecho⁶, e incluso entre los defensores del principialismo⁷. Aquí el problema no es elucidar cuál sea el concepto «correcto» de principio, o el concepto de principio del legislador constitucional⁸. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho. La caracterización de los principios como razones para juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido⁹. Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta. Este enfoque lo introdujo Ronald DWORKIN con la contraposición entre reglas y principios¹⁰, y sería precisado después por Robert ALEXY mediante la definición de los principios como mandatos de optimización¹¹.

Frente a una distinción estricta entre reglas y principios se objeta, sin embargo, que no existe ninguna diferencia lógica —es decir, estructural— entre las reglas y los principios, sino a lo sumo una diferencia gradual¹². No solo los principios podrían ponderarse entre sí, sino también las reglas¹³; y prácticamente no existirían reglas que puedan ser aplicadas, como afirma DWORKIN¹⁴, en forma de «todo-o-nada». Pero tampoco está claro adónde conduce esa crítica. Si fuese acertada, lo que pondría en cuestión no sería el modelo de principios, sino la asunción de que, junto a los principios, hay en el derecho algo más, a saber: reglas o normas definitivas. Se daría entonces la paradójica situación de que los teóricos del principialismo defendiesen los elementos «reglados» del derecho, o sea, la existencia de normas directamente aplicables mediante subsunción, mientras que quienes critican la tesis principialista deberían con-

⁵ Cfr. LINDNER, 2005: 53-54; HAIN, 1999: 118 ss.; JESTAEDT, 1999: 213 n. 30.

⁶ Cfr. al respecto SIECKMANN, 1990; ATIENZA y J. RUIZ MANERO, 2004; ALEXANDER y KRESS, 1995; PERRY, 1997: 787 ss.

⁷ Pueden compararse las diferentes concepciones en ALEXY, 2000a: 294 ss.; JANSSEN, 1998; y SIECKMANN, 2006b: 81 ss. BOROWSKI (1998: 77 y 89) advierte los problemas de la definición de los principios como mandatos de optimización, pero no obstante la sigue debido a su «plausibilidad intuitiva». CORNILS (2005: 48) sigue la caracterización de los principios como mandatos de optimización por razones de practicabilidad.

⁸ Este último es el planteamiento de REIMER (2001), así como el de ÁVILA (2006).

⁹ SIECKMANN, 1990: 87.

¹⁰ DWORKIN, 1984: 74 ss.

¹¹ ALEXY, 1993: 86-87.

¹² Por ejemplo, POSCHER, 2003: 77; LERCHE, 1999: XXII.

¹³ Así, por ejemplo, PECZENIK, 1989: 74 ss.

¹⁴ Así también ALEXY, 1995a: 188 ss.

cebir el derecho según un modelo puro de principios y de ponderación. Ahora bien, ocurre que las reglas, entendidas como normas que guían directamente la conducta, constituyen un elemento esencial del derecho. Los órdenes jurídicos no pueden estar compuestos solo de infinitas ponderaciones de principios, sino que tienen que fijar qué normas son definitivamente válidas y deben, por tanto, ser efectivamente aplicadas y observadas¹⁵. Y si el derecho no puede concebirse como un sistema integrado en exclusiva por reglas con el carácter de todo-o-nada, tiene que existir entonces alguna distinción entre reglas y principios, y los sistemas jurídicos se han de estructurar con arreglo a ella. De ahí que una teoría de los derechos fundamentales —al igual que una teoría del derecho en general— no pueda renunciar a la distinción entre los principios, en el sentido de juicios de ponderación, y las reglas, en el sentido de normas definitivas. Lo que falta por resolver es cómo haya de establecerse esa distinción.

1.1. Los principios como mandatos de optimización

La definición de los principios como mandatos de optimización propuesta por ALEXY es seguramente una de las concepciones más influyentes en la discusión actual sobre reglas y principios. Según la definición inicial alexyana, los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas¹⁶. La definición de los principios como mandatos de optimización, sin embargo, suscita diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación¹⁷. Al hacerse depender de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, su contenido queda debilitado o atenuado hasta tal punto que no puede producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización¹⁸. De ahí que los mandatos de optimización hayan siempre de ser satisfechos por completo. Tienen el carácter de reglas de segundo nivel. Para dar cuenta de esto, ALEXY ha modificado su definición de los principios, y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse, por otro¹⁹.

¹⁵ Esto parece tan evidente que cabría incluso hablar de un modelo principialista del derecho, y no de un modelo de reglas/principios, reservando esta última denominación para aquellos modelos que admiten reglas no justificadas mediante principios o ponderaciones de principios; cfr. SIECKMANN, 1990: 254.

¹⁶ ALEXY, 1993: 86-87.

¹⁷ AARNIO, 1997: 27; BUCHWALD, 1990: 160 ss.; SIECKMANN 1990: 65.

¹⁸ Así y todo, sería posible determinar el ámbito de aplicación definitivo de un mandato de optimización ponderándolo con las normas con las que entra en colisión. En determinados supuestos, lo que estaría ordenado entonces sería no optimizar. Pero, al justificar esta restricción, habría asimismo que tomar en cuenta el mandato de optimización que se limita, con lo que este siempre permanecería aplicable. No es por ello correcto que los principios —por ejemplo los principios formales que amparan la libertad de configuración normativa del legislador— puedan justificar una excepción al mandato iusfundamental de optimización, frente a lo que sostienen SCHERZBERG (1989: 175) o GELLMANN (2000: 71).

¹⁹ ALEXY, 2000a: 304.