



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas

ISSN: 1657-8953

yadira.caballero@usa.edu.co

Universidad Sergio Arboleda

Colombia

Suárez-Rodríguez, José Julián

El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista

Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 12, núm. 22, enero-junio, 2012, pp. 57-75

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100224190004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista*

The argument of the principles in contemporary theory of law: An antipositivist plea

Recibido: 19 de diciembre de 2011 - Revisado: 15 de enero de 2012 - Aceptado: 10 de febrero de 2012

José Julián Suárez-Rodríguez**

Resumen

La teoría de los principios jurídicos tiene hoy una resonancia desconocida en otras épocas de la ciencia jurídica y son varios los autores que se han dedicado a la formación de la misma, aportando cada uno de ellos elementos importantes en su configuración. En este artículo se presentan los rasgos característicos de la teoría contemporánea de los principios y las aportaciones que los autores más relevantes en la materia han hecho a ella. Además, se muestra cómo la teoría de los principios se ha elaborado como un argumento en contra de las principales tesis del iuspositivismo, dominante en la cultura jurídica hasta la segunda mitad del siglo XX.

Palabras clave

Principios jurídicos, reglas, sistema jurídico, ponderación, criterios de distinción entre reglas y principios, Ronald Dworkin, Robert Alexy.

Abstract

The theory of legal principles knows today a resonance unknown in other times of legal science and several authors have dedicated themselves to its formation, each of them giving important elements in its configuration. This article presents the characteristics of the contemporary theory of the principles and the contributions that the most important authors in the field gave to it. Furthermore, it shows how the theory of principles has been developed as an argument against the main thesis of legal positivism, the dominant legal culture until the second half of the twentieth century.

Keywords

Legal principles, rules, legal system, adjustment, criteria for distinguishing between rules and principles, Ronald Dworkin, Robert Alexy.

* Este artículo es un avance parcial de la investigación 'Principios jurídicos y condición humana: las claves para la superación de la comprensión analítica-discursiva de los derechos', correspondiente a la línea 'Justicia constitucional y filosofía práctica', del grupo de investigación Justicia, ámbito público y derechos humanos, de la Universidad de La Sabana. La investigación es financiada por la Universidad de La Sabana.

** Licenciado en Filosofía Eclesiástica por la Universidad de Navarra (España), Abogado de la Universidad de La Sabana, Candidato a maestro en derecho constitucional. Profesor de Introducción al estudio del Derecho y Razonamiento Jurídico en la Universidad de La Sabana (Chía, Colombia). Correo electrónico: jose.suarez1@unisabana.edu.co.

Introducción

El imaginario jurídico actual atribuye la creación y desarrollo de la tesis de los principios jurídicos a la doctrina iusfilosófica elaborada por Ronald Dworkin en su crítica al positivismo jurídico y a los posteriores desarrollos que dicha teoría conoció en las elaboraciones doctrinales de Robert Alexy. Sin embargo, los principios tienen una larga historia en la tradición jurídica moderna y contemporánea, y no reduce sus límites a los desarrollos de estos autores.

En contraste con ello, es innegable el hecho de la creciente influencia que la doctrina elaborada por ambos ha ejercido sobre la teoría contemporánea del derecho y los valiosos aportes que han hecho a la práctica jurídica —especialmente a la práctica de los tribunales judiciales—, y, en concreto, la teoría de los principios jurídicos como estándares normativos ha adquirido con ellos una relevancia que en épocas pasadas la ciencia jurídica no conoció. No obstante, estos hechos no pueden hacernos olvidar la larga tradición que la teoría de los principios, como elementos integrantes del ordenamiento jurídico con virtualidad para explicar el fenómeno jurídico, y para aportar elementos a la resolución de los casos concretos, tiene y que, por tanto, la teoría de estos dos autores no puede considerarse un punto de partida en la construcción de una nueva concepción del derecho, sino la continuación de esa tradición que se vio interrumpida por varios años gracias a las tesis del positivismo jurídico, hoy en muchos aspectos superada.

También es verdad que la teoría de los principios no ha conocido un desarrollo autónomo, por el contrario, se ha elaborado como un alegato antipositivista, incluso en las teorías de Ronald Dworkin, quien acude a los principios para dar fundamento normativo a los derechos individuales, o en la teoría de Robert Alexy, quien, por su parte, acude a los principios para establecer la teoría de los derechos fundamenta-

les en general. Tanto es así, que muchos autores positivistas han tenido que replantear sus teorías de tal modo que respondan a la crítica del argumento de los principios. Ejemplos de ello es el de Hart (2000) o las respuestas a Dworkin de Joseph Raz (1972).

Así las cosas, el objeto de este artículo es ofrecer una visión general de la teoría de los principios que ha sido construida por la dogmática jurídica y la teoría del derecho desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX —que puede denominarse teoría contemporánea de los principios jurídicos— que inicia con algunos autores positivistas y tiene su punto culminante —y de mayor influencia— en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Esta visión general pretende, además —y sobre todo—, destacar cuál ha sido el desarrollo de las ideas en torno a la teoría de los principios y cuáles son los principales puntos en común y las divergencias entre los distintos autores y el aporte que cada uno de sus principales gestores ha hecho a la creación de dicha teoría. Lo primero que se debe señalar —ya un lugar común en la teoría actual del derecho— es que dicha teoría conoce un antes y un después con las críticas realizadas por Ronald Dworkin y Robert Alexy al positivismo jurídico, de tal modo que se pueden señalar dos etapas en la construcción de esta teoría: una previa a la aparición de las obras más importantes de estos autores, y otra posterior, puesto que sus ideas en torno al tema son consideradas como un verdadero punto de quiebre en la materia.

Una apreciación debe hacerse para terminar esta breve introducción al trabajo que aquí se presenta. Si acaso hay en la historia del derecho una etapa que se pueda considerar “principialista” es la del derecho romano —y especialmente el derecho romano clásico—, sin embargo, y precisamente porque el ordenamiento jurídico que rigió en este periodo de la historia no conoció un modo distinto de resolver las controversias y de regular sus relaciones sociojurídicas, la teoría de los principios no experimentó, en esta etapa de la historia, un desarrollo como el que

conoció después del positivismo jurídico, que rescató esta noción propia del derecho romano y lo contrapuso al concepto de regla: solo en el contexto del positivismo jurídico aparece y tiene sentido la distinción entre reglas y principios, y solo en él una reflexión abstracta sobre el concepto de principio tiene sentido.

En segundo lugar, y referido a esto último, la mentalidad práctica de los romanos, poco dada a reflexiones abstractas, no conoció un desarrollo teórico en el que consiste una “teoría de los principios”, como sí sucedió después del surgimiento y la consolidación de la ciencia del derecho. Por estas razones, el estudio aquí propuesto inicia con el positivismo jurídico, sigue con las tendencias teóricas críticas del mismo que proponen, frente a un modelo puro de reglas del sistema jurídico, unos modelos de principios y culmina –en la teoría de Ronald Dworkin y Robert Alexy– con una teoría que combina reglas y principios.

1. El argumento de los principios en la ciencia jurídica moderna

1.1. El papel de los principios en el iuspositivismo

Los principios jurídicos no tenían, en la doctrina iuspositivista, ninguna capacidad explicativa del fenómeno jurídico, es decir, se afirmaba de manera dogmática que el derecho se reducía al sistema de reglas válidas (formalmente o empíricamente), y tal sistema constituía el objeto exclusivo de estudio de la ciencia jurídica. Sin embargo, los problemas que presentó esta teoría en el ámbito de la aplicación del derecho y de la resolución de los casos concretos hizo que la tesis del positivismo replanteara algunas ideas propias de la tesis mecanicista del siglo XIX y elaborara algunos mecanismos para resolver los problemas que en la práctica se presentaron, sin abandonar las ideas centrales de la escuela. Los principios jurídicos, heredados de la tradición romana, desempeñaron en esta tarea un papel importante.

En efecto, Alexy afirma que un sistema como el descrito en el acápite anterior es un sistema abierto, “por causa de la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados” (Alexy, 2002, p. 8), así, los casos que se encontraban en estos espacios vacíos del sistema no podían encontrar una respuesta propiamente jurídica en el sentido de que su solución no se deducía del sistema, el operador jurídico debía, en sentido estricto aunque con ciertos límites, crearla según su criterio, actuando como actuaría un buen legislador (Hart, 1998, p. 159; 2000, pp. 37-48). Pues bien, uno de los elementos extrajurídicos que un juez, o cualquier operador jurídico, tenía a la mano para resolver un conflicto que por cualquiera de las tres razones mencionadas era difícil, eran los principios jurídicos. Esta práctica y el recurso a los principios fueron comunes en la ciencia del derecho civil del siglo XIX y del siglo XX (y lo sigue siendo hoy en día con más fuerza). Así los llamados principios generales del derecho aparecen como la aplicación de normas extrajurídicas que sirven para colmar los vacíos que dejaba el sistema legal y para determinar el sentido y el alcance de una regla y la aplicabilidad de una de ellas en caso de conflictos normativos.

Es en este momento en el que aparece en la ciencia jurídica la contraposición entre normas y principios como dos elementos o estándares utilizados para resolver las controversias jurídicas (cfr. Jiménez Gil, 2004, p. 15). Esta clásica distinción no es pues fruto de la obra de Ronald Dworkin, sino una elaboración anterior a él y nacida en el seno mismo del positivismo. Sin embargo, sí es verdad que la ciencia de los juristas, en muchos casos elaborada a espaldas de la realidad jurídica, no tuvo en cuenta a los principios generales del derecho y no vio en ellos ninguna capacidad explicativa del fenómeno jurídico: para ellos, la definición de derecho y de lo que este concepto comprendía seguía limitándose y reduciéndose al concepto de ley válida.

Después de la dura crítica y posterior revisión a la que fueron sometidas las diversas tesis del iuspositivismo, algunos sectores de esta corriente terminaron cediendo terreno y acabaron por reconocer algún valor jurídico a los principios generales del derecho. En efecto, los positivistas contemporáneos terminaron afirmando, para no contradecirse con sus tesis centrales, que existen por lo menos tres clases de principios: en primer lugar aparecen los principios expresos o explícitos, es decir, aquellos que son reconocidos como tales de manera explícita por el ordenamiento jurídico (están contenidos en una norma positiva), especialmente en los textos constitucionales y que, por tanto, reciben del sistema su fuerza normativa y vinculante. En contraste con este tipo de principios se reconocen los principios extrasistemáticos, que al decir de Prieto Sanchís, son principios morales y políticos que subyacen al ordenamiento jurídico y que tienen fuerza normativa por una especie de remisión que hace a ellos el ordenamiento jurídico y cuando estos son usados efectivamente por los jueces en sus decisiones judiciales. Este tipo de principios no tienen, por sí mismos, fuerza normativa, si tal cosa se afirma se daría al traste con una de los principales dogmas de todo iuspositivismo: la separación conceptual entre moral y derecho (cfr. Prieto Sanchís, 1992).

De esta manera, los principios generales del derecho, para el positivismo de la posguerra, no son más que normas generales que son derivadas a partir de un procedimiento deductivo de las normas del sistema, y como tales, y por tales razones, se justifica la fuerza normativa y vinculante que se les atribuye a la hora de resolver casos concretos, sin que por eso dejen o bien de pertenecer al sistema, entendido en sentido más amplio, o bien de ser elementos que subyacen al sistema. Así, no es posible hablar, según esta tesis, de principios jurídicos universales comunes a todo ordenamiento jurídico, sino que debemos hablar, más bien, de principios de un ordenamiento jurídico concreto, válidos para ese sistema y no para otro dis-

tinto, y no autónomos, sino dependientes en su fuerza normativa y vinculante al sistema mismo del cual son deducidos.

A pesar de esto, algunos científicos del derecho de la época en la que el positivismo jurídico fue el paradigma explicativo de esta disciplina, reaccionaron contra la excesiva formalidad de este y contra la falta de atención a la realidad jurídica, y al hacerlo destacaron la importancia y el papel preponderante que en esta labor debían tener los denominados principios generales del derecho.

1.2. El argumento de los principios en la reacción antiformalista de la primera mitad del siglo XX

En efecto, las construcciones dogmáticas del siglo XIX se caracterizaron por ser un ingente esfuerzo de construcción de la ciencia del derecho en clave positivista. Este esfuerzo tuvo su síntesis final en el pensamiento de Hans Kelsen (1993), para el caso de Europa continental, y en el de Herbert Lionel Adolphus Hart (1998), para el caso de Gran Bretaña. Ahora bien, estas construcciones científicas apenas encontraron oposición en su época, puesto que se había depositado una excesiva confianza en el buen resultado de dichas configuraciones científicas. Sin embargo, la desilusión y el descontento con esta monumental obra de ciencia jurídica comenzó a aparecer, y con ellas autores que desafiaban la teoría y la metodología dominante. Si bien la imparable carrera de la construcción de la ciencia jurídica en clave positivista no se detuvo, paralelamente se dieron algunas versiones críticas que en la primera mitad del siglo XX si acaso se podían distinguir del todo de las propuestas que criticaban, pero que ya denunciaban los problemas que acarreaban este tipo de dogmática jurídica. Tal es la propuesta de Rudolf von Ihering en la segunda etapa de su pensamiento, así como las propuestas, ya entrado el siglo XX, de François Gény y Giorgio del Vecchio. Todos ellos, a partir de premisas iusfilosóficas diversas, realizan propuestas de

conceptualización y comprensión del derecho opuestas al positivismo jurídico en la que los principios generales del derecho tienen un papel relevante.

Ihering, por su parte, realiza una fuerte crítica a la concepción de la ciencia jurídica como una construcción lógico-sistemática de conceptos legales deducidos de manera cuasi matemática de normas generales, con prescindencia del aspecto funcional y práctico del derecho. De esta manera, una verdadera comprensión del fenómeno jurídico y la construcción de una institucionalidad judicial deben atender, más que a principios lógicos a priori, al fin (entendido como propósito o intención) práctico que se propone lograr una determinada institución, y a las necesidades sociales de una época histórica determinada. Así, rechaza una dogmática jurídica construida de espaldas a la realidad social, económica y política, y aboga por una jurisprudencia que atienda las necesidades reales (fines) de la sociedad para la cual es construida (Hernández Gil, 1971, pp. 199-230; Ihering, 1990; Larenz, 1980, pp. 65-70; Recasens Siches, 1963, pp. 268-278).

Otra posición crítica importante de comienzos del siglo XX la encabeza François Gény y la Escuela Científica del Derecho. Tres son las ideas rectoras de la visión renovadora del derecho del profesor de la Universidad de Dijon: en primer lugar, y referida a la metodología de la ciencia jurídica, la distinción entre ciencia del derecho y técnica jurídica, según la cual la ciencia jurídica debía ser construida atendiendo a datos de la naturaleza (lo dado y que es revelado en el estudio de la antropología y la moral) y a datos históricos, así como a datos racionales e ideales, equivalentes a los principios del derecho. Por su parte, la técnica jurídica tiene como misión la concreción de dichos datos en un ordenamiento jurídico, según las circunstancias específicas de una determinada sociedad. Así, el derecho es para Gény “una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza” (Her-

nández Gil, 1971, p. 240). En segundo lugar, en Gény hay también una renovada teoría de las fuentes del derecho y, en concreto, una superación de la visión reductiva de toda fuente del derecho a la ley estatal: la costumbre, la autoridad y la tradición pasan a hacer parte del catálogo de fuentes junto a la ley. También son estándares de resolución de problemas jurídicos los principios superiores que están por encima de las leyes positivas. El aporte más importante de Gény es la idea de la “libre investigación científica del derecho”, a la que el jurista recurría en caso de no encontrar en las fuentes formales del derecho una solución al caso concreto, con base en la cual, a partir de los datos de la ciencia jurídica, el mismo juez construía la respuesta al caso concreto, más allá y por encima del mismo código. De allí deduce Gény, en tercer lugar, una crítica a la teoría de la interpretación del positivismo mecanicista y manifiesta una enorme desconfianza por la utilización del silogismo de subsunción para deducir respuestas en derecho. Con ello queda formulada, a su vez, una crítica a la idea de completitud del sistema jurídico, como un sistema que sea capaz de prever todas las respuestas a todas las realidades sociales potencialmente relevantes para el derecho. Gény hace referencias directas a los principios generales del derecho a la hora de elaborar su crítica al formalismo de la Escuela de la Exégesis y la teoría de la libre investigación científica (Gén y, 2000). Así, el jurista francés ofrece una definición de principios que en muchos aspectos se acerca a la que varios años después diera Ronald Dworkin en *El modelo de las normas (I)*: “El principio, tal como yo lo entiendo, se separa claramente de la concepción, en cuanto él es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir, de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del derecho” (Gén y, 2000, p. 570).

Finalmente, Giorgio del Vecchio realiza una crítica al iuspositivismo desde el iusnaturalismo moderno. En ella afirma la existencia del derecho positivo como el “fenómeno” del

derecho que puede ser entendido y explicado como tal, pero que debe corresponderse deontológicamente con el derecho natural, es decir, el derecho positivo puede confirmar el concepto del derecho, pero no la idea del mismo. De esta manera, una norma injusta puede realizar el concepto del derecho, ser derecho desde el punto de vista fenoménico, puede ser jurídica pero no justa al no corresponderse con la idea del derecho natural y justo. Esta idea del derecho natural está contenida en los principios generales del derecho que son “una *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos acá, (...) ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del código civil” (Del Vecchio, 1942, p. 49), normas que “emanan de la razón jurídica natural” (Del Vecchio, 1942, p. 113) y que constituyen, además, “las directrices fundamentales del sistema positivo” (Del Vecchio, 1942, p. 113). De esta manera, para Del Vecchio el sistema jurídico positivo es apenas una manifestación del derecho que es deducido desde los principios generales del derecho, que contienen germinalmente todas las soluciones a los casos concretos. En caso de lagunas legislativas, el operador jurídico puede acudir a estas directrices para dar solución al caso concreto (cfr. Vigo, 1984, pp. 174-180).

Ambos autores apuntan sus agudas críticas a la utilización del método deductivo del silogismo judicial como mecanismo de aplicación del derecho, y a los criterios y métodos de interpretación propios del iuspositivismo formalista y sistematicista del siglo XIX. Al igual que lo harán Dworkin y Alexy, uno de los instrumentos privilegiados en esta tarea crítica serán los principios generales del derecho.

Estas doctrinas han servido más para atenuar y matizar las posturas del positivismo legalista y sistematicista del siglo XIX que para superarlas de manera definitiva. En efecto, más allá de una superación de estas posturas científicas lo que siguió fue una síntesis integradora de las revisiones del positivismo que alcanzaría

su cumbre en la obra de Hans Kelsen algunos años después. Tendríamos que esperar a llegar a la mitad del siglo para ver una verdadera obra crítica del positivismo jurídico. Sin embargo, el tratamiento de estos autores es relevante para este trabajo toda vez que son sus teorías las que, en contraste con el positivismo jurídico, plantean alguna categoría normativa cercana a los principios jurídicos.

1.3. El argumento de los principios en la reacción antipositivista de la segunda mitad del siglo XX

Hacia la segunda mitad del siglo XX asistimos a la aparición de corrientes de pensamiento judicial que formulan propuestas de explicación del fenómeno jurídico diametralmente opuestas a las del positivismo jurídico. La publicación en 1953 de *Tópica y jurisprudencia*, de Theodor Viehweg, señala el inicio de una serie de obras críticas de diversos autores que se suelen agrupar bajo la denominación genérica de teorías de la argumentación jurídica (Atienza, 2004; García Amado, 1988). Por otro lado, y para la misma época, Josef Esser publica su obra más importante, *Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, que para muchos autores señala el antecedente y la primera aplicación de las tesis de la escuela hermenéutica del derecho. Ambos autores, Viehweg y Esser, son los primeros grandes críticos de las tesis del positivismo.

El punto de partida del pensamiento de Viehweg es la distinción aristotélica entre razonamiento apodíctico y razonamiento dialéctico. Las conclusiones obtenidas a través del primero parten de proposiciones necesariamente verdaderas y primarias (principios) o de proposiciones que son derivadas de este tipo de verdades por la misma vía. En cambio, las conclusiones obtenidas a partir de la segunda forma de razonamiento se derivan de proposiciones que no son necesariamente verdaderas, sino contingentes. Aristóteles llama a este tipo de proposiciones *endoxa* u opiniones. Ahora bien, los argumentos

utilizados en el tipo de razonamiento dialéctico (que es el que interesa a Viehweg) son los de tipo tópico, que son aquellas proposiciones que parecen verdaderas a todos, a la mayoría, o a los sabios, o entre los más conocidos y respetables (Cicerón define a estos argumentos como una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa). Son, por tanto, puntos de vista que gozan de aceptación generalizada universalmente o en una determinada rama del saber. Este modo de pensar dialéctico aparece contrapuesto al pensar sistemático-deductivo, del cual la geometría euclidiana es clásico ejemplo en el pensamiento antiguo y del cual el método cartesiano es el ejemplo paradigmático en la modernidad. En efecto, el método sistemático-deductivo pretende partir de una verdad primera indubitable de la cual proceden, de manera necesaria y con el mismo grado de certeza, todas las demás verdades. Nada puede ser tenido como cierto y probado si no es una derivación silogística de una primera verdad cierta.

En contraste con esto, la tópica jurídica es definida por Viehweg (1964) como “una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema” (p. 49) y desde el problema se opera una selección de los argumentos que se orientan a su solución acerca de qué es lo bueno o justo aquí y ahora. Pero dichos argumentos, como hemos visto, no son sistemáticos, es decir, no son identificados a través de un criterio de validez único que los organiza de manera jerárquica en un orden completo y cerrado carente de contradicciones. Es más, dichos argumentos (*topoi*) pueden ser contradictorios y redundantes, su relevancia se establece *ad casum*, según las circunstancias particulares del mismo.

En el pensamiento positivista, en cambio, se pone el acento en el sistema, de tal modo que se opera una selección de problemas que serán clasificados según la estructura: los problemas que no pueden ser clasificados dentro del sistema se consideran seudoproblemas, es decir, como casos que no son jurídicamente relevantes. Como se ve, la tópica cambia el acento de la ex-

plicación del fenómeno jurídico, entendiendo el derecho no como una ciencia descriptiva, sino como una técnica de resolución de problemas, un técnica que pretende encontrar la mejor solución posible mediante la búsqueda de argumentaciones que parten de lugares comunes o *topoi*.

La idea de fondo en el pensamiento de Viehweg es que el razonamiento propio de la jurisprudencia es un tipo de razonamiento singular, distinto al razonamiento matemático y científico, que por la naturaleza de las premisas de las que parte (*endoxas*) no proporciona una certeza como la de las ciencias. Por tanto, no es posible hallar en la jurisprudencia certezas en las respuestas que proporciona a los problemas jurídicos que surgen en el tráfico social. No podemos hallar en el derecho respuestas correctas, sino respuestas razonables o plausibles, frente a las respuestas estrictamente racionales que son logradas en las ciencias teóricas. En efecto, los *endoxa* no son más que lugares comunes, opiniones de los sabios o entendidos en una determinada materia, que al ser usados de manera reiterativa en los procesos argumentativos, no de naturaleza apodíctica o demostrativa, sino a través de un proceso dialéctico, se convierten en tópicos. Estos tópicos, en la jurisprudencia, son equiparables a los principios, pues constituyen los puntos de partida de los procesos argumentativos y del razonamiento por medio del cual se justifica una decisión y constituyen, además, su fundamento último. Al no gozar de la certeza que proporciona un razonamiento apodíctico, las soluciones en derecho no son evidentes, y por lo mismo, no se imponen a la razón por su propia fuerza o *proprio vigore*, por ello, este razonamiento dialéctico requiere de la persuasión como un elemento necesario en el proceso argumentativo. Así, razonamiento dialéctico, que tiene como punto de partida los *topoi*, y razonamiento retórico, que busca persuadir al auditorio de la solución alcanzada, se entrelazan en el razonamiento jurídico y constituyen su especificidad.

De esta manera, los tópicos no son razones o normas deducidas del sistema, ni meros

estándares extrajurídicos que lo subyacen, son verdaderas normas, pero no entendidas como pertenecientes al sistema, sino que encuentran su fuerza normativa en la fuerza argumentativa y virtualidad para dar solución a un caso concreto, piedra de toque del quehacer de la jurisprudencia.

El pensamiento de Viehweg, que generó una verdadera revolución en el pensamiento jurídico alemán, tuvo una notable influencia en el pensamiento de Alexy: desde la semejanza que guarda entre sí la idea de tópico y la de principios (por lo menos se puede afirmar que en una teoría de los principios se advierte una cierta dimensión tópica del derecho) hasta la idea del razonamiento jurídico como una clase especial de razonamiento práctico que se pregunta qué debe hacerse aquí y ahora en un problema jurídico concreto.

Asumiendo las ideas centrales de la tópica jurídica y con la misma visión crítica hacia el iuspositivismo sistematicista, Josef Esser es considerado el antecedente directo de la teoría contemporánea de los principios y advierte que en la jurisprudencia continental europea “el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios” (Esser, 1961, p. 31), sin embargo, y pese a esta observación anticipatoria, Esser también advierte sobre la difícil conceptualización de la noción de principio, que da lugar a diversos problemas en su utilización y que terminan por propiciar que “se les pida más de lo que puedan dar y que se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones” (Esser, 1961, p. 3). Para Esser, los principios son, al igual que para Viehweg, *topoi* o lugares comunes de aceptación general en la doctrina (Esser, 1961, pp. 236-237), que tienen su origen en la elaboración jurisprudencial de los tribunales, quienes a su vez los configuran, bien recurriendo a principios de otros ordenes normativos, o bien de generalizaciones realizadas a partir del mismo ordenamiento jurídico y que adquieren

legitimidad y fuerza normativa porque realizan y hacen efectivo el fin propio del derecho, verdadera piedra de toque de la racionalidad del sistema jurídico y de las decisiones judiciales. Como dichas finalidades no son estáticas, sino más bien dinámicas, cambiantes según las necesidades sociales que asisten a cada época y cultura particular, los principios son, asimismo, cambiantes y oscilantes de acuerdo con las necesidades socio-económicas de cada sociedad particular. Así, los principios son verdadera fuente de derecho, cuya fuerza vinculante viene dada por el aporte que hacen a la realización de los fines (necesidades) propias de cada sociedad concreta. Sin embargo, Esser no afirma que los principios tengan una aplicabilidad directa en todos los casos y que no se requiera un ejercicio de concreción o determinación en normas más específicas y particulares (normas de derecho positivo), de tal modo que, a partir de los principios prepositivos, se deba ir generando un sistema de normas positivas más específicas y concretas. En esta tarea tienen papeles igualmente relevantes los tribunales a través de su labor creadora e interpretativa y la doctrina, que lleva a cabo una labor determinadora o constructora del significado de los principios jurídicos (García Amado, 1988, pp. 557-559).

En la obra de los autores de mitad del siglo XX, críticos del iuspositivismo, encontramos ya una característica que va a estar presente en la teoría contemporánea del derecho: la utilización de la categoría de principios (*topoi*, en el lenguaje de Viehweg) como instrumento de crítica a las posturas sistematicistas y deductivistas propias del positivismo jurídico.

Ahora bien, encontramos varios problemas en la teoría de los principios de estos autores: en primer lugar, la noción de principio, o de *topoi*, no está todavía claramente determinada, su conceptualización y su naturaleza es entrevista pero no claramente definida. En segundo lugar, a pesar de que estos autores dan un giro desde la aplicación deductivista de la ley hacia la argumentación como proceso racional idóneo

para la aplicación del derecho, la descripción del proceso argumentativo tampoco está claramente definida y parece dejar un amplio margen para la subjetividad del operador jurídico que permite, a su vez, un espacio para la arbitrariedad y la falta de racionalidad en la decisión judicial. Finalmente, tampoco estos autores establecen criterios claros de distinción entre normas y principios, así por ejemplo en Esser se insinúa como principal diferencia entre estas dos categorías normativas la mayor generalidad de unos frente a otros y el carácter positivo de unas frente al carácter prepositivo de los otros. La teoría de los principios de Dworkin y Alexy intenta recoger la visión crítica de estas teorías y es, a su vez, un intento por colmar estos vacíos.

2. El argumento de los principios en la teoría del derecho de Ronald Dworkin y Robert Alexy

La elaboración de la teoría contemporánea de los principios que, como hemos insistido, está especialmente representada por las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, es heredera de los planteamientos y las inquietudes que han aquejado a la doctrina jurídica brevemente reseñada en los acápites anteriores. Comparte con ella, por lo menos, el rechazo al positivismo jurídico como explicación teórica del fenómeno jurídico. Tanto es así, que la primera característica que debemos señalar como rasgo distintivo de esta teoría es que ha sido construida como un alegato en contra de esta tradición iusfilosófica. Esto lo constataremos cuando tratemos a ambos autores, pues los dos dedican parte importante de su obra a la crítica del positivismo, y como argumento medular de su crítica se encuentra la constatación de la existencia de principios en el ordenamiento jurídico.

Una segunda característica que puede señalarse como propia de la teoría de los principios es la preocupación de los autores por proporcionar criterios de distinción entre los principios y las reglas, es decir, la preocupación por demostrar que estamos ante dos especies

normativas que se distinguen, no solo de manera cuantitativa (una distinción de grado, como que unos, los principios, son normas más generales y las otras, las reglas, son más específicas, tal y como parece afirmar Esser), sino que entre ellas se da una verdadera distinción cualitativa. Es decir, ambos autores se adscriben a lo que se denomina una teoría fuerte de la distinción entre reglas y principios (Aarnio, 2000). Esta teoría, además, la realizan ambos autores desde un enfoque estructural, es decir, según la estructura lógica de la normas y no desde el denominado enfoque funcional (defendido, entre otros, por Luis Prieto Sanchís), que atiende más a la función o el papel que desempeñan los principios en el ordenamiento jurídico y al momento de su aplicación al caso concreto. Esta segunda opción es la vía por la que se ha construido la denominada tesis débil de la separación entre reglas y principios, y que se enfrenta a la tesis de Dworkin y Alexy.

Finalmente, el rasgo principal que intentan destacar ambos autores de los principios jurídicos, y que constituye la estocada con la que pretenden desvirtuar al positivismo, es que los principios son verdaderas normas jurídicas, no estándares normativos pertenecientes a otro tipo de ordenamiento, y tienen la virtualidad de vincular al juez y de obligarlo en los casos concretos. Demostrar la naturaleza jurídica de los principios es el hilo conductor de la propuesta crítica de Dworkin al positivismo, idea que es asumida y perfeccionada por Alexy.

2.1. La teoría de los principios jurídicos en Ronald Dworkin

Como ya lo señalamos, el argumento de los principios es, en Dworkin, el asunto central a la hora de realizar su crítica al positivismo, por ello reconstruiremos su teoría de los principios al hilo de su argumentación crítica (*par destruens*), que se estructura en tres momentos: en primer lugar, el profesor norteamericano señala las que considera las tres tesis centrales de todo positivismo y que pre-

tende desvirtuar a partir de la constatación de la existencia de principios; luego anuncia que su estrategia en contra del positivismo gira en torno a la existencia de estándares normativos diferentes a las reglas e inmediatamente después pasa a enunciar los criterios de distinción entre normas y principios; finalmente, ofrece argumentos para demostrar que los principios tienen verdadera naturaleza jurídica, tanto como las reglas, y a demostrar que si eso es así (como efectivamente cree haber demostrado que lo es), las tesis centrales del positivismo devienen falsas.

2.1.1. El positivismo jurídico en la versión de Ronald Dworkin

Para Dworkin, “el esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones en torno a las cuales se organiza y define la posición general” que a él le interesa analizar y que pueden ser enunciadas así: el sistema jurídico de una sociedad está configurado por normas coactivas que pueden ser identificadas según unos criterios –no materiales– que tienen que ver con la forma en que fueron adoptadas y que, por tanto, sirven para distinguir las normas jurídicas de las que pertenecen a otro orden normativo (Dworkin, 2010, p. 65). Según Dworkin (2010), para el positivismo una norma pertenece al sistema y establece una obligación jurídica “para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la acepta como norma de su conducta” (p. 68) o porque es promulgada de conformidad con otra norma válida en el sistema “que estipule que las normas así promulgadas son obligatorias” (Dworkin, 2010, p. 69). Así, una norma es obligatoria desde el punto de vista jurídico porque es aceptada o porque es válida. El primer criterio para determinar cuándo una norma es jurídica corresponde a la regla de reconocimiento de Hart, que constituye el elemento de cierre del sistema jurídico en este autor, y el segundo a lo que Dworkin llama el test de origen o de *pedigree*, término en el cual resume Dworkin los criterios de validez (de carácter formal o empírico).

Como lo señalará después Alexy, un sistema así definido es un sistema cerrado, es decir, que si alguna de las normas no cubre el caso de alguien, “entonces el caso no se puede decidir aplicando la ley. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que ejerza su discreción, lo que significará ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una nueva norma” (2002, p. 8) aplicable al caso, creada *ex post facto* o después de ocurridos los hechos. Conforme con esto, Dworkin afirma, finalmente, que para el positivismo “decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida.

La intención de Dworkin no es tanto realizar un análisis sistemático de la existencia y naturaleza de los principios, sino probar su capacidad para desvirtuar las proposiciones centrales del positivismo. Por esta razón, una simple reseña de dos casos del tribunal de Nueva York (en el que él mismo trabajó durante varios años) le basta para asegurar que “cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles (...) echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios” (Dworkin, 2010, p. 72). Uno de estos casos es el caso *Riggs vs. Palmer*, en el cual un hombre pretende heredar a su abuelo por medio de testamento, aun después de haberlo asesinado. En el ordenamiento jurídico norteamericano no existía ninguna norma que impidiera que, a pesar del crimen, se recibiera la herencia. Sin embargo, el tribunal de Nueva York falló en contra y negó la existencia de un tal derecho a heredar en este caso, alegando que “ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia”. Así, para Dworkin, este tipo de argumentos son también normas jurídicas que vinculan y obligan al juez a la hora de tomar decisiones en los casos difíciles. En efecto, este tipo de razonamientos no pueden ser encontrados en el sistema jurídico de reglas positivas puesto que, por su naturaleza, no permiten su identificación

a través de lo que él mismo denomina el *test de pedigree*, pues su autoridad no proviene de una fuente de producción social del derecho. Así, la primera crítica que realiza este autor al positivismo es su concepción del derecho como un conjunto de reglas que pueden ser identificadas a través de una prueba de origen. Ahora bien, si este tipo de normas no pueden ser identificadas por el mismo procedimiento que las reglas, ¿cómo pueden ser identificadas? O mejor, ¿en virtud de qué o por qué razón se considera a un principio como fuente de un derecho y de su correlativa obligación? Aplazaremos este interrogante un momento para resolver una cuestión previa, necesaria para la correcta dilucidación de la primera: si los principios son normas, pero de diversa clase de las reglas, ¿qué distingue una regla de un principio? La respuesta de y por tanto a su definición.

2.1.2. Los criterios de distinción entre reglas y principios

En *El modelo de las normas (I)*, Dworkin ofrece dos criterios de distinción entre reglas y principios: la primera “diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica (...) las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (Dworkin, 2010, p. 75). Varios autores lo llaman el criterio del modo final de aplicación todo-nada o aplicación disyuntiva de las reglas, en el entendido de que “si se cumple el supuesto de hecho de una regla, o la regla es válida y se acepta la consecuencia normativa, o no se considera válida” (Ávila, 2011, p. 41) y, por tanto, la consecuencia normativa es inaplicable. Los principios, en cambio no operan de esta manera, puesto que “los principios (...), ni siquiera los que más se asemejan a normas, establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” (Dworkin, 2010, p. 75). De este modo, la primera di-

ferencia viene dada por el diverso modo en que, según su estructura lógica diversa, principios y reglas determinan la decisión: unas, las reglas, la determinan de manera directa, ofreciendo una solución determinada como jurídicamente correcta, mientras que un principio “no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección (que las determina a inclinarse en uno u otro sentido), pero que no exige una decisión particular” (Dworkin, 2010, p. 76). Los principios, en este sentido, son definidos por Dworkin como aquellas normas que no operan como reglas en la aplicación a los casos concretos.

El segundo criterio de distinción lo enuncia Dworkin (2010) cuando afirma que “[l]os principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia (p. 77). Dworkin, como en otras varias de sus argumentaciones, no es muy claro a la hora de determinar con exactitud qué significa para una norma tener dimensión de peso o importancia. En todo caso, esta característica de los principios, ausente en las reglas, tiene especiales implicaciones para el razonamiento jurídico. En efecto, cuando se dan conflictos entre las reglas este llevará a que una de las dos normas sea considerada válida y la que ordena lo contrario sea expulsada del ordenamiento jurídico: dos reglas que señalan consecuencias legales distintas no pueden convivir de manera armónica en el mismo ordenamiento jurídico. En cambio, cuando se presenta un conflicto entre dos principios, su dimensión de peso le permite al operador jurídico “sopesar” o ponderar las razones que ofrece cada uno de ellos para determinar una solución al caso. Este será, entre otras cosas, el único tipo de discrecionalidad que Dworkin aceptará al operador jurídico, distinta a la que le atribuye el positivismo y que se utiliza en la ausencia total de norma para el caso, es decir, Dworkin no aceptará una discreción derivada de las lagunas jurídicas, pues para él, debido a la presencia de principios, estas son imposibles. Así, estos últimos remiten directamente a la ponderación

como el modo idóneo para razonar a partir de fundamentos: principios y ponderación se reclaman mutuamente.

Un tercer criterio, no mencionado expresamente por Dworkin, pero que puede ser deducido de lo que él afirma y que otros autores han tenido el buen tino de señalar (cfr. Barth, 2005), es el criterio del diverso origen que tienen normas y principios. Este criterio es quizá el más importante de todos en Dworkin y el que nos lleva directamente a la cuestión del concepto de principio. En efecto, las normas son relativamente fáciles de identificar en un sistema normativo (a través del test de origen), pero con los principios no pasa lo mismo, pues su validez jurídica no depende de un acto de autoridad que se dio en algún momento de la historia, llevada a cabo por un órgano competente y fácilmente identificable. Por el contrario, los principios son “un estándar que ha de ser observado (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 2010, p. 72). Hay una expresión en esta definición que muchos pasan por alto, pero que es objeto de largo análisis hecho por Dworkin: afirmar que el principio es un estándar que ha de ser observado remite a la obligatoriedad y a la naturaleza jurídica de los principios en concordancia con la distinción que Hart hiciera entre “verse obligado a” y “estar obligado” según el derecho (1998, pp. 1-16). En efecto, así caracterizados los principios, Dworkin se adelanta a una posible objeción y afirma que pueden ser entendidos de dos maneras:

Podríamos tratar a los principios jurídicos tal como tratamos a las normas jurídicas y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces (...) podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas (Dworkin, 2010, p. 72).

Según la segunda opción, que el profesor norteamericano rechaza, los principios son estándares normativos no jurídicos, sino extraju-

ridicos, y el juez al utilizarlos va más allá de las normas que sí está obligado a aplicar. Los jueces no estarían obligados jurídicamente por los principios, sino que, en todo caso, podrían “verse obligados” a usarlos, por fuerza de una arraigada costumbre judicial, por ejemplo. Si se acepta la primera postura, en cambio, los principios son obligatorios en derecho y los jueces están obligados a usarlos en sus razonamientos y en las justificaciones de sus decisiones y, tal como lo afirmamos más arriba, el juez no tendría discreción en el sentido en que los positivistas afirman que la tiene: si no es posible encontrar una norma que regule el caso, puede encontrar, siempre, un principio aplicable.

Por ello Dworkin plantea dos ideas: en primer lugar, tanto el jurista como la metodología de la ciencia jurídica deben abrirse al estudio de la filosofía del derecho y a la moral, herramienta a través de la cual se puede conocer qué es un principio, cuáles son, cómo se formulan y cuál es su contenido específico. En segundo lugar, el jurista (especialmente el juez) debe poseer *superman skills* o habilidades de superhombre para poder identificar, en los casos difíciles, cuál es el principio por medio del cual se soluciona el caso y cuál es el contenido concreto dadas las circunstancias (cfr. Dworkin, 1988).

Así, las normas y los principios son ambas especies normativas, pero con características diversas respecto a su contenido y modo de conocerlos. Estas diferencias no solo son relevantes para dar respuesta a la cuestión del contenido y la gnoseología del derecho, también lo son para dar respuesta al problema del modo como se opera con cada una de estas especies normativas: los principios tienen una estructura diferente y una dimensión de peso que hace que el modo de aplicarlos sea distinto al de las reglas; estas, según Dworkin, se aplican toda-nada, de tal modo que si una regla es válida, pero en el sistema existe una norma que mande una conducta contraria, una de las dos es necesariamente inválida, mientras que los principios no determinan necesariamente la decisión, puesto

que ordenan de manera general que algo debe ser realizado sin indicar exactamente el cómo, de modo que si un principio contrario manda algo distinto, ello no implicará la invalidez de dicho principio.

2.1.3. Críticas

Las críticas realizadas por varios autores apuntan, no a negar la existencia de los principios en el ordenamiento jurídico a favor de un sistema puro de reglas, sino a negar la existencia de una distinción fuerte entre reglas y principios y, por lo tanto, se han dirigido a poner de manifiesto la debilidad de los criterios de distinción entre reglas y principios que Dworkin aporta en favor de una teoría fuerte de la distinción.

Por diversas razones, varios autores (García Figueroa, 1998, pp. 168-185; Ávila, 2010, pp. 41-46; Alexy, 2010, pp. 63-90) han señalado que “la consecuencia establecida *prima facie* por la norma (regla) puede dejar de aplicarse ante razones sustanciales que el aplicador, mediante una adecuada fundamentación, considere superiores a aquellas que justifiquen la propia regla” (Ávila, 2010, p. 43) sin que estas pierdan su validez general. Dichas razones pueden provenir, por ejemplo, de un principio y deben tener en cuenta las circunstancias particulares del caso *sub examine*, lo cual sitúa este criterio de distinción, no en el ámbito lógico-abstracto de su estructura, sino en el ámbito de la aplicación de la norma. Por esta vía, el profesor Humberto Ávila llega a la conclusión de que la distinción entre principios y reglas no puede ser establecida de manera abstracta y *a priori* al momento de la aplicación, o por lo menos en el momento de la interpretación, puesto que lo determinante a la hora de calificar una norma como principio o como regla depende del resultado del proceso argumentativo que realiza el intérprete a partir de las diversas disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico (Ávila, 2011, p. 33).

Asimismo, Alfonso García Figueroa insiste en la crítica que el mismo Dworkin planteó

en *El modelo de las normas (I)* e intenta demostrar que esta ha sido contestada a la ligera por el profesor norteamericano. Así, Dworkin se plantea la cuestión de que una norma que prohíba la circulación de automóviles por una avenida a más de 100 km/h bajo la sanción de multa no es incompatible con otra que permita que los automóviles circulen por la misma avenida a más de 100 km/h, siempre que la segunda se constituya en una excepción de la primera (por ejemplo, si se trata de una ambulancia o un patrulla de Policía). Dworkin afirma que una enunciación completa de una norma debe incluir la enumeración de todas las posibles excepciones, lo cual él cree teóricamente posible, pero que, en cambio, es imposible en el caso de los principios, pues estos se aplican una vez consideradas todas las circunstancias posibles, y al ser estas cambiantes e imposibles de determinar cabalmente, es también imposible determinar exactamente todas las posibles determinaciones de un principio. Sin embargo, afirma el profesor García Figueroa (y lo mismo podría deducirse del planteamiento del profesor Ávila, aunque no trate directamente esta cuestión):

La saturación de las excepciones en todos los posibles casos (...) termina equiparando principios y reglas, pues al situar la enumerabilidad de las excepciones en el contexto de “todos los mundos posibles” se posibilita que también pueda predicarse de los principios la enumerabilidad teórica de sus excepciones y su consiguiente aplicabilidad a la manera todo o nada (García Figueroa, 1998, p. 177).

Esto implica una regularización de los principios, en palabras del profesor García. Pero también afirma, criticando a Dworkin, que es posible una principalización de las reglas, conclusión a la que igualmente se podría llegar desde las tesis del profesor Ávila. Esto es así cada vez que no es posible para las normas enumerar todas las posibles excepciones: estas pueden establecerse por vía legislativa o por vía interpretativa. Las primeras son fácilmente determinables y enumerables, sin embargo, las segundas no lo son porque, entre otras cosas,

la enumeración de dichas excepciones debería incluir, para ser exhaustiva como pretende Dworkin, no solo las sub-reglas que se derivarían del proceso interpretativo, sino también los argumentos que dan lugar a ellas, lo cual haría prácticamente imposible dicha enumeración. Esto llevaría a lo que señala Ávila: en el razonamiento orientado a la aplicación de reglas, como en el orientado a aplicar principios, es necesario un proceso de ponderación que sopesen las razones que jueguen tanto en contra como a favor de aplicar o no una norma o un principio, sin que, en ninguno de los dos casos, uno de los vencidos en el razonamiento pierda su validez y deje de integrar el ordenamiento jurídico. Esta crítica apunta al segundo criterio de distinción señalado por Dworkin que afirma que al poseer los principios una dimensión de peso requieren de ponderación, característica ausente en las normas. Así, la ponderación se refiere tanto a principios como a las reglas en la medida en que cualquier norma posee un carácter provisional que podrá superarse por razones consideradas más relevantes por quien la aplica al caso concreto. Así, concluye el profesor Ávila, y nosotros con él, que “el punto decisivo no es (...) la falta de ponderación en la aplicación de las reglas, sino el tipo de ponderación que se hace y el modo como debe fundamentarse de forma válida” (Ávila, 2010, p. 46).

2.2. *La teoría de los principios jurídicos en Robert Alexy*

La teoría de los principios de Alexy comienza aclarando que la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos clases de normas, puesto que ambas “establecen lo que es debido”: “Los principios, al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente” (Alexy, 2010, p. 65). Con ello, deja claro el carácter normativo (sistemático) de los principios e introduce la idea de que ambas especies reglamentarias poseen características dispares.

La crítica de Robert Alexy al positivismo jurídico es mucho más elaborada y contiene muchos más elementos teóricos que la que realiza Dworkin (Alexy, 1997, pp. 21-130), aunque ataca los mismos puntos que él (por ejemplo la idea de norma fundamental). Sin embargo, el argumento de los principios es también una pieza clave en esa crítica en la construcción de una teoría del derecho en la que la idea de Estado Constitucional y Estado Social de Derecho cumplen un papel explicativo preponderante. Así, el argumento de los principios es fundamental en la juridificación de los valores constitucionales como la proporcionalidad, los derechos fundamentales, la democracia, la igualdad y la libertad (Alexy, 1997, pp. 159-178). Incluso, el argumento de la extrema injusticia, pieza clave en su definición de derecho, solo puede ser sostenible a partir de la idea de principio como elemento integrador del sistema jurídico.

En líneas generales, Alexy está de acuerdo con la teoría de los principios tal y como es presentada por Dworkin, pues este autor, como el profesor norteamericano, afirma que los principios son verdaderas normas jurídicas con capacidad para vincular al operador y pertenecientes al sistema jurídico, además, también aboga por una teoría de la separación fuerte entre principios y normas, es decir, que los principios no solo son distintos a las reglas por su mayor grado de generalidad, sino que son cualitativamente distintos. Sin embargo, advierte que, si bien Dworkin logró acercarse a la verdadera naturaleza de la distinción entre reglas y principios, no logró dar con la diferencia fundamental. Por otro lado, el argumento de los principios en Alexy aporta toda una teoría del modo en que estos son aplicables a los casos concretos, es decir, desarrolló el argumento de la dimensión de peso de los principios (estableciendo además una estrecha relación entre principios y valores) y de la ponderación como mecanismo de aplicación de los mismos (contrapuesta a la subsunción como mecanismo de aplicación de las reglas).

2.2.1. *Los criterios de distinción entre reglas y principios*

Después de rechazar la mayor generalidad de los principios como criterio de distinción frente a las reglas, Alexy analiza los conceptos que proporciona Dworkin. Como vimos en las críticas formuladas a este último, el profesor de Kiel (Alexy) acepta las consecuencias de la teoría de distinción fuerte entre reglas y principios, pero afirma que el criterio proporcionado por su colega norteamericano no es suficiente. Concretamente dice que con los criterios proporcionados no se ha dicho todo lo esencial sobre la estructura lógica de los principios, pues “(s)e podría preguntar por qué colisionan los principios de la manera descrita –como lo hace Dworkin–. Solo esta cuestión no planteada por Dworkin lleva al núcleo de la diferencia entre reglas y principios” (Alexy, 2002, p. 13). La respuesta de Alexy a esta cuestión apunta a desvelar el criterio central que constituye la diferencia entre las dos especies normativas. En efecto, afirma que “(e)l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2010, p.67). Este criterio lleva directamente a la enunciación de la definición de principio:

Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas (Alexy, 2010, p. 68).

Las posibilidades jurídicas, afirma Alexy, vienen determinadas por los principios y reglas que orientan hacia soluciones opuestas. Por lo tanto, los principios no son normas vagas, sino que plantean o exigen una labor de optimización. Esta diferencia esencial, afirma Alexy, se hace patente en el modo como se resuelven los conflictos entre las reglas y las colisiones entre principios.

Antes de exponer la forma en que se patentiza este primer criterio en la forma en la que chocan principios y reglas, es necesario reseñar brevemente una segunda característica de los principios que los distingue, según Alexy, de manera radical con las reglas: la estrecha relación que tienen los principios con los valores, dimensión que no poseen las reglas. Alexy afirma que esta relación entre valores y principios es tan cercana que podría decirse que “principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico” (Alexy, 1997, p. 164). Finalmente afirma que

Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores (...) la única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor (...) principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico (Alexy, 1997, p. 164).

Con ello queda clara la posición de Alexy respecto a la relación entre valores y principios y, por tanto, su potencialidad para fundamentar una diferencia importante entre principios y reglas.

2.2.2. *Los conflictos entre reglas y las colisiones de principios: condiciones de precedencia y estructuras de ponderación*

A partir del análisis de dos casos del Tribunal Federal Alemán, Alexy concluye que los conflictos entre reglas “tienen lugar en la dimensión de validez, mientras que las colisiones de principios (...) tienen lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2010, p. 71), es decir, la contradicción de normas que se da dentro del ordenamiento jurídico es una colisión de principios y presupone la validez de los mismos, mientras que la contradicción de normas, que se da por fuera del ordenamiento jurídico, es una contradicción entre reglas. Efectivamente, si dos reglas en-

tran en conflicto, es decir, dos normas que ordenan consecuencias jurídicas contradictorias, este solo puede solucionarse introduciendo una cláusula de excepción, o por la declaración de una de las normas como inválida, es decir, el conflicto se da entre una regla válida y otra inválida. Pero en el caso de dos principios aplicables a un caso concreto y que ordenan consecuencias normativas diversas, el conflicto no se soluciona declarando la invalidez de uno de los principios o incluyendo una cláusula de excepción a uno de los principios aplicables. Lo que sucede es que, “bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro” (Alexy, 2010, p. 71). Lo que sucede entonces es que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto se establecen unas condiciones según las cuales la consecuencia de uno de los principios es aplicable en ese caso concreto, desplazando la consecuencia del principio que lo limita, sin que por ello pierda su validez o deje de pertenecer al sistema y, por tanto, pueda ser aplicable en otro caso bajo unas condiciones de precedencia distintas. Así, afirma Alexy, “[e]l asunto decisivo es en qué condiciones qué principio tiene precedencia y qué principios debe ceder” (Alexy, 2010, p. 74) y esto se da cuando existen razones suficientes para ello.

De este análisis Alexy deduce la llamada “ley de colisión”, que es enunciada de la siguiente manera: “las condiciones en las cuales un principio tienen precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Alexy, 2010, p. 75).

Ahora bien, el método propio por medio del cual se establecen en el caso particular las condiciones de precedencia, es decir, se determinan las razones que hacen que un principio preceda a otro, es la ponderación. En efecto, una estructura de ponderación alude a que siempre que hay un principio aplicable al caso concreto, existe otro que orienta la decisión en sentido contrario, no en abstracto, sino en el caso, y la ponderación exige que “cuanto mayor sea el

grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997, p. 171). Así, la precedencia de un principio y su realización en mayor o menor medida viene determinada por el grado de afectación del principio opuesto (principio de proporcionalidad), de tal modo que entre menos se afecte el principio opuesto, mayor debe ser el grado de realización del principio. En una colisión de principios, además, está llamado a determinar la decisión el que menos afecte al principio contrario.

2.2.3. El sistema jurídico en tres niveles: principios, reglas y procedimiento

La inclusión de los principios en el sistema jurídico permite al mismo adquirir un mayor grado de racionalidad que en el modelo puro de las reglas, ofrecido como explicación teórica del ordenamiento jurídico por el positivismo. En efecto, en el modelo puro de las reglas, se presenta el fenómeno de las “lagunas jurídicas”, que permite un espacio de apertura o de no vinculación del operador jurídico al derecho. En palabras de Alexy, “la determinación y la seguridad del derecho son, en este modelo, un asunto de todo o nada. O bien el decididor está estrictamente vinculado o no lo está en absoluto” (Alexy, 1997, p. 166). Las exigencias jurídicas establecidas en el ámbito de apertura del sistema no son consideradas verdaderas exigencias legales, sino políticas o morales, que los operadores incorporan al sistema como normas válidas. Un modelo basado en principios puede contribuir a llenar estas lagunas, pues de los principios a partir de la ley de colisión, se pueden deducir consecuencias jurídicas válidas, entendidas como exigencias o mandatos del propio ordenamiento jurídico y no externas a él.

Sin embargo, un modelo puro de principios es rechazado por Alexy, ya que “debido a su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica” (Alexy, 1997, p. 168). Así, un modelo puro de reglas centra su atención en la realización ex-

clusiva de la seguridad jurídica, a costa de estimar las demás exigencias del derecho como externas al sistema jurídico, mientras que un modelo puro de principios, por su indeterminación, sacrifica la seguridad jurídica y da lugar a la arbitrariedad: constituyen “una colección de puntos de vista, o *topoi*, de los cuales uno pueda servirse a discreción” (Alexy, 1997, p. 170).

Un modelo mixto es más ventajoso, puesto que “conserva (...) la fuerza vinculante del nivel de las reglas” (Alexy, 1997, p. 168), mientras que, por otro lado, cierra lógicamente el sistema al no permitir la existencia de lagunas de apertura, o lo que Dworkin llamaba discrecionalidad en sentido fuerte, puesto que siempre hay principios a los que pueden acudir para orientar una decisión dentro del mismo sistema jurídico. En este sentido, Alexy se muestra coincidente con Dworkin, puesto que ambos rechazan la discrecionalidad en sentido fuerte, es decir, la discrecionalidad de la que goza el operador jurídico cuando no está vinculado por ninguna norma judicial del sistema (Dworkin, 2010, p. 85), y puede crear, como lo haría el legislador, la norma individual aplicable al caso. Coinciden también en atribuir al operador jurídico una discrecionalidad en sentido débil, en la medida en que los principios, *prima facie*, no ordenan una solución absoluta, sino razones para orientar la decisión en un sentido y que dependen, según Alexy, de las condiciones de precedencia establecidas en un proceso de ponderación, pero que no determinan de manera absoluta la decisión.

De este modo, principios y reglas se distinguen por el carácter *prima facie*, es decir, por el diverso modo como determinan la decisión, al igual que en la teoría de los principios de Dworkin, puesto que las reglas establecen la decisión de manera absoluta, mientras que los principios no, sino que aportan razones que orientan la decisión en varios sentidos y que están llamadas a enfrentarse en un proceso de ponderación, que darán como resultado unas condiciones de precedencia de un principio sobre otro, no en

abstracto, sino en el caso concreto, y que constituyen, en cuanto tales, el supuesto de hecho de la norma directamente aplicable al caso, pero que en otras circunstancias (y es muy probable que en el tráfico social se presenten condiciones diversas) podría haber sido diferente.

Por esta misma razón, al nivel de las reglas y de los principios, es necesario adicionarle otro nivel: el nivel del procedimiento. En efecto, el nivel reglas/principios constituye la parte estática del sistema jurídico, pero ni las reglas ni los principios regulan por sí mismos su aplicación, y por eso se hace necesario un nivel dinámico. Este nivel procedimental está compuesto por una teoría de la argumentación jurídica, que en los términos de Alexy, es un caso especial de la dialéctica práctica general, puesto que el proceso de argumentación jurídica requiere valoraciones “que no pueden obtenerse del material dotado de autoridad”. Estas valoraciones, propias del razonamiento jurídico, se distinguen de las del discurso práctico general porque están vinculadas a la legislación, a la jurisprudencia y a la dogmática, pero, al igual que en el discurso práctico, general debe satisfacer, en la medida de lo posible, tres condiciones ideales: a) Un grado sumo de claridad lingüístico conceptual; b) Un grado sumo de información empírica; c) Un grado sumo de universalidad; y d) Un grado sumo de eliminación de prejuicios (Alexy, 1997, p. 176). Una explicación completa de la teoría de la argumentación jurídica escapa a las pretensiones planteadas para este trabajo.

Conclusión

De esta manera, tanto Dworkin como Alexy proponen una explicación del derecho no positivista que incluye a los “principios jurídicos” como un elemento con virtualidad para explicar el fenómeno jurídico. Esto implica, además, la apertura del derecho a otro tipo de conocimiento como la filosofía del derecho y la inclusión de elementos morales en el derecho (como en el caso de Alexy, los principios se pueden considerar una juridificación de los valores), puesto

que los principios, si bien tienen forma jurídica (son normas), manifiestan una dimensión de la moralidad. Esto, por supuesto, es contrario a la tesis de la separación radical entre derecho y moral propia del positivismo jurídico.

De esta manera, las tesis de estos dos autores es la culminación de un largo proceso histórico de crítica al positivismo jurídico y su explicación del derecho que en muchos casos se ha mostrado insuficiente, en la que se acude a los “principios jurídicos” como elemento central de la crítica. Ello pone sobre la mesa el reto de elaborar una teoría de los principios jurídicos que explique su origen y su virtualidad normativa.

Referencias

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 4, pp. 593-602.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 5, pp. 139-154.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México D.F.: Fontarama.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales* (1ra. reimpresión). Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. Lima: Palestra.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (10ª edición). Madrid: Marcial Pons.
- Barth, J. F. (2005). Principios y normas en la concepción del derecho de Dworkin (comentarios a las observaciones críticas de Luis Prieto Sanchís). *Revista de ciencias jurídicas*, 108 (11-32), pp. 177-202. Recuperado el 7 de enero de 2012 de <http://www.latindex.ucr.ac.cr/juridicas-108/juridicas-108-08.pdf>.
- Del Vecchio, G. (1942). *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio* (8.ª reimpresión). Barcelona: Ariel.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch.
- García Amado, J. A. (1988). *Teorías de la típica jurídica*. Madrid: Civitas.
- García Amado, J. A. (1988). Derecho y racionalidad. La teoría del derecho de Josef Esser. En *Liber amicorum. Colección de estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. D. José Pérez Montero* (pp. 549-571). Oviedo: Universidad de Oviedo.
- García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Gény, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Segunda edición, vol. XC, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Madrid: Editorial Reus.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Hernández Gil, A. (1971). La revisión de los métodos tradicionales. En *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Uguina.
- Jiménez Gil, W. (2004). *Sobre principios y reglas, los problemas del razonamiento jurídico frente al “Nuevo derecho” en el sistema jurídico colombiano*. Recuperado el 11 de enero de 2012 de <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/TESES%20MODIFICADA.pdf>.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Larenz, K. (1980), El giro de Ihering hacia una jurisprudencia pragmática. En *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas, los problemas del razonamiento jurídico* (2ª reimpresión). Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Raz, J. (1972). Legal principle and the limits of law. *The Yale Law Journal*, Vol. 81 (5), pp. 823-854.
- Recasens Siches, L. (1963). La jurisprudencia de intereses en Alemania. En *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Von Ihering, R. (1990). *La lucha por el derecho*. Bogotá: Temis.