

“TEORÍA DE UN FANTASMA: LA BÚSQUEDA INFRUCTUOSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS POR SU OBJETO”

*Prof. Dr. Ralf Poscher**
*Catedrático de Filosofía del Derecho
y de Derecho Público
Universidad Albert-Ludwig de Friburgo*

- A. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS
- B. LA OBJECCIÓN DE LA SUPERFLUIDAD
 - I. La tesis de la posibilidad
 - 1. Lectura reconstructiva
 - 2. Lectura constructiva
 - II. La tesis de la necesidad
 - 1. El argumento de la normatividad
 - 2. El argumento de la colisión
- C. LA OBJECCIÓN DE LA EXISTENCIA
- D. POR QUÉ LOS MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS SON INSUFICIENTES
- E. EL BUEN SENTIDO DEL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

* Ralf Poscher es catedrático en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo (Alemania) y uno de los directores del Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie.

A. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

En su Teoría de los Derechos Fundamentales, Robert Alexy retomó la distinción entre reglas y principios defendida antes con contundencia por Ronald Dworkin en su discusión con el positivismo anglosajón y la amplió a una Teoría de los Principios sobre los Derechos Fundamentales detallada. En el círculo de sus alumnos se desarrolló toda una pequeña industria de la teoría de los principios, que reformula¹ el enfoque de Alexy, lo especifica² para algunos derechos fundamentales, lo transfiere³ desde algunos derechos fundamentales a otras ramas jurídicas o incluso lo eleva al nivel de una teoría jurídica general⁴. El propio Alexy completó este desarrollo con su ampliación, adaptación y perfeccionamiento continuos de la teoría de los principios. Bajo su dirección, la teoría de los principios evolucionó hasta convertirse en un planteamiento general de la teoría jurídica, que a partir del examen del carácter y el funcionamiento de los principios espera sacar nuevas conclusiones para las más diversas áreas y cuestiones jurídicas y para la comprensión del derecho en general⁵.

El núcleo de la teoría de los principios es la distinción entre reglas y principios. Para la teoría de los principios, las normas jurídicas son o reglas o principios. Por ello, las reglas y los principios deben diferenciarse en su estructura formal. Mientras las reglas prescribían definitivamente una consecuencia jurídica, los

¹ M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden 2007.

² P. ej., J. R. Sieckmann, *Modelle des Eigentumsschutzes*, Baden-Baden 1998; M. Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübinga 2006.

³ P. ej., J. H. Park, *Rechtsfindung im Verwaltungsrecht: Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik*, Berlín 1999; J. Pietsch, *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte*, Baden-Baden 2006.

⁴ Las reflexiones de mayor alcance se encuentran en J. R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden 1990; ídem, *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden 2009.

⁵ Acerca de los diversos niveles de la teoría de los principios, R. Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*, en: J. R. Sieckmann (ed.), *Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, págs. 59-79; ídem, *Insights, Errors and Self-misconceptions of the Theory of Principles*, *Ratio Juris* 2009, págs. 425-54; ídem, *The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit?*, consultable en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1411181>, próximamente en: M. Klatt (ed.), *Institutionalising Reason. Perspectives on the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Nueva York: Oxford University Press.

principios preveían sus consecuencias jurídicas solo prima facie⁶. Esta estructura diferenciada de ambos tipos de normas se manifestaba de manera especial en su comportamiento ante una colisión. Si bien en el caso de un conflicto entre reglas se introducía una excepción a las reglas o bien se tenía que declarar nula una de ambas reglas, la validez de los principios no se veía afectada en caso de colisión, porque únicamente requerían un efecto prima facie y en caso de colisión se concretarían de forma individual en una regla definitiva solo mediante la ponderación optimizadora⁷. La distinción teórica normativa debe corresponderse con una distinción metódica. “La aplicación de reglas se realiza mediante la *subsunción* de un hecho en sus circunstancias concretas y la deducción de la consecuencia jurídica... Por el contrario, la aplicación de principios requiere... una *ponderación* de los principios en colisión”⁸. Las posiciones dogmáticas optimizadoras en la teoría de los principios se derivan entonces de una combinación de supuestos teóricos normativos y supuestos metódicos. Atendiendo al criterio metódico, una norma jurídica se puede definir como regla cuando es aplicable mediante subsunción directa, o de lo contrario se incluirá dentro de la categoría de los principios debido a la dualidad ontológica normativa de la teoría de los principios. Por otra parte, si una norma se incluye dentro de la categoría de los principios, de la definición teórica normativa se desprende que se debe aplicar con arreglo a la ponderación optimizadora. Así pues, los derechos fundamentales no son normas que se puedan aplicar mediante simple subsunción; por ello, a causa de la dualidad de la teoría de los principios, debían considerarse más bien como principios. Como resultado, sus consecuencias jurídicas se entendían solo prima facie y debían aplicarse con arreglo a la ponderación optimizadora. Ya desde una perspectiva teórica normativa, los derechos fundamentales son identificables como mandatos de optimización.

En lo sucesivo no se abordará la cuestión de la eficiencia de la teoría de los principios en sus diversos campos de aplicación⁹, sino la premisa central de la

⁶ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, págs. 88-90; Sieckmann, *Regelmodelle* (n.p. 4), págs.. 67-71.

⁷ Alexy, *Grundrechte* (n.p. 6), págs.. 77-87; Sieckmann, *Regelmodelle* (n.p. 4), pág. 68.

⁸ Sieckmann, *Regelmodelle* (n.p. 4), pág. 18; ver también Alexy, *On Balancing and Subsumption*, *Ratio Juris* 2003, pág. 433.

⁹ Para una crítica de la eficiencia en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales, consultar R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübinga 2003, págs. 82-84; véase también M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübinga 1999, págs. 222-260; W.

teoría de los principios, con la cual sola no se sostiene pero sin la cual fracasa: la adopción de principios en el sentido de la teoría de los principios.

La teoría de los principios del derecho presupone principios jurídicos. Esto parece a primera vista una condición libre de toda sospecha, puesto que los juristas han incluido durante siglos los principios jurídicos en el inventario de su universo normativo. Sin embargo, cuando la teoría de los principios habla de principios, en realidad no alude al amplio abanico de principios jurídicos tradicionales, tales como el principio general de la buena fe, la confianza legítima, el enriquecimiento injustificado, la igualdad de trato, etc. La teoría de los principios más bien consolidó el discurso tradicional de los principios jurídicos en una dualidad jurídica teórica, según la cual el universo normativo de los juristas se disocia de forma precisa en dos tipos de normas: reglas inmediatamente subsumibles¹⁰ y un determinado tipo de principios instalados en la esfera de un “deber ser ideal”, que se expresan en el deber ser real en forma de mandatos de optimización. Así pues, el concepto de principio en la teoría de los principios no debe confundirse con el concepto tradicional de principio jurídico, que no está supeditado a una dualidad normativa, ni a la idea de “un deber ser ideal”, ni al monismo de la optimización. El hecho de que rara vez se perciba la exigencia que supone adoptar los principios en el sentido de la teoría de los principios se basa probablemente en una equivocación, consistente en equiparar los principios en el sentido de la teoría de los principios con los de nuestro discurso tradicional sobre los principios jurídicos. Con todo, para la teoría de los principios no es suficiente con hacer referencia a los principios jurídicos tradicionales, sino que debe demostrar que los principios en su acepción especial del concepto constituyen una entidad normativa propia, que se diferencia de otras normas estructuralmente y no solo con respecto a su contenido más o menos abstracto o su relevancia mayor o menor. Pero incluso dentro de la teoría de los principios existe una gran polémica sobre qué deben ser los principios según esta teoría, cómo se describen y cómo se pueden reconstruir desde una perspectiva teórica. En todo caso, ya en una primera aproximación a la teoría de los principios resulta

Cremer, *Freiheitsgrundrechte*, Tubinga 2003, págs. 218-227, *J. H. Klement*, *Vom Nutzen eine Theorie, die alles erklärt*, *Juristenzeitung* 2008, pág. 756 (760); *B. Rusteberg*, *Der Grundrechtliche Gewährleistungsgehalt* Tubinga 2009, págs. 158-166.

¹⁰ Para una crítica del concepto de regla en la teoría de los principios, consultar *Poscher*, *Einsichten* (n.p. 5), págs. 70-73; ídem, *Insights* (n.p. 5), págs. 438-441.

llamativo que entre sus defensores no exista consenso respecto a cuál debe ser el objeto central de su teoría¹¹.

En un principio, Robert Alexy había identificado los principios con mandatos de optimización. En su trabajo de fundamentación de la teoría de los principios como “Teoría de los Derechos Fundamentales”, todavía se afirma en la sección central “Los principios como mandatos de optimización”: “El aspecto determinante de la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y reales existentes. En consecuencia, los principios son *mandatos de optimización*... Por el contrario, las reglas son normas que siempre pueden ser cumplidas o no”¹². En el punto de partida de la teoría de los principios, los principios eran simples mandatos de optimización. Aquí radicaba la gracia del concepto de principio de Alexy, que precisaba el concepto de principio de Dworkin mediante la reconstrucción del discurso del deber ser *prima facie* como idea de optimización¹³. En este sentido, optimización significa relativizar la consecuencia jurídica de una norma a las posibilidades jurídicas y reales¹⁴, que a su vez precisa la dimensión del peso mencionada por Dworkin. El valor analítico de la primera teoría de los principios residía en la reconstrucción precisadora de los principios de Dworkin como mandatos de optimización.

No obstante, los defensores de la teoría de los principios entendieron pronto que los mandatos de optimización reúnen todos los rasgos de una regla en el sentido de la teoría de los principios. Como cualquier otro mandato, estos se pueden cumplir de forma estricta y absoluta llevando a cabo la optimización requerida. Si una norma obliga a los propietarios de vehículos a optimizar la presión de los neumáticos en relación con el peso de la carga, el consumo de combustible y la seguridad, los propietarios de vehículos deben comprometerse estrictamente a realizar esta optimización. De ahí que Jan Sieckmann, discípulo de Alexy, que destacó el carácter de regla de los mandatos de optimización, señaló lo siguiente: “Sin embargo, con ello subsiste el problema

¹¹ Véase la crítica renovada del concepto de principio de Alexy en *Sieckmann*, Normatives System (n.p. 4), págs. 22 y ss.

¹² *Alexy*, Grundrechte (n.p. 6), págs. 75 y ss. En cursiva en el original.

¹³ *Alexy*, *ibid.*, págs. 87-90.

¹⁴ *Alexy*, *ibid.*, pág. 75.

de que los mandatos de optimización...presentan los mismos rasgos de aplicación rigurosa y cumplimiento definitivo que caracterizan a las reglas en sentido estricto”¹⁵. Lo que sucede es que el reconocimiento de que los mandatos de optimización no se diferencian estructuralmente de otras normas solo es un problema para la teoría de los principios. Si tomáramos como base una comprensión tradicional de los principios, que solo establece distinciones graduales entre principios jurídicos y otras normas jurídicas, este reconocimiento no sorprendería. Únicamente confirmaría la visión tradicional, al demostrar que la comprensión tradicional de los principios también es válida para los principios jurídicos, que se reconstruyen como mandatos de optimización.

Con todo, la teoría de los principios sumió la supresión de los mandatos de optimización como candidatos para el concepto de principio en una situación precaria: amenazaba con perder su objeto. Por ello, no es de extrañar que los defensores de la teoría de los principios hicieran grandes esfuerzos por plantear principios que pudieran corroborar su dualidad jurídica teórica. Así, a Robert Alexy, el descubrimiento de que los mandatos de optimización no son principios no le llevó a revisar la teoría de los principios, sino que (según él) la falta de carácter de principios de los mandatos de optimización “arroja solo una luz más nítida sobre ellos”¹⁶. Desde entonces, Alexy defiende que los principios representan un “deber ser ideal”¹⁷.

Frente a los correspondientes intentos de rescate, parece evidente la objeción de que sencillamente no son más que eso, que la aceptación de un “deber ser ideal” sirve únicamente al propósito de simular el objeto extraviado por la teoría de los principios con los mandatos de optimización, sin que el “deber ser ideal” suponga una aportación con el fin de aclarar fenómenos normativos como los mandatos de optimización¹⁸. Alexy reaccionó a esta crítica defendiendo su concepción de los principios como “deber ser ideal”¹⁹. Señaló que esta crítica

¹⁵ *Sieckmann*, *Regelmodelle* (n.p. 4), pág. 65.

¹⁶ *R. Alexy*, *Zur Struktur von Rechtsprinzipien*, en: *B. Schilcher/P. Koller/B.C. Funk* (ed.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena 2000, pág. 31 (38 y ss.).

¹⁷ *Alexy*, *íbid.*

¹⁸ *Poscher*, *Einsichten* (n.p. 5), págs. 10-12; *ídem*, *Insights* (n.p. 5), págs.. 436-438; *ídem*, *Principles* (n.p. 5), págs. 25-28;

¹⁹ *R. Alexy*, *Ideales Sollen*, en: *L. Clerico/J.R. Sieckmann* (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden 2009, págs. 21-22.

formula dos objeciones: “por un lado la ontológica, que no existen principios en el sentido de la teoría de los principios, que no hay un deber ser ideal además del deber ser real; por otro lado, la objeción de la superfluidad, según la cual aunque se pudiera construir un “deber ser ideal”, este en todo caso no sería necesario para explicar los fenómenos del ordenamiento jurídico a los que se aplica la teoría de los principios. “La objeción ontológica es la más radical. Si esta fuera acertada, también lo sería la objeción de la superfluidad”²⁰.

La siguiente discusión sobre la réplica de Alexy se centra no solo por motivos dramáticos en su respuesta a la objeción de la superfluidad (la superfluidad ya se desprendería de la no existencia). Existe también una razón estratégica para proceder así. Si bien los defensores de la teoría de los principios coinciden básicamente en por qué creen necesitar la adopción de principios, a saber, para explicar el funcionamiento de los mandatos de optimización y sus rasgos normativos, casi todos los teóricos principialistas defienden una tesis propia sobre lo que deben ser los principios además de mandatos de optimización²¹. La oferta se ha ampliado entretanto a casi media docena de propuestas. La evolución de la teoría de los principios alimenta la sospecha de que la crítica guarda relación con un fenómeno semejante a una Hidra. Por cada candidato al concepto de principio que la crítica descabeza, surgen varios nuevos²². Por todo ello, la tesis de la superfluidad se ajusta mejor al coro de voces diversas de los teóricos principialistas, no solo debido a los problemas generales de las evidencias negativas de la existencia, sino también a causa de la promiscuidad del concepto de principio en la teoría de los principios. Del mismo modo que un defensor de las leyes de la mecánica puede dejar abierta la cuestión de la existencia de los ángeles si ya no la necesita para explicar los fenómenos físicos, un crítico de la teoría de los principios puede dejar abierta la cuestión de la existencia de principios como “deber ser ideal”²³ o “deber pro tanto”²⁴ o “mandatos de validez infinitamente iterados”²⁵ o “normas con dos

²⁰ *Íbid.*

²¹ Para una visión general, consultar *Borowski*, *Prinzipien* (n.p. 1), págs. 68-105.

²² Un brote nuevo en *M. Reßing*, *Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen*, ARSP 95 (2009), págs. 28-48.

²³ *Alexy*, *Struktur* (n.p. 16), pág. 31 (38 ss.); *ídem*, *Ideales Sollen* (n.p. 19).

²⁴ *N. Jansen*, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, 1998, pág. 101.

²⁵ *J. R. Sieckmann*, *Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen*, en: *G. Meggle* (ed.), *Analytomen 2. Actas del segundo congreso “Perspectives in Analytical Philosophy”*, Vol. III, 1994, págs. 349-352.

niveles de validez²⁶ cuando se pueda demostrar que junto a la adopción de mandatos de optimización, que con arreglo a la ontología dualista de la teoría de los principios no son principios, no necesita otras entidades normativas para explicar los fenómenos normativos que aborda la teoría de los principios. Si se demuestra la eficacia de la tesis de la superfluidad, la tesis de la existencia carecerá de interés por mucho que se ofrezca por docenas. Por así decirlo, los teóricos principialistas podrían discutir del mismo modo sobre si los ángeles son seres corpóreos, tienen alas y llevan camisones blancos; nada se podría concluir de ello.

En primer lugar, se pretende explicar la objeción de la superfluidad y consolidarla frente a la réplica de Alexy (B.). En cuanto a la objeción de la existencia se aborda solo el “deber ser ideal”, que el propio Alexy identifica con el concepto de principio (C.). En un tercer apartado se explicará por qué los defensores de la teoría de los principios no pueden contentarse sencillamente con analizar los mandatos de optimización (D.). Para concluir, se expone una vez más que la crítica de la teoría de los principios no va contra la adopción de los principios jurídicos en el sentido tradicional y en qué medida el discurso sobre los principios jurídicos conserva su buen sentido más allá de toda carga teórica por parte de la teoría de los principios (E).

B. LA OBJECCIÓN DE LA SUPERFLUIDAD

Si los mandatos de optimización no son principios en el sentido de la teoría de los principios, entonces los principios deben encontrarse en otro lugar. Tampoco ayudaría a la teoría de los principios disociar el concepto de principio totalmente de los mandatos de optimización. La gracia de las propuestas dogmáticas de los teóricos principialistas radica precisamente en entender todas las normas posibles como mandatos de optimización debido a su caracterización como principios y resolver todos los conflictos jurídicos mediante la ponderación optimizadora. Del mismo modo que no se puede dejar de lado la distinción estructural de las normas entre reglas y principios, tampoco los principios deben relacionarse con algo que no sean los mandatos de optimización. Si los principios se relacionaran con algo que no fueran los mandatos de optimización, de la dualidad jurídica teórica ya no se podría

²⁶ *Reßing*, Prinzipien (n.p. 22), íbid.

concluir una dogmática de la ponderación en base a la idea de optimización (p. ej., para los derechos fundamentales). Por ello, no sorprende que Alexy encuentre los principios en el sentido de la teoría de los principios *dentro* de los mandatos de optimización. Es cierto que los mandatos de optimización no serían principios, pero los principios actuarían dentro de los mandatos de optimización. Para Alexy cabe distinguir “entre los *mandatos a ser optimizados* y los *mandatos de optimizar*”. Los *mandatos a ser optimizados* son los objetos de la ponderación. Se pueden definir como “deber ser ideales” o “ideales”²⁷. Ahora, los principios no debían ser mandatos de optimización como tales, sino el “deber ser ideal” que constituye el objeto de la optimización. Así pues, los mandatos de optimización serían un tipo especial de reglas que en cierto modo incorporan un principio. Aunque los mandatos de optimización tienen un carácter jurídico meramente profano en el ámbito del deber ser real, debido a su objeto especial guardan relación con el “deber ser ideal”, con los principios.

La crítica contra esta reconstrucción de los principios como objeto de los mandatos de optimización postula que malinterpreta el objeto de los mandatos de optimización. Según la reconstrucción propuesta por Alexy, el objeto del mandato de optimización es a su vez un mandato, un mandato de carácter ideal, un “deber ser ideal”. Sin embargo, el intento de reconstrucción ignora que por regla general el objeto de los mandatos de optimización no es un mandato, ni una norma, sino un hecho empírico. Los mandatos de optimización no se prestan por lo general a optimizar normas, sino que se centran en objetos fácticos. Por regla general, los mandatos de optimización no son reflexivos en el sentido de que expresan mandatos para optimizar mandatos (y mucho menos mandatos ideales). Un mandato de optimización relacionado con la libertad de expresión plantea optimizar el hecho empírico de la libertad de expresar la propia opinión; no plantea optimizar el *mandato* de la libertad de expresar la propia opinión. Los mandatos de optimización existen generalmente para mejorar hechos empíricos, y no reflexivamente para mejorar otras normas; exigen la libertad de expresión, no una mejora de los mandatos de libertad de expresión. Del mismo modo, un Estado represivo tampoco cumple el mandato de optimizar la libertad de expresión al firmar otro convenio internacional para proteger la libertad de expresión (o lo que es lo mismo el mandato, optimizado

²⁷ Alexy, *Struktur* (n.p. 16), pág. 31(38 ss.); *íbid.*, *Ideales Sollen* (n.p. 19).

por una obligación internacional), sino solamente al suprimir la censura de manera efectiva.

Frente a los defensores de la teoría de los principios, los objetos tampoco tienen por qué tener un carácter normativo para poder explicar la normatividad de los mandatos de optimización²⁸. Los objetos de los mandatos de optimización obtienen su normatividad del mandato contenido en los mandatos de optimización de aumentar un objeto en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La normatividad de los mandatos de optimización se deriva exclusivamente del *mandato de optimizar*, y para ello no necesita un *mandato a ser optimizado* como objeto de la optimización. Se puede optimizar cualquier objeto: la presión de los neumáticos, la salud, la libertad de expresión; los objetos de optimización no dependen de las normas como objetos de optimización. El contexto del mandato determina casi siempre si el objeto se debe maximizar o minimizar en relación con las posibilidades jurídicas o fácticas. Entendido como mandato de optimización, por ejemplo el derecho fundamental a la integridad física exige que los ataques a la salud se minimicen y no se maximicen en relación con las posibilidades jurídicas o fácticas. Algo diferente se entendería en la gestión del desempleo como un mandato de optimizar las cifras de ocupación.

Que los mandatos de optimización son mandatos por sí solos pero que no suelen asociarse de nuevo con otro mandato también se evidencia al realizar una comparación con casos en los que esto de manera excepcional no se cumple. Los mandatos de optimización pueden hacer referencia a cualquier objeto; por ello, también pueden tener objetos normativos. Las normas también se pueden optimizar, y con ello también los mandatos. Así, los reglamentos del derecho tributario que permiten lagunas fiscales pueden ser optimizados mediante la promulgación de leyes que cubran estos vacíos. Con todo, los mandatos de optimización en el ordenamiento jurídico constituyen más la excepción que la regla. Los derechos fundamentales que se consideran en la teoría de los principios como paradigma de los mandatos de optimización, aunque se entiendan como mandatos de optimización, no se orientan por lo

²⁸ Así, sin embargo, *Sieckmann*, *Regelmodelle* (n.p. 4), pág. 66.

general a la optimización de mandatos²⁹, sino a la optimización de hechos empíricos.

Ante esta crítica, Alexy aduce ahora: “A primera vista, esta objeción parece justificada, porque existe la posibilidad de convertir el objeto de un mandato ...directamente en objeto de una optimización. De

(2) Op

se obtendría

(4) $OOpt p$ ³⁰.

En esta cita, Op en (2) debe entenderse como una abreviatura de la proposición expresable con múltiples enunciados, *que es necesario que p* ³¹. En (4) $OOpt p$ representa la proposición *que es necesario optimizar el objeto de p* .

Por muy alentadora que sea la concesión de la plausibilidad inicial de la objeción de la superfluidad, ya en contra de esta concesión cabe señalar que en (4) utiliza una notación que induce a error. En (2), p (según las notaciones de carácter estándar) se entiende como variable de una proposición. En el ejemplo que Alexy propone aquí, p representa la proposición *que se ayude a los necesitados*. En consecuencia, Op debe entenderse en este ejemplo como

²⁹ Podría aplicarse algo distinto a los derechos fundamentales caracterizados por normas.

³⁰ Alexy, Ideales Sollen (n.p. 19), pág. 24.

³¹ La formalización corresponde al modo de escritura de la lógica deóntica estándar, que proviene de von Wright, quien introdujo la expresión OA como abreviatura de la proposición *que la acción denominada A es necesaria* (G. H. von Wright, Deontic Logic, Mind 60 (1951), pág. 4. El carácter O fue elegido como referencia al término inglés “obligatory”. Del proyecto inicial de von Wright para una lógica (de la acción), en la que el operador O se aplicaba exclusivamente a acciones, se desarrolló la lógica deóntica estándar gracias a una multitud de trabajos de diversos autores, en la que los operadores y las variables se interpretan en las proposiciones de forma similar a la lógica de predicados (véase A. N. Prior, Formal Logic, Oxford: Oxford University Press 1962 y A. R. Andersen, The Formal Analysis of Normative Systems, en: N. Rescher (ed.), The Logic of Decision and Action, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1956). Más adelante, von Wright (ver p.ej. G. H. von Wright, A New System of Deontic Logic, Logical Studies, Londres: Routledge and Keagan Paul Ltd., 1957, págs. 58-75; *íbid.*, An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action, Amsterdam: North Holland Publishing Company 1968). Así pues, conforme a las convenciones de la lógica deóntica estándar, el operador O debe interpretarse como abreviatura de la proposición *que es necesario*, y p como abreviatura de una proposición cualquiera, *que p* .

es necesario que los necesitados sean ayudados. Por el contrario, en (4) la expresión *Opt* representa a un operador, aunque *Opt* cualifica únicamente la proposición p ³². En el ejemplo, *Opt p* hace referencia a *que la ayuda a los necesitados sea optimizada*. *Opt* cualifica lo que es necesario, en el ejemplo no se necesita simplemente la ayuda a los necesitados, sino la *optimización* de la ayuda a los necesitados. La cualificación permite expresar que la proposición *Opt p* se distingue de p en que plantea como objeto la optimización del objeto de p . Esto se podría explicar de una manera más clara con un subíndice p_{Opt} . Al margen de la idiosincrasia de la notación utilizada por Alexy, cabe afirmar que *Opt* marca una cualificación de la proposición p y no un operador. La libertad de la notación no va ligada a la libertad del contenido.

Para invalidar la objeción que también en su opinión es plausible, Alexy menciona dos aspectos en su réplica. En primer lugar, Alexy pretende demostrar que la reconstrucción profana de los mandatos de optimización no es la única opción posible, sino que se puede introducir también una reconstrucción por medio de un “deber ser ideal”. En segundo lugar, Alexy quiere probar que la reconstrucción por medio de un “deber ser ideal” no solo es posible sino además necesaria para explicar determinados rasgos de los mandatos de optimización. Frente a esto, se pretende demostrar que los mandatos de optimización no se pueden reconstruir de modo acertado mediante objetos de optimización con carga normativa, ni tampoco se requieren construcciones para explicar los rasgos de los mandatos de optimización.

I. La tesis de la posibilidad

Junto a la modalidad profana de reconstruir los mandatos de optimización como

$OOpt p$,

³² *Opt* tampoco se puede entender como predicado de una variable individual p . Lo prohíbe ya el mandato de la constante de notación, porque p en (2) expresa una proposición y no una variable individual.

para Alexy “también existe la posibilidad de construir el mandato de optimización de manera que el objeto de la optimización adquiriera un carácter normativo...

El mandato de optimización adopta, pues, esta forma:

(5) $OOpt Op$ ³³.

La tesis de la posibilidad de Alexy es ambivalente. Por una parte se entiende desde una perspectiva reconstructivista. Como tesis reconstructiva, significaría que cualquier mandato de optimización ($OOpt p$) se puede reconstruir como mandato de optimizar un mandato ($OOpt Op$). Como tesis constructiva, significaría que independientemente de los mandatos de optimización, que hacen referencia directa a un objeto de optimización fáctico, se pueden construir también mandatos de optimización que en un sentido reflexivo tengan un mandato por objeto de optimización. Empero, como tesis reconstructiva, la tesis de la posibilidad de Alexy es sencillamente falsa; como tesis constructiva es trivial y para los mandatos de optimización a los que se aplica la teoría de los principios carece de interés.

1. *Lectura reconstructiva*

En los pasajes que tratan del “deber ser ideal”, Alexy alude exclusivamente a los mandatos de optimización que presentan objetos de optimización fácticos, como p.ej. la ayuda a los necesitados. En ninguno de sus ejemplos concretos de mandatos de optimización se habla de normas que planteen optimizar otras normas. Cuando Alexy menciona la posibilidad de reconstruir los mandatos de optimización, que presenta a modo de ejemplo, como mandatos para optimizar un objeto normativo, considera al parecer que es posible reconstruir un mandato de optimización válido para un hecho empírico como mandato de optimizar un objeto normativo. Este planteamiento se ve reforzado por el hecho de que para él el mandato de ayudar a los necesitados, entendido como deber ser ideal, debe corresponder al mandato de optimización

$OOpt Op$ ³⁴.

³³ Alexy, *Ideales Sollen* (n.p. 19), pág. 24.

Aunque p haga referencia al mismo contenido proposicional, la reconstrucción propuesta por Alexy no se corresponde con el mandato de optimización que pretende reconstruir:

$OOpt Op \neq OOpt p$.

Esto se demuestra cuando se utiliza una proposición cualquiera para p . El mandato de optimizar la salud ($OOpt p$) es un mandato de optimización distinto al mandato de optimizar el *mandato* de la salud ($OOpt Op$). La salud se puede optimizar con tratamientos médicos o programas de fitness: por el contrario, el *mandato* de mantener o restablecer la salud se puede optimizar quizá supeditando comportamientos nocivos para la salud a sanciones como por ejemplo primas más elevadas en los seguros de enfermedad o una asistencia médica peor. No obstante, las aplicaciones de hidroterapia no influyen en la eficacia del *mandato* de vivir de manera saludable. La optimización de un mandato es algo distinto por definición a la optimización de un hecho fáctico. Cuando esto se ignora, se cometen errores de categorización.

Lo mismo cabe decir del ejemplo propio de Alexy; él parte del mandato de ayudar a los necesitados (p). Alexy admite primero que es posible convertir el objeto del mandato “la ayuda a los necesitados (p) *directamente* en objeto de la optimización. De

(2) Op

se pasaría a

(4) $OOpt p$ ³⁵.

Sin embargo, también sería posible convertir “el mandato de ayudar a los necesitados”, es decir (2), en objeto de la optimización. El mandato de optimización adopta entonces esta forma:

³⁴ *ibid*, pág. 25.

³⁵ *ibid*.

(5) *OOpt Op*³⁶.

El mandato sencillo de optimizar la ayuda a los necesitados (*OOpt p*) tiene no obstante un contenido distinto al mandato reflexivo de optimizar el *mandato* de ayudar a los necesitados (*OOpt Op*). La ayuda a los necesitados se puede optimizar distribuyendo tiendas de campaña y alimentos. Por el contrario, el *mandato* de ayudar a los necesitados se puede optimizar en todo caso aumentando la pena por omisión del deber de prestar ayuda o ampliando su campo de aplicación más allá de los accidentes graves. El mandato sencillo difiere del mandato reflexivo.

Esto queda patente asimismo en las posibilidades jurídicas y fácticas distintas que tienen relevancia para la optimización de ambos objetos de mandatos. La ayuda a los necesitados encuentra sus límites jurídicos, entre otros, en los derechos de propiedad de terceras personas y sus límites fácticos en los recursos materiales disponibles. Por el contrario, los límites jurídicos y fácticos de la optimización del *mandato* de prestar ayuda tienen una índole bien distinta: jurídicamente se encuentran en ocasiones en la exigencia de proporcionalidad de las sanciones por incumplimiento de mandatos; fácticamente, en los recursos limitados de vigilancia por parte del Estado. Desde el punto de vista reconstructivo, la tesis de la posibilidad de Alexy es tan manifiestamente errónea que a pesar de los indicios contrarios en el texto, el principio de la interpretación bienintencionada impide que le sea atribuida una lectura reconstructiva.

Tampoco sirve de mucho una maniobra de notación con la que Alexy intenta desplazar el “deber ser ideal” al operador deóntico. Se propone defender su tesis anterior, a saber, que la calidad normativa del objeto de optimización suscita ya de por sí principios y un “deber ser ideal”. “Con ello retiro ... la tesis de que el deber ser ideal y real son una cuestión del objeto de optimización y que no conciernen a la modalidad óptica como tal”³⁷. El aspecto decisivo sería más bien “que es posible cualificar no solo el objeto de optimización; también

³⁶ *Íbid.*

³⁷ *Íbid.*, pág. 25, n.p. 18.

las modalidades del mandato son susceptibles de una cualificación. Si la cualificación consiste en una idealización, esto conduce al deber ser ideal. La idealización de la modalidad del mandato se expresa mediante 'O_i'. 'Idealización' significa aquí abstracción a partir de derechos y obligaciones contrapuestos"³⁸.

$O_i p$

debe ser entonces la expresión del "deber ser ideal" y equivaler a la relación de implicación opuesta

$OOpt Op \leftrightarrow O_i p$ ³⁹.

Mientras O_i no es ni un operador normativo que exprese un deber ser ideal, ni $O_i p$ tal y como define Alexy, corresponde a $OOpt Op$, ni un $O_i p$ que corresponde a $OOpt Op$ concierne a los mandatos de optimización de los que trata la teoría de los principios.

Un mandato que exige p al margen de las posibilidades jurídicas y fácticas, tiene la forma Op y no necesita subíndice. Un mandato de p abstraible de las obligaciones jurídicas contrapuestas no se puede equiparar con $OOpt Op$, en primer lugar porque $OOpt Op$ tiene otro objeto que $Opt Op$, y en segundo lugar porque la optimización (Opt) expresa precisamente la relativización a las posibilidades jurídicas y fácticas. Si $OOpt Op$ y O_i deben ser equivalentes, solamente se toma $Opt O$ para aplicar el subíndice i . No obstante, la expresión $Opt O$ forma parte de la proposición $Opt Op$. El objeto del mandato $OOpt Op$, no es p , sino la optimización del mandato de p ($Opt Op$). El subíndice i es solo otra forma de escribir una parte de la proposición $Opt Op$. Del mismo modo que Opt expresa una cualificación de la proposición p ⁴⁰, $Opt O$ cualifica también el objeto de la proposición p . $Opt Op$ expresa la proposición de que el mandato del objeto de la proposición p sea optimizado. $Opt O$ no es un subíndice del operador normativo O , como sugiere Alexy con la notación O_i , sino de la proposición p que, si i equivaliera a $Opt O$, debería anotarse como p_i . Queda

³⁸ *Ibid.*, pág. 25.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Ver más arriba, en n.p. 30.

sin explicar cómo se obtiene un “deber ser ideal” a partir de la propuesta de notación nueva y una vez más errónea de Alexy, que es distinto de $OOpt Op$, y que también según Alexy no tiene por objeto ningún principio o “deber ser ideal”. A esto se añade que toda la maniobra de notación alude al mandato reflexivo $OOpt Op$, que, como se ha demostrado, no hace referencia a los mandatos de optimización de los que trata la teoría de los principios y que son el único objeto que Alexy aborda.

2. *Lectura constructiva*

Si la lectura reconstructiva de la tesis de la posibilidad de Alexy es manifiestamente incorrecta, sucede lo contrario con la lectura constructiva: es tan manifiestamente correcta, pero al mismo tiempo tan trivial, que nada ayuda a responder a las cuestiones de las que se ocupa la teoría de los principios. Nada tendría que objetarse a la tesis de la posibilidad si con ella solamente se quisiera decir que independientemente de los mandatos discutidos por Alexy, como p.ej. el mandato de ayudar a los necesitados, se pueden construir además mandatos totalmente distintos, que no tengan por objeto la ayuda a los necesitados, sino cuestiones de optimización del hecho penal de la omisión de auxilio. Tal y como se ha demostrado, los objetos normativos también se pueden optimizar. Es cierto que estos mandatos reflexivos no contribuyen a explicar o aclarar los mandatos de optimización no reflexivos. Se trata sencillamente de mandatos con un objeto distinto; en nuestro ordenamiento jurídico serán una excepción. En consecuencia, en las explicaciones de Alexy a los principios tampoco se encuentran ejemplos concretos de mandatos reflexivos, y mucho menos un ejemplo de un ordenamiento jurídico concreto. Así pues, los derechos fundamentales que sirven de principal caso de aplicación a la teoría de los principios tampoco son normas que ordenan optimizar normas, sino (en la lectura de la teoría de los principios) normas que como los derechos de defensa ordenan optimizar la moderación estatal ante las restricciones de los derechos fundamentales, que pueden ser de índole tanto fáctica como normativa, pero que en última instancia se centran en situaciones fácticas.

Además, la lectura constructiva de la tesis de la posibilidad solo pone de manifiesto que el carácter optimizador de un mandato precisamente no

depende en absoluto del objeto de la optimización. Constructivamente, la tesis de la posibilidad solo señala que además de las situaciones fácticas también se pueden optimizar las normas. Con ello, ésta demostró únicamente que los mandatos de optimización justamente no deben relacionarse con objetos normativos, y mucho menos con un “deber ser ideal”. Por consiguiente, para su explicación no se requieren tampoco principios, a los que Alexy identifica con el “deber ser ideal”.

II. Tesis de la necesidad

Para comenzar, no es cierta la tesis de Alexy de que los mandatos de optimización en la forma que él propone se puedan reconstruir con ayuda de un deber ser ideal. La reconstrucción por él sugerida no reproduce los mandatos de optimización que debe reconstruir, sino que induce a mandatos de optimización que no solo son irrelevantes desde una perspectiva práctica, sino que además no pueden aclarar en modo alguno la relación que debe establecerse entre un “deber ser ideal” y los mandatos de optimización que aborda la teoría de los principios.

Aunque la concepción de Alexy de un deber ser ideal apoyado en mandatos de optimización se base en errores normativos lógicos y por ello no pueda contribuir a explicar los mandatos de optimización, la búsqueda de nuevas entidades normativas merecería la pena si la segunda tesis de Alexy fuera cierta, a saber, que no podríamos comprender por completo los mandatos de optimización sin aceptar los principios distintos a ellos, fuera cual fuera su significado. Entonces, la búsqueda frenética por parte de los teóricos principialistas de nuevas construcciones de principios más allá de los mandatos de optimización tendría en determinadas circunstancias un sentido científico. Si hubiera algo en los mandatos de optimización que no entendiéramos o no pudiéramos explicar, podría estar relacionado con el hecho de que para su comprensión haría falta examinar entidades normativas especiales que Alexy no haya abordado quizá de forma pertinente con el deber ser ideal, pero para las que el concepto de principio contrapuesto a la regla sería una especie de código.

El argumento de Alexy de por qué los mandatos de optimización no bastan por sí solos para explicar los derechos fundamentales interpretados como mandatos de optimización, reside en “que los derechos fundamentales están formados por normas y que por ello su colisión solo puede reconstruirse de forma adecuada como conflicto entre normas... Podría decirse que el problema de la normatividad también se resolvería si nos limitáramos a los mandatos de optimización”⁴¹. No obstante, Alexy piensa que esta consideración es falsa. Él opina que los mandatos de optimización, tomados de forma aislada, no podrían aclarar dos cosas: primero, la normatividad de los derechos fundamentales en el marco de la dogmática de la optimización en la teoría de los principios y, segundo, el comportamiento ante una colisión de mandatos de optimización.

1. El argumento de la normatividad

Ante todo, frente a la formulación de Alexy cabe aclarar que los derechos fundamentales no “están formados por normas” sino que son normas. Si con la formulación se pretende sugerir que los derechos fundamentales tienen un objeto normativo, porque “están formados” por normas, lo rechazamos. El derecho básico de defensa de la integridad física es un mandato de omisión y como tal una norma: no tiene ninguna norma por objeto. Su objeto es la omisión de realizar acciones por parte del Estado que perjudiquen la salud. Las vulneraciones de los derechos fundamentales no son normas, sino situaciones de hecho. Las normas se tienen en cuenta solo de manera indirecta como vulneración de derechos fundamentales si permiten vulneraciones de hecho de los derechos fundamentales. Por ende, en última instancia el objeto del mandato de omisión desde la perspectiva de los derechos fundamentales no es normativo, sino fáctico.

Esto también responde la pregunta acerca de la normatividad de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son normativos a raíz del mandato vinculado a ellos de omitir cualquier violación de los derechos fundamentales, no por referirse a otro mandato. Si los derechos fundamentales se entienden como mandatos de optimización, adoptarán esta forma, según la notación de Alexy:

⁴¹ *Íbid.*, pág. 30.

$OOpt p$.

Aquí, p representa la omisión de una vulneración de los derechos fundamentales, en el caso del derecho fundamental de la integridad física p. ej. la omisión de malos tratos físicos. La normatividad del derecho fundamental entendido como mandato de optimización no solo es suficiente con el operador O sino que además se expresa como únicamente procedente. Duplicar el operador no resultaría redundante, sino que atribuiría a los derechos fundamentales un objeto que no les corresponde. El Artículo 2, Párrafo 2 de la Constitución no exige optimizar el *mandato* de omitir vulneraciones de la integridad física, sino que se centra directamente en la omisión de vulneraciones de la integridad física por parte del Estado. Para aclarar la normatividad de los mandatos de optimización no se necesitan otras entidades normativas.

Del mismo modo, los mandatos de optimización que tienen una norma por objeto obtienen su normatividad únicamente del operador normativo que hace referencia a la optimización, y no del operador normativo del mandato a ser optimizado. Esto se demuestra cuando el operador normativo es sustituido por un descriptor. Si *Se ordena que...* se sustituye por *Es un hecho que...*, la expresión completa se torna descriptiva, aunque el objeto sea normativo. Esta afirmación, que la optimización del mandato de p es un hecho, es descriptiva en su conjunto. La normatividad del objeto de la optimización no influye en la normatividad de la expresión.

La normatividad de los mandatos de optimización no plantea ningún enigma. Al igual que con cualquier norma, resulta simplemente del operador normativo, que hace referencia a la optimización de un objeto, ya sea fáctico o normativo.

2. El argumento de la colisión

La explicación de colisiones entre mandatos de optimización tampoco pasa por la duplicación de su normatividad. Las colisiones entre normas se coordinan mediante hechos en colisión. Estos hechos en colisión se pueden integrar también en las normas que deben coordinarse, tal y como sucede en los mandatos de optimización a través de la relativización de los mandatos a las

posibilidades jurídicas y fácticas en la teoría de los principios, gracias a la ley de la ponderación. Pero el contenido del hecho en colisión es contingente y no modifica la estructura lógica jurídica de las normas. Los hechos en colisión no tienen ningún misterio. Se pueden aplicar, como cualquier otro hecho constitutivo, mediante interpretación y subsunción. No se requiere un “deber ser ideal” para entenderlos. Esto se demuestra con dos normas que Alexy presenta como ejemplos de principios⁴². La norma N1 autoriza al Estado a tomar medidas para proteger sus intereses en el exterior. La norma N2 otorga libertad de prensa a los ciudadanos.

Si una acción amenaza los intereses en el exterior del Estado, entonces se debe prohibir.

Si una acción sirve a la prensa, entonces el Estado debe abstenerse de imponer prohibiciones.

Para ambas normas hay una intersección de situaciones en la que las dos son aplicables. El ordenamiento jurídico debe incorporar para esta intersección de situaciones un hecho en colisión que se pueda elaborar cuando haya dos normas en conflicto. El contenido de este hecho en colisión es absolutamente contingente. Un hecho en colisión tradicional es quizás el principio Lex posterior (K_a). Si la norma N1 sobre la protección del Estado procede de un periodo de dictadura militar y la norma N2 se generó tras el giro democrático, el principio Lex posterior ni siquiera estaría excluido para las normas N1 y N2. Esto provocaría que N1 se complementara con un hecho excepcional en aras de la interpretación, en caso de que N1 no fuera totalmente incompatible con el nuevo ordenamiento.

Si una acción amenaza los intereses en el exterior del Estado y esta acción no sirve a la prensa, entonces se debe prohibir.

Si una acción sirve a la prensa, entonces el Estado debe abstenerse de imponer prohibiciones.

⁴² Alexy, Grundrechte (n.p. 6), pág. 147.

La introducción del hecho en colisión no altera la estructura normativa de las normas en competencia. El hecho en colisión no propicia en especial que las normas mantengan un carácter reflexivo en el sentido de que no son solo mandatos sino también se refieren a un mandato como objeto.

Continúan teniendo la estructura:

Op

y no

O *Op*.

Nada cambia tampoco cuando el hecho en colisión presenta elementos del peso. Una reducción teleológica de N1 podría dar como resultado que solo valiera para intereses en el exterior considerables. Atendiendo a este hecho en colisión K_b se desprendería:

*Si una acción amenaza **considerables** intereses en el exterior del Estado, entonces se debe prohibir.*

*Si una acción sirve a la prensa y no amenaza **considerables** intereses en el exterior del Estado, entonces el Estado debe abstenerse de imponer prohibiciones.*

Al igual que en los mandatos de optimización, en $N1_b$ y $N2_b$ se requiere una ponderación de los intereses. No obstante, a diferencia de los mandatos de optimización, la ponderación no se hace en relación con otro interés. Solo cabe determinar si el interés en el exterior amenazado es importante. La estructura de las normas tampoco se altera con esta colisión de intereses. Tampoco se produce un fenómeno que solamente se pueda hacer comprensible con ayuda de un “deber ser ideal”, o sin un fenómeno de otro modo relacionado con principios en el sentido de la teoría de los principios como “mandatos de validez interminablemente iterados”.

Del hecho en colisión K_b hay solo un pequeño trecho a un hecho en colisión como el incluido en los mandatos de optimización. Si en una regla de colisión K_b se hace hincapié en intereses en el exterior “considerables” en lugar de intereses “preponderantes”, surgen dos normas que exigen una ponderación entre la amenaza de los intereses en el exterior y el perjuicio a la libertad de prensa, tal y como impone la ley de la ponderación con la que la teoría de los principios hace operativos los mandatos de optimización⁴³.

Si una acción amenaza intereses en el exterior del Estado preponderantes, entonces se debe prohibir.

Si una acción sirve a la prensa y no amenaza intereses en el exterior del Estado preponderantes, entonces el Estado debe abstenerse de imponer prohibiciones.

El desplazamiento semántico de “considerable” a “preponderante” deja inalterada la estructura de las normas, al igual que los otros hechos en colisión.

Su objeto continúa siendo fáctico, no normativo. Aunque el interés en conflicto exige una ponderación relativa en forma de optimización, las normas no presentan rasgos a cuya aclaración se deba o se pueda contribuir con la adopción de un deber ser ideal o de entidades normativas adicionales. Ni los mandatos de optimización no poseen la estructura que Alexy les atribuye ni, a diferencia de otras normas, están dotados de intereses en colisión por sus rasgos estructurales normativos especiales que hagan necesaria la búsqueda de entidades normativas especiales. P. ej., para una teoría de los derechos fundamentales, que propone resolver todos los conflictos entre derechos fundamentales mediante la ponderación optimizadora, bastaría perfectamente una reconstrucción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización. No se requiere la adopción de principios que no sean idénticos a los mandatos de optimización.

⁴³ Alexy, *ibíd.*, págs. 145-154.

C. LA OBJECCIÓN DE LA EXISTENCIA

Entonces, ¿a qué se refieren los teóricos principalistas cuando hablan de principios? ¿Qué se pretende expresar con el discurso misterioso sobre el “deber ser ideal”? Lo que Alexy intenta reconstruir como “deber ser ideal” en la teoría de los principios, son normas incondicionales como N1 y N2, que no se relativizan de manera explícita a las condiciones marco jurídicas y fácticas mediante hechos en colisión. Según él, el mandato de ayudar a los necesitados puede entenderse también como regla en el sentido de la teoría de los principios, pero esto tendría como consecuencia que los necesitados deberían ser ayudados en todos los casos⁴⁴, independientemente de los costes y riesgos de la ayuda que soportarían quienes ayudan. Con razón, a los defensores de la teoría de los principios les parece con frecuencia poco plausible una interpretación textual así. Con todo, para dotar de sentido a las formulaciones normativas incondicionales, estas se interpretan como “deber ser ideal”, como deber ser incondicional en el ámbito de lo ideal. En la idealidad pueden ser fieles a su redacción incondicional, porque no se tienen que relativizar a las posibilidades fácticas y jurídicas de la realidad. En consecuencia, en el ámbito del deber ser real, los principios deben adoptar la forma de mandatos de optimización.

Por muy encomiable que sean los esfuerzos de la teoría de los principios por tomar en serio la redacción de las formulaciones normativas, la dialéctica entre deber ser ideal y deber ser real en la teoría de los principios no deja de ser una interpretación de una formulación normativa que da rodeos innecesarios y que además limita inadmisiblemente las posibilidades de interpretación. Las formulaciones normativas como N1 y N2 o el mandato de prestar ayuda formulado incondicionalmente son expresiones acortadas o incompletas de circunstancias más complejas, que deben ser desarrolladas mediante interpretación hasta convertirlas en normas practicables, en las que el contexto histórico de las normas, su génesis, su relación sistemática, sus tradiciones dogmáticas, etc. constituyan los parámetros determinantes⁴⁵. De la interpretación resultante de estos estándares metódicos generales de las

⁴⁴ Alexy, *Idales Sollen* (n.p. 19), pág. 23.

⁴⁵ Véase *Rusteberg, Gewährleistungsgehalt* (n.p. 9), págs. 158-166, que demuestra cómo los planteamientos clásicos de la interpretación son transferidos desde la teoría de los principios para determinar la esfera de protección de los derechos fundamentales.

respectivas formulaciones normativas se obtienen además hechos en colisión que ponen en relación las normas con otras normas del mismo sistema normativo.

Contrariamente a lo que nos quiere hacer creer la interpretación con rodeos de las formulaciones normativas incondicionales como “deber ser ideal”, que reduce todos los principios al mandato de optimización, los hechos en colisión, que se derivan de una interpretación clásica de las formulaciones normativas incondicionales, pueden adoptar las formas más distintas y no están supeditados a un determinado hecho en colisión, tal y como demuestra el pequeño ejemplo de N1 y N2.

Incluso si el hecho en colisión implica la consideración de la proporcionalidad, con ello no se determina qué interpretación del principio de proporcionalidad se debe establecer, aunque la teoría de los principios afirme poder adoptarlo para sí: “La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad, y este a aquella”⁴⁶. No obstante, el principio de proporcionalidad tampoco ha de entenderse como mandato de optimización. Más allá del criterio de obligatoriedad óptimo de Pareto, este se puede entender también como garantía de una posición mínima⁴⁷ o como prohibición contra la desproporcionalidad grave⁴⁸. Toda una serie de autores interpreta los principios constitucionales en general no como mandatos de optimización, sino como garantías mínimas o garantías marco⁴⁹. El resultado de la interpretación de las formulaciones normativas elípticas no es una cuestión a cuya aclaración pueda contribuir la distinción entre reglas y principios postulada por la teoría de los principios. Resulta contingente qué hecho en conflicto coordinan N1 y N2. Incluso es contingente si una norma formulada incondicionalmente se limita de algún modo con un hecho en colisión. Para el Artículo 1 Párrafo 1 de la Constitución, la respuesta negativa fue indiscutible durante largo tiempo⁵⁰.

⁴⁶ Alexy, *Struktur* (n.p. 16), pág.

⁴⁷ B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín 1976, págs.. 76-78, 192-195.

⁴⁸ B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 26ª Ed., Heidelberg 2010, Rn. 304; Poscher, *Abwehrrechte* (n.p. 9), pág. 224.

⁴⁹ K. E. Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1999, pág. 157; F. Reimer, *Verfassungsprinzipien*, Berlín 2001, págs.. 329-333, 338-348, con pruebas adicionales.

⁵⁰ S. R. Poscher, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, *Juristenzeitung* 2004, págs. 756-762, con pruebas adicionales.

El “deber ser ideal” de Alexy no tiene por objeto normas, sino formulaciones de normas acortadas o incompletas, que no deben ser estilizadas hasta un “deber ser ideal”, sino únicamente interpretadas. Igual que la frase descriptiva “Arte y ciencia...son libres” representa una formulación acortada de un derecho básico, que ha de ser interpretada primero como norma, luego como derecho de defensa contra intervenciones del Estado y por último como restringible sobre la base de derecho constitucional en colisión. Pero del mismo modo que para interpretar el Artículo 5, Párrafo 3, Frase 1 de la Constitución formulado descriptivamente no se necesita adoptar un tipo especial de “deber ser fáctico”, no se precisa un “deber ser ideal” para interpretar normas formuladas incondicionalmente. En ambos casos solo se requiere la interpretación de la formulación normativa concreta en su contexto. En resumidas cuentas, la teoría de los principios hipostasias formulaciones normativas acortadas en una entidad normativa.

D. POR QUÉ LOS MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS SON INSUFICIENTES

El único objeto con el que los principios se pueden identificar de forma razonable en el sentido de la teoría de los principios y con el que Alexy los identificó originariamente son los mandatos de optimización. En todos los casos prácticos de aplicación de la teoría de los principios se habla de la interpretación de las normas jurídicas como mandatos de optimización y de la ley de ponderación utilizada para la optimización. Entonces, ¿por qué la teoría de los principios no puede contentarse con ser una teoría de los mandatos de optimización? ¿Por qué no puede identificar principios con mandatos de optimización como antes y liberarse así de más esforzados intentos por reconstruir los principios, cuyo valor parece cada vez más cuestionable también a los ojos de los teóricos principialistas?⁵¹ ¿Por qué motivo la teoría de los principios no puede ser sencillamente una teoría de los mandatos de optimización?

⁵¹ *Borowski* resume en *Prinzipien* (n.p. 1), pág. 105, su descripción de las distintas propuestas sobre el concepto de principio: “En cualquier otra reconsideración bienvenida de la teoría de los principios desde el punto de vista teórico del derecho, no se debe olvidar que, con la complejidad creciente, una ventaja decisiva de la teoría de los principios, esto es, su plausibilidad intuitiva, queda relegada a un segundo plano.

La respuesta se encuentra en la función estratégica que la dualidad entre reglas y principios postulada por la teoría de los principios desempeña en el proyecto de la teoría de los principios⁵². Si todas las normas pueden clasificarse desde el punto de vista de la teoría jurídica en reglas directamente aplicables por un lado y en principios por otro lado, si los principios deben entenderse como mandatos de optimización y aplicarse en el marco de la ponderación, entonces la cualificación de una norma como principio conlleva siempre una determinada dogmática de la aplicación, que no es sino la de la ponderación. Por otra parte, si el concepto de regla se define de tal manera que solo sea pertinente cuando no se plantean problemas de aplicación y cuando se requiere únicamente una mera subsunción, entonces todas las cuestiones serias de aplicación del derecho se podrían reducir a cuestiones de ponderación. Las normas no aplicables mediante una sencilla subsunción son principios o contienen un elemento de un principio; así pues, se deben aplicar en el marco de la ponderación. La dualidad normativa postulada pretende permitir una decisión sobre las cuestiones de interpretación *desde la teoría jurídica* en favor de una dogmática de la ponderación. El Artículo 1 Párrafo 1 de la Constitución no es una regla directamente subsumible, por lo que en la estrategia de la teoría de los principios debe tratarse de un principio. Con todo, los principios implican mandatos de optimización. En consecuencia, el Artículo 1 Párrafo 1 de la Constitución también está supeditado básicamente a la ley de la ponderación y con ello queda abierto a la ponderación⁵³. Las posiciones que parten de la solidez de la ponderación para la garantía de la dignidad humana pueden rebatirse por consiguiente desde la teoría (de los principios).

Por el contrario, si los principios son exclusivamente mandatos de optimización, entonces estos son únicamente reglas incluso desde la perspectiva de la teoría de los principios. Sin embargo, si los principios son reglas, la dualidad normativa a la que alude la teoría de los principios se desmorona. En tal caso, existen solo normas que dependiendo de su interpretación pueden tener un contenido u otro. Este contenido ya no se puede determinar teóricamente con un carácter de principio. Por ello, tampoco se puede determinar ya

⁵² Véase también *K. Möller*, Balancing and the Structure of Constitutional Rights, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), pág. 453(457 y ss.).

⁵³ Para una interpretación de la garantía de la dignidad humana desde la teoría de los principios, *N. Teifke*, *Flexibilität der Menschenwürde?*, *ARSP Beiheft* N° 103 (2005), págs. 142 y ss.

teóricamente si la garantía de la dignidad humana se presta a la ponderación o si debe entenderse como una prohibición absoluta. Esto no significa que no sea posible argumentar en favor de una dogmática de la optimización de los derechos fundamentales, solo que en este caso la argumentación debería hacer uso de los métodos jurídicos convencionales. La dogmática de los derechos fundamentales ya no puede comprometerse con una ponderación optimizadora en base a su carácter de principio, sino que dogmáticamente debería argumentarse que una interpretación de los derechos fundamentales como mandatos de optimización es preferible a otras propuestas pese a las consideraciones dogmáticas planteadas en contra.

Aquí no se trata de qué interpretación de los derechos fundamentales es preferible. Se trata simplemente de demostrar qué función estratégica tiene la dualidad normativa de la teoría de los principios. Si la teoría de los principios se contentara con ser una teoría de los mandatos de optimización, debería renunciar a la dualidad normativa que postula y con ello a su estrategia de argumentación de enfoque teórico pero orientada en última instancia a una dogmática concreta. Sería por lo tanto una teoría dogmática entre muchas, en contra de la cual van casi todos los criterios en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales, criterios que fueron desarrollados (entre otros por el propio Alexy en sus primeros trabajos)⁵⁴ para la calidad de las teorías dogmáticas⁵⁵. Atendiendo a la estrategia de argumentación, para la teoría de los principios todo depende del postulado de la distinción teórica normativa entre mandatos de optimización y principios. Esto puede explicar por qué los teóricos principialistas, de un modo poco comprensible para los profanos, se exceden en sus propuestas por afianzar la ilusión de una diferencia entre principios y mandatos de optimización, a pesar de todas las críticas a los correspondientes enfoques, sobre todo desde un punto de vista teórico interno.

⁵⁴ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed., Frankfurt 1996, pág. 326.

⁵⁵ Se expone detalladamente en *Poscher*, *Abwehrrechte* (n.p. 9), pág. 81 y ss. y 10-13.

E. EL BUEN SENTIDO DEL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

No existen principios en el sentido de la teoría de los principios que se distingan de los mandatos de optimización y que de algún modo pudieran ser relevantes para explicar los mandatos de optimización. Atendiendo a sus propios criterios, la teoría de los principios es una teoría sin objeto, la teoría de un fantasma. Esto no quiere decir que el discurso sobre los principios jurídicos en el sentido tradicional no tenga ningún objeto, o que no existan principios en el sentido tradicional. Al contrario, existen muchos más principios de lo que la teoría de los principios quiere admitir con su concepto de principio limitado a los mandatos de optimización⁵⁶. Es verdad que algunos principios jurídicos, p.ej. el principio de confianza legítima, se pueden reconstruir en determinadas circunstancias como mandato de optimización, pero esto no se aplica ni mucho menos a todos los principios jurídicos. El principio de “buena fe” no exige optimización sino simplemente atención: si algo vulnera el principio de buena fe, ya no hará falta una ponderación⁵⁷. El principio de igualdad con su perspectiva fenomenológica comparativa tampoco se puede dejar encorsetar por un mandato de optimización, sin que se pierda este elemento específico⁵⁸. No es menos importante el hecho de que la diversidad de los principios jurídicos se demuestra también en el principio de proporcionalidad, respecto al cual, además de la interpretación propuesta por la teoría de los principios en cuanto al mandato de optimización, quedan en el aire al menos la consideración como prohibición contra una desproporcionalidad grave y la garantía mínima, no excluyéndose las distintas interpretaciones sino pudiéndose valorar de manera distinta en diferentes contextos.

⁵⁶ Lo mismo cabe decir de la riqueza de significados y facetas que posee el concepto “Principio” en la tradición filosófica; uno de sus puntos de partida conceptuales se encuentra en el griego “Arché”; para una historia de los conceptos convincente, *Reimer*, *Verfassungsprinzipien* (n.p. 49), págs. 146-171, que por motivos relacionados con la historia del concepto rechaza una restricción del concepto de principio a la “ponderabilidad”; *ibid.*, pág. 179.

⁵⁷ Esta objeción es explicada con otros ejemplos por *O. Weinberger*, *Revision des traditionellen Rechtsatzkonzepts*, en: *B. Schilcher, P. Koller/B. C. Funk* (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich 2000, pág. 53 (64).

⁵⁸ Véase *A. Somek*, *Eine egalitäre Alternative zur Güterabwägung*, en: *B. Schilcher, P. Koller/B. C. Funk* (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, págs. 193-220.

El mundo de los principios es mucho más rico y abigarrado de lo que postula la teoría de los principios con su restricción del concepto de principio a los mandatos de optimización. A diferencia de cuanto nos quiere hacer creer esta teoría, la distinción entre principios y otras normas no es estructural sino gradual⁵⁹. Es posible definir como principios jurídicos las normas que, además de plantear una necesidad de concreción especial, tienen un significado especial que en la mayoría de los casos va más allá del ámbito jurídico correspondiente o que, tal y como Josef Esser demostró para el principio del enriquecimiento, pueden conducir a la diferenciación de toda una dogmática⁶⁰. Nada habla en contra de realzar las normas que presentan estos rasgos de un modo especialmente marcado con el concepto de principio jurídico. No obstante, esto no significa que todas las otras normas se puedan aplicar siempre mediante una mera subsunción y que solo los principios jurídicos requieran una concreción. Para casi todas las normas se pueden pensar casos de aplicación en los que requieran una concreción, y muchas normas hacen uso de conceptos abstractos que en numerosos casos no son aplicables mediante mera subsunción. En consecuencia, la distinción entre principios jurídicos y otras normas jurídicas es gradual en las dimensiones de la necesidad de concreción y del significado de una norma para el ordenamiento jurídico.

⁵⁹ Más allá de defensores sobradamente conocidos de la teoría de los principios, existe una unanimidad casi absoluta a este respecto, p.ej. en *P. Lerche*, *Übermass und Verfassungsrecht*, 2ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Múnich 1999, pág. XXII: “Unterscheidung dieser beider Kategorien m.E. nur quantitativer Natur”; *B. Schilcher*, *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, en: *B. Schilcher/P. Koller/B. C. Funk* (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, 2000, pág. 153 (164, 169); *Reimer*, *Verfassungsprinzipien* (n.p. 49), págs. 179-182; en la literatura anglosajona, ya en *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law* (1961), 2ª ed., Oxford: Clarendon Press 1994, pág. 259 y ss.; *A. Marmor*, *The Separation Thesis and the Limits of Interpretation*, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2 (1999), pág. 135 (145 y ss.); *M. S. Moore*, *Legal Principle Revisited*, en: *M. S. Moore*, *Educating Oneself in Public*, Nueva York: Oxford University Press 2000, pág. 221 (225); *M. Bódig*, *Rules, Principles and the Problem of the Limits of Legal Reasoning*, 2008, consultable en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1318638>, pág. 4; para una posible reconstrucción lógica jurídica de la diferencia gradual, *B. Verheij/J. Hage/H. J. van den Herik*, *An integrated view on rules and principles*, *Artificial Intelligence and Law* 6 (1998), págs. 3-26, hay una versión deconstructiva de la distinción en *P. Schlag*, *Rules and Standards*, *UCLA Law Review* 33 (1985), pág. 379 (405-430).

⁶⁰ *J. Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Form des Privatrechts*, 4ª ed., 1990, pág. 154.

El reciente intento de Alexy por sustentar la dualidad normativa de la teoría de los principios con modificaciones y explicaciones de su propio concepto de principio no convence. Las reflexiones aquí planteadas evidencian una vez más lo equivocado que resulta insistir en principios no idénticos a los mandatos de optimización como una entidad normativa propia en la esfera de un “deber ser ideal”. La argumentación se enreda en errores decididamente notables o en el mejor de los casos trivialidades que en absoluto contribuyen a explicar los fenómenos normativos que aborda la teoría de los principios. En lugar de perderse en debates fantasmagóricos idiosincrásicos que giran en torno a un objeto que no existe, los defensores de la teoría de los principios deberían entender, y honestamente también denominar, la teoría como lo que es: una teoría de los mandatos de optimización. Cuando se centran en objetos dogmáticos⁶¹, se trata de propuestas de una dogmática de la optimización que merecen una valoración diferente en los distintos campos, tales como el derecho de planificación o los derechos fundamentales. Sin embargo, como aportación a diversos debates dogmáticos no se puede argumentar en favor de una dogmática de la optimización desde el punto de vista presuntamente elevado de la teoría jurídica. Más bien los dogmáticos de la optimización deberían convencer en cada ámbito con argumentos dogmáticos.

⁶¹ Para otros objetos de la teoría de los principios desde la perspectiva de la teoría de la argumentación, consultar *Poscher*, *Einsichten* (n.p. 5), págs. 73-77; *ibid.*, *Insights* (n.p. 5), págs. 441-445; *ibid.*, *Principles* (n.p. 5), págs. 33-39.