

FILOSOFÍA Y DERECHO



# La teoría principialista de los derechos fundamentales

Estudios sobre la teoría  
de los derechos fundamentales  
de Robert Alexy

**Jan-R. Sieckmann (ed.)**

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS\*

Jan-R. SIECKMANN

La interpretación de los derechos fundamentales como principios constituye la base de la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY<sup>1</sup>. De ella puede decirse que ofrece una reconstrucción plausible de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, sobre todo de la polémica «doctrina del orden de valores», con arreglo a la cual la Ley Fundamental no sería un orden axiológicamente neutro, sino que conforma un sistema de valores que rige para todos los ámbitos del derecho<sup>2</sup>. La teoría principialista de los derechos fundamentales, sin embargo, es controvertida. En especial, se cuestiona la distinción entre principios y reglas<sup>3</sup>, y se reclama una argumentación normativa que justifique la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (LF) como principios: esa justificación no podría derivarse tan solo de la mera posibilidad de reconstruir los derechos fundamentales a la luz de la teoría de los principios<sup>4</sup>. Dentro de este contexto, en el presente trabajo se abordarán dos cuestiones:

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

---

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

<sup>1</sup> ALEXY, 1993; véase asimismo ALEXY, 2004a.

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

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, POSCHER, 2003: 77.

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

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

## 1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO

El concepto de principio no solo resulta controvertido dentro de la doctrina del derecho público<sup>5</sup>, sino también en la teoría del derecho<sup>6</sup>, e incluso entre los defensores del principialismo<sup>7</sup>. Aquí el problema no es elucidar cuál sea el concepto «correcto» de principio, o el concepto de principio del legislador constitucional<sup>8</sup>. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho. La caracterización de los principios como razones para juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido<sup>9</sup>. Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta. Este enfoque lo introdujo Ronald DWORKIN con la contraposición entre reglas y principios<sup>10</sup>, y sería precisado después por Robert ALEXY mediante la definición de los principios como mandatos de optimización<sup>11</sup>.

Frente a una distinción estricta entre reglas y principios se objeta, sin embargo, que no existe ninguna diferencia lógica —es decir, estructural— entre las reglas y los principios, sino a lo sumo una diferencia gradual<sup>12</sup>. No solo los principios podrían ponderarse entre sí, sino también las reglas<sup>13</sup>; y prácticamente no existirían reglas que puedan ser aplicadas, como afirma DWORKIN<sup>14</sup>, en forma de «todo-o-nada». Pero tampoco está claro adónde conduce esa crítica. Si fuese acertada, lo que pondría en cuestión no sería el modelo de principios, sino la asunción de que, junto a los principios, hay en el derecho algo más, a saber: reglas o normas definitivas. Se daría entonces la paradójica situación de que los teóricos del principialismo defendiesen los elementos «reglados» del derecho, o sea, la existencia de normas directamente aplicables mediante subsunción, mientras que quienes critican la tesis principialista deberían con-

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

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

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

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

<sup>9</sup> SIECKMANN, 1990: 87.

<sup>10</sup> DWORKIN, 1984: 74 ss.

<sup>11</sup> ALEXY, 1993: 86-87.

<sup>12</sup> Por ejemplo, POSCHER, 2003: 77; LERCHE, 1999: XXII.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, PECZENIK, 1989: 74 ss.

<sup>14</sup> Así también ALEXY, 1995a: 188 ss.



cebir el derecho según un modelo puro de principios y de ponderación. Ahora bien, ocurre que las reglas, entendidas como normas que guían directamente la conducta, constituyen un elemento esencial del derecho. Los órdenes jurídicos no pueden estar compuestos solo de infinitas ponderaciones de principios, sino que tienen que fijar qué normas son definitivamente válidas y deben, por tanto, ser efectivamente aplicadas y observadas<sup>15</sup>. Y si el derecho no puede concebirse como un sistema integrado en exclusiva por reglas con el carácter de todo-o-nada, tiene que existir entonces alguna distinción entre reglas y principios, y los sistemas jurídicos se han de estructurar con arreglo a ella. De ahí que una teoría de los derechos fundamentales —al igual que una teoría del derecho en general— no pueda renunciar a la distinción entre los principios, en el sentido de juicios de ponderación, y las reglas, en el sentido de normas definitivas. Lo que falta por resolver es cómo haya de establecerse esa distinción.

### 1.1. Los principios como mandatos de optimización

La definición de los principios como mandatos de optimización propuesta por ALEXY es seguramente una de las concepciones más influyentes en la discusión actual sobre reglas y principios. Según la definición inicial alexyana, los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas<sup>16</sup>. La definición de los principios como mandatos de optimización, sin embargo, suscita diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación<sup>17</sup>. Al hacerse depender de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, su contenido queda debilitado o atenuado hasta tal punto que no puede producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización<sup>18</sup>. De ahí que los mandatos de optimización hayan siempre de ser satisfechos por completo. Tienen el carácter de reglas de segundo nivel. Para dar cuenta de esto, ALEXY ha modificado su definición de los principios, y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse, por otro<sup>19</sup>.

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

<sup>16</sup> ALEXY, 1993: 86-87.

<sup>17</sup> AARNIO, 1997: 27; BUCHWALD, 1990: 160 ss.; SIECKMANN 1990: 65.

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

<sup>19</sup> ALEXY, 2000a: 304.

No obstante, esta modificación conduce a otro problema. En cuanto normas que deben optimizarse, los principios son los objetos de las ponderaciones, pero como tales no tienen ninguna estructura lógica específica<sup>20</sup>. Se puede tratar de normas de mandato, de normas de permiso, de competencias, o de otros tipos de normas. Pero entonces ya no es posible mantener una tesis estricta de separación que afirme la existencia de una diferencia lógica entre las reglas y los principios. Y sin embargo, esta tesis era una pieza clave en la teoría de los principios de ALEXY.

Un problema adicional es que la concepción de los principios como normas que deben optimizarse no puede explicar la función de los principios como razones en la ponderación. La idea de la ponderación de principios en colisión no toma los principios como meros objetos de ponderación, sino como argumentos a favor de resultados de ponderación determinados pero mutuamente incompatibles. Así, en el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor, aquella sirve como argumento para justificar que se deban permitir ciertas manifestaciones aunque lesionen el honor, mientras que el principio de protección del honor es un argumento a favor de que tales manifestaciones no deban permitirse. Si los principios se conciben únicamente como los objetos de la ponderación, no es posible averiguar qué función argumentativa tienen en ella. Como mucho, cabría formular posibles resultados de la ponderación. Pero la justificación de la ponderación tendría lugar sin ellos, de modo que podría renunciarse a esta concepción de los principios sin perder nada.

En todo caso, en la teoría de ALEXY falta una definición de lo que haya de entenderse por optimización. Un modelo de optimización debería indicar un criterio para identificar las soluciones óptimas ante un problema de ponderación, al margen de la cuestión adicional de si dicho criterio resulta objetivamente aplicable. Sin embargo, ALEXY clarifica la idea de optimización mediante la «ley de la ponderación», según la cual cuanto más intensa sea la afectación del derecho fundamental, tanto más importantes deben ser las razones que la justifican<sup>21</sup>. Esto es un parámetro comparativo, pero no un criterio para saber qué soluciones son mejores que otras.

Ahora bien, existe un modelo de ponderación que sí contiene una definición de los resultados óptimos de la ponderación. Es posible analizar las ponderaciones con ayuda del criterio de optimalidad de Pareto —que se corresponde con el criterio de necesidad en derecho constitucional—, así como de curvas de indiferencia que conectan soluciones calificadas como igualmente buenas. Los resultados óptimos se definen por el punto o área en que la curva de soluciones óptimas paretianas toca con la curva de indiferencia situada en la posición más

<sup>20</sup> SIECKMANN, 1990: 87.

<sup>21</sup> ALEXY 1993: 161: «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».



alta<sup>22</sup>. Los puntos en la curva que, de entre todas las que pueden alcanzarse efectivamente, esté situada en la posición más alta se valoran mejor que las demás soluciones efectivamente posibles y, por tanto, son óptimos. Pero ALEXY no emplea este modelo, con lo que el criterio de optimalidad de Pareto y la ley de la ponderación quedan desconectados entre sí. En resumen, la concepción alexyana de los principios como mandatos de optimización no solo no logra dar cuenta de la función de los principios como razones para los juicios de ponderación, sino que tampoco resulta completa con respecto a la idea de optimización.

## 1.2. Alternativas

Existen otros enfoques para definir los principios. En particular, se defienden concepciones de los principios como normas *prima facie*<sup>23</sup>, como normas *pro tanto*<sup>24</sup>, o como normas con supuestos de hecho incompletos y abiertos que contienen únicamente condiciones de aplicación necesarias pero no suficientes<sup>25</sup>. Sin embargo, todos estos enfoques adolecen de un defecto similar: debilitan el contenido o el tipo de validez de los principios hasta tal punto que la norma resultante ya no tiene la función de una razón para una decisión ponderativa.

Y así, en el ejemplo de la libertad de expresión, el contenido de una norma *pro tanto* puede formularse como sigue:

Conforme al principio de libertad de expresión, las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

Puede que esto sea correcto, pero en una ponderación no basta con atender al contenido de solo uno de los principios en colisión. Pues de la sola norma *pro tanto* no se deriva ninguna suerte de implicación o exigencia respecto de la decisión ponderativa que haya de tomarse en caso de colisión.

Una norma *prima facie* puede formularse, por ejemplo, de este modo:

En casos normales, también las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

---

<sup>22</sup> Cfr. HURLEY, 1989: 70; BARRY, 1990: xxxviii. Una análisis clarificador de esta concepción puede verse en JANSEN, 1998: 112-113.

<sup>23</sup> PECZENIK, 1989: 74 ss.; también ALEXY 1995a: 201, con la tesis de que el diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios se corresponde con una diferencia en lo que unas y otros determinan con respecto a las normas en colisión.

<sup>24</sup> JANSEN, 1998: 101, siguiendo a HURLEY, 1989: 261.

<sup>25</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 30-31 y 191; BUCHWALD, 1996: 70 ss.

No obstante, esta modificación conduce a otro problema. En cuanto normas que deben optimizarse, los principios son los objetos de las ponderaciones, pero como tales no tienen ninguna estructura lógica específica<sup>20</sup>. Se puede tratar de normas de mandato, de normas de permiso, de competencias, o de otros tipos de normas. Pero entonces ya no es posible mantener una tesis estricta de separación que afirme la existencia de una diferencia lógica entre las reglas y los principios. Y sin embargo, esta tesis era una pieza clave en la teoría de los principios de ALEXY.

Un problema adicional es que la concepción de los principios como normas que deben optimizarse no puede explicar la función de los principios como razones en la ponderación. La idea de la ponderación de principios en colisión no toma los principios como meros objetos de ponderación, sino como argumentos a favor de resultados de ponderación determinados pero mutuamente incompatibles. Así, en el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor, aquella sirve como argumento para justificar que se deban permitir ciertas manifestaciones aunque lesionen el honor, mientras que el principio de protección del honor es un argumento a favor de que tales manifestaciones no deban permitirse. Si los principios se conciben únicamente como los objetos de la ponderación, no es posible averiguar qué función argumentativa tienen en ella. Como mucho, cabría formular posibles resultados de la ponderación. Pero la justificación de la ponderación tendría lugar sin ellos, de modo que podría renunciarse a esta concepción de los principios sin perder nada.

En todo caso, en la teoría de ALEXY falta una definición de lo que haya de entenderse por optimización. Un modelo de optimización debería indicar un criterio para identificar las soluciones óptimas ante un problema de ponderación, al margen de la cuestión adicional de si dicho criterio resulta objetivamente aplicable. Sin embargo, ALEXY clarifica la idea de optimización mediante la «ley de la ponderación», según la cual cuanto más intensa sea la afectación del derecho fundamental, tanto más importantes deben ser las razones que la justifican<sup>21</sup>. Esto es un parámetro comparativo, pero no un criterio para saber qué soluciones son mejores que otras.

Ahora bien, existe un modelo de ponderación que sí contiene una definición de los resultados óptimos de la ponderación. Es posible analizar las ponderaciones con ayuda del criterio de optimalidad de Pareto —que se corresponde con el criterio de necesidad en derecho constitucional—, así como de curvas de indiferencia que conectan soluciones calificadas como igualmente buenas. Los resultados óptimos se definen por el punto o área en que la curva de soluciones óptimas paretianas toca con la curva de indiferencia situada en la posición más

<sup>20</sup> SIECKMANN, 1990: 87.

<sup>21</sup> ALEXY 1993: 161: «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».



alta<sup>22</sup>. Los puntos en la curva que, de entre todas las que pueden alcanzarse efectivamente, esté situada en la posición más alta se valoran mejor que las demás soluciones efectivamente posibles y, por tanto, son óptimos. Pero ALEXY no emplea este modelo, con lo que el criterio de optimalidad de Pareto y la ley de la ponderación quedan desconectados entre sí. En resumen, la concepción alexyana de los principios como mandatos de optimización no solo no logra dar cuenta de la función de los principios como razones para los juicios de ponderación, sino que tampoco resulta completa con respecto a la idea de optimización.

## 1.2. Alternativas

Existen otros enfoques para definir los principios. En particular, se defienden concepciones de los principios como normas *prima facie*<sup>23</sup>, como normas *pro tanto*<sup>24</sup>, o como normas con supuestos de hecho incompletos y abiertos que contienen únicamente condiciones de aplicación necesarias pero no suficientes<sup>25</sup>. Sin embargo, todos estos enfoques adolecen de un defecto similar: debilitan el contenido o el tipo de validez de los principios hasta tal punto que la norma resultante ya no tiene la función de una razón para una decisión ponderativa.

Y así, en el ejemplo de la libertad de expresión, el contenido de una norma *pro tanto* puede formularse como sigue:

Conforme al principio de libertad de expresión, las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

Puede que esto sea correcto, pero en una ponderación no basta con atender al contenido de solo uno de los principios en colisión. Pues de la sola norma *pro tanto* no se deriva ninguna suerte de implicación o exigencia respecto de la decisión ponderativa que haya de tomarse en caso de colisión.

Una norma *prima facie* puede formularse, por ejemplo, de este modo:

En casos normales, también las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

---

<sup>22</sup> Cfr. HURLEY, 1989: 70; BARRY, 1990: xxxviii. Una análisis clarificador de esta concepción puede verse en JANSEN, 1998: 112-113.

<sup>23</sup> PECZENIK, 1989: 74 ss.; también ALEXY 1995a: 201, con la tesis de que el diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios se corresponde con una diferencia en lo que unas y otros determinan con respecto a las normas en colisión.

<sup>24</sup> JANSEN, 1998: 101, siguiendo a HURLEY, 1989: 261.

<sup>25</sup> ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: 30-31 y 191; BUCHWALD, 1996: 70 ss.



O también así<sup>26</sup>:

Según los argumentos disponibles hasta ahora, también las manifestaciones de opinión que lesionan el honor están permitidas.

Ninguna de ambas normas sirve como argumento para una decisión ponderativa, porque el enunciado sobre lo que es válido en casos normales, o según el estado actual de la argumentación, no entraña ninguna proposición acerca de cómo haya de decidirse en el caso de una colisión con principios contrapuestos.

Lo mismo vale para la interpretación de una norma como

Las manifestaciones de opinión están permitidas,

si se interpreta como una norma con supuesto de hecho incompleto. Ciertamente, es correcto que los principios no contienen las excepciones que puedan establecerse en razón de una ponderación con principios contrapuestos, y en esa medida no contienen un supuesto de hecho completo que permita extraer una consecuencia jurídica definitiva. Ahora bien, que un supuesto de hecho sea incompleto no dice nada acerca de cómo puedan las normas tener la función de razones para una decisión ponderativa.

Al igual que ocurría con el modelo de optimización, ninguno de estos enfoques resulta adecuado para mostrar la estructura lógica de las razones que sustentan las decisiones ponderativas. Pero para definir los principios existe aún otra posibilidad.

### 1.3. Los principios como argumentos normativos

La concepción de los principios como argumentos normativos asume que los principios no solo son los objetos de las ponderaciones, sino que constituyen razones para los juicios ponderativos. Según esta idea, los principios son normas que se utilizan como argumentos a favor de juicios de ponderación. Denominaré a estos argumentos «argumentos normativos». Su estructura lógica es la de mandatos de validez reiterativos<sup>27</sup>.

Para explicar esto, se ha de considerar primeramente la estructura de las ponderaciones. En el ejemplo apuntado antes, el principio de libertad de expresión

<sup>26</sup> La distinción de dos variantes se desprende de sendas caracterizaciones diferentes de la propiedad de *prima facie*, que cabría denominar, respectivamente, probabilística y procedimental. La primera atiende al nivel de aplicación efectiva de una norma en relación con su ámbito de aplicación posible (así, por ejemplo, NORTMANN, 1989: 33 ss.). La segunda ve el rasgo de *prima facie* en el carácter incompleto o «incompletud» de la justificación, que todavía no ha tomado en consideración todos los puntos de vista relevantes (así, por ejemplo, GÜNTHER, 1988: 270.).

<sup>27</sup> Al respecto, con más detalle, SIECKMANN, 2005a: 197 ss.; 2006b: 81 ss.; y 2006a: 59 ss.

representa un argumento a favor de cierto resultado de la ponderación: la permisión de determinadas manifestaciones que lesionan el honor. Pero queda por aclarar algo que nos remite a dos concepciones básicamente distintas de la justificación o fundamentación de normas. Y así, cabe decir que la libertad de opinión constituye un argumento que permite sostener que determinada manifestación *está* permitida, o bien que determinada manifestación *debe estar* permitida.

La primera formulación implica que existe el permiso correspondiente, es decir, que existe un permiso jurídicamente válido (o con validez moral u otra forma de validez normativa). Los juicios de ponderación son concebidos, en este supuesto, como juicios epistémicos o cognitivos, de modo que el resultado de la ponderación existe con independencia del juicio de ponderación. El argumento pretende reflejar una situación jurídica dada, y el juicio de ponderación representa el descubrimiento de la misma.

Ahora bien, esta concepción resulta problemática, porque de acuerdo con ella el proceso de ponderación cobra un carácter puramente heurístico, y se convierte en un proceso de deliberación en el que al juicio correcto que corresponde a la situación jurídica dada se llega sopesando los distintos argumentos. Sin embargo, para que ese proceso pueda funcionar, debería haber criterios que permitiesen hallar el resultado correcto; y si tales criterios existen, ponderar razones y contrarrazones para justificar la decisión resulta superfluo.

Esta crítica conduce a la segunda posición, esto es, a la interpretación de las razones de la ponderación como exigencias o pretensiones de que debe aceptarse un determinado resultado de la ponderación y, por tanto, de que una determinada norma debe ser válida definitivamente. Y así, el argumento de la libertad de expresión se entiende como la pretensión de que las manifestaciones de opinión deben estar permitidas, incluso aun cuando lesionen el honor, y no como la afirmación de que tal permiso es válido. El problema de la argumentación normativa es el procesamiento racional de pretensiones de este tipo en busca de normas objetivamente válidas. Esto podría calificarse como un racionalismo hasta cierto punto no cognitivista. La argumentación normativa, según esta concepción, consiste en aplicar exigencias de racionalidad a pretensiones normativas que no están justificadas cognitivamente, sino que se determinan de manera autónoma<sup>28</sup>. Estas pretensiones justifican los argumentos normativos en la medida en que satisfagan las condiciones de la argumentación racional y, en especial, en la medida en que sean generalizables (en el sentido de que cualquier sujeto racional podría aceptarlas). Su ponderación constituye el núcleo de la argumentación autónoma.

Puesto que demandan la validez de una norma, los argumentos normativos tienen la estructura de mandatos de validez. En el caso de la libertad de expresión, por lo tanto, tales argumentos rezan:

---

<sup>28</sup> Véase al respecto SIECKMANN, 2006d: 115 ss.



Debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión están permitidas.

O también:

Toda manifestación de opinión debe estar permitida.

Con ello, sin embargo, todavía no queda resuelto el problema de la estructura de los principios como razones para las ponderaciones. Y es que no está claro qué tipo de validez tenga el «deber» contenido en tales mandatos de validez. Alguna forma de validez ha de poseer para ser relevante como argumento, pero no puede ser válido definitivamente, pues los principios que entren en colisión con ese «deber» pueden igualmente pretender validez, lo cual estaría excluido en el caso de un mandato de validez definitivo.

La solución a este problema consiste en la iteración de los mandatos de validez. Según esta idea, un argumento normativo que se usa como razón para una decisión ponderativa consiste en una estructura infinita de mandatos de validez, donde la validez de cada uno de estos mandatos viene exigida por un mandato de validez de nivel superior. Han de existir, pues, mandatos de validez de orden superior, tales como

Debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión están permitidas.

Debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que debe ser definitivamente válido que todas las manifestaciones de opinión están permitidas.

Las estructuras de este tipo no son tan extrañas como pueda parecer a primera vista. Los argumentos sobre intereses muestran esta estructura. Si se asume que la validez de una norma es útil para la consecución de un interés, un argumento a favor de la libertad de expresión basado en intereses contiene los siguientes elementos:

1) El interés en la libertad de las manifestaciones de opinión justifica la pretensión de que la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válida definitivamente.

Si existe un interés en la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válida definitivamente.

2) Asumiendo que la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión sirve al interés en la libertad de opinión, vale también:

Si existe un interés en la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces existe también un interés en la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión.

3) Este interés de segundo nivel justifica, a su vez, la pretensión de que un mandato como este debe ser válido:

Si existe un interés en la validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión, entonces un mandato de validez definitiva de la libertad de las manifestaciones de opinión debe ser válido definitivamente.

Esta argumentación puede continuarse tanto como uno quiera. Los argumentos basados en intereses, por tanto, implican una estructura de mandatos de validez reiterables indefinidamente<sup>29</sup>.

En una moral autónoma ha de asumirse, además, que las exigencias basadas en intereses son legítimas. Y dado que, en una moral autónoma, la justificación de normas tiene que recurrir en último término al consentimiento de los sujetos autónomos, los intereses individuales no pueden rechazarse en general como irrelevantes. Se debe admitir que corresponde a los sujetos autónomos presentar sus intereses en forma de exigencias normativas. Tales exigencias deben ser tomadas en consideración como argumentos normativos por parte de otros sujetos autónomos. Esto es, no pueden pretender validez estricta o definitiva, sino que han de ponderarse con otros argumentos normativos relevantes.

Esta concepción de los argumentos normativos muestra que los principios poseen una estructura lógica específica en cuanto razones para las ponderaciones. Los principios son argumentos normativos; pueden entenderse como una forma especial de argumentos normativos, a saber: aquellos cuya validez no deriva de otros argumentos normativos.

En contra de esta concepción, con todo, se han elevado varias objeciones. Así, ALEXY piensa que con ella no se puede explicar el tipo de validez que poseen los principios; y para mostrarlo, interpreta la idea de los mandatos de validez reiterativos como una «oscilación» entre las normas en sentido puramente semántico y las proposiciones normativas. Las primeras no elevan ninguna pretensión de validez, por lo que serían «demasiado poco» para valer como razones de la ponderación; y las segundas justifican la validez definitiva de una norma, con lo que resultarían «demasiado» para valer como razones de la ponderación. De tal suerte, ese oscilar entre normas en sentido puramente semántico y proposiciones normativas no podría dar cuenta del carácter de razones de la ponderación<sup>30</sup>. ALEXY expone todo esto con una claridad extraordinaria, solo que incurre evidentemente en la falacia del hombre de paja. El enfoque que él denomina «tesis de la oscilación» considera, en cada uno de los casos, normas de un nivel determinado y, por tanto, estructuras finitas. Y en efecto, de la consideración infinita de estructuras finitas no se derivan las propiedades de una estructura infinita. Pero eso no tiene nada que ver con la concepción de los mandatos de validez reiterativos.

<sup>29</sup> Conviene notar que los argumentos autoritativos y tradicionales no permiten esta justificación.

<sup>30</sup> ALEXY, 2000b: 39 ss.



Hay algunas objeciones más, pero están basadas en malentendidos o resultan demasiado vagas como para que puedan poner en cuestión la concepción defendida aquí<sup>31</sup>. En conclusión, pues, interesa retener que existe una distinción lógica entre los principios y las reglas: los principios son argumentos normativos con la estructura de mandatos de validez reiterativos, y las reglas son el contenido de aserciones normativas de la validez definitiva de normas.

De la discusión sobre el concepto de principio se desprende que los principios, en el sentido de razones para las ponderaciones, no pueden ser definidos como mandatos de optimización. Pero tampoco cabe entenderlos como objetos de la optimización, ni como normas *prima facie*, normas *pro tanto* o normas con supuestos de hecho incompletos, porque con ello se debilita de tal modo el contenido o el tipo de validez de la norma que esta resulta inadecuada para operar, en situación de colisión con otros principios, como razón a favor de un juicio de ponderación. Por lo tanto, existen motivos para pensar que la única reconstrucción plausible de los principios, entendidos como razones para las ponderaciones, es la concepción de los principios como argumentos normativos<sup>32</sup>. Cuestión distinta es, desde luego, cuál sea la relevancia de esta distinción conceptual en la moral, en el derecho y, sobre todo, en el derecho constitucional.

## 2. LA VALIDEZ JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES

La distinción entre principios y normas definitivas aún no dice nada acerca de si los principios y, en su caso, cuáles de ellos, tienen validez jurídico-constitucional. Por lo tanto, el problema es ahora saber cómo encajan los principios en la constitución, y qué principios iusfundamentales están contenidos, por ejemplo, en la Ley Fundamental o en otras constituciones. Esto puede abordarse de dos maneras. Por un lado, cabe preguntar si ciertos principios iusfundamentales cumplen los criterios de validez del ordenamiento jurídico correspondiente, o sea, si el legislador constitucional, por ejemplo, ha recogido esos principios en la constitución<sup>33</sup>. Esta es una cuestión de interpretación jurídica, que ha de tratarse según las reglas interpretativas habituales en derecho (tenor

<sup>31</sup> Sobre este punto, véase SIECKMANN, 2005a: 206 ss.

<sup>32</sup> Así y todo, el concepto de los principios no debe circunscribirse al de las razones para ponderaciones. Las normas con validez estricta pueden calificarse asimismo como principios cuando poseen carácter fundamental. También el modelo de principios contiene este tipo de normas estrictamente válidas, por ejemplo el deber de respetar la autonomía individual, o el mandato de optimización de los principios en colisión. Parece plausible, por tanto, caracterizar los principios por su carácter fundamental. Esto significa que para ellos no resulta necesaria ninguna justificación adicional, es decir, que poseen validez intrínseca y, en este sentido, constituyen el punto de partida de la argumentación, ya sea una argumentación en forma de ponderación o de otro tipo. En cambio, la estructura lógica de las razones para las ponderaciones se expresa mediante la distinción entre argumentos normativos y proposiciones normativas.

<sup>33</sup> Este es, según JESTAEDT (1999: 216), el único modo de justificación posible.

literal, interpretación sistemática, voluntad del legislador constitucional, sentido y finalidad de la norma). Y por otro lado, uno puede preguntarse si los principios iusfundamentales, y cuáles de ellos, tienen que estar necesariamente incluidos en una constitución. Entonces no se analizan ya ordenamientos constitucionales concretos atendiendo a sus respectivos contenidos, sino que se busca una justificación universal de la validez de los principios iusfundamentales. Este es el enfoque que se seguirá aquí.

Las tesis centrales del siguiente análisis son estas:

1) Una justificación de normas tomada, no en el sentido de una validez relativa al sistema, sino en el de la validez absoluta<sup>34</sup> de una norma, solo es posible dentro de un modelo de principios. Esta validez absoluta será designada aquí también como validez moral. Por modelo de principios (o principialista) se entiende una concepción de la justificación normativa según la cual las normas sustantivas que guían directamente la conducta solo pueden ser justificadas sobre la base de la ponderación de argumentos normativos<sup>35</sup>.

2) Los principios justificados en razón de su contenido —que serán designados aquí como principios morales— no adquieren validez jurídica, sin más, por ser reconocidos por el derecho positivo, sino que el derecho positivo únicamente puede negarles validez en la medida en que ello sea compatible con la pretensión de legitimidad que él mismo eleva.

De estas dos tesis sobre la validez moral o jurídica de los principios en general, con todo, no se sigue aún que estos tengan necesariamente validez jurídico-constitucional. Reconocerles rango constitucional exige una justificación especial, que depende ya de la concepción de la constitución que se tome como referencia. Esto encuentra expresión en una tercera tesis:

3) En un modelo principialista de la constitución, la validez jurídico-constitucional de los principios puede justificarse en razón de su corrección material o de contenido, pero sin aplicarles la primacía de la constitución.

En correspondencia con las diferentes concepciones de la validez, se ha de distinguir a continuación entre:

- la validez moral, en el sentido de una validez normativa absoluta, y no sólo relativa al sistema;
- la validez jurídica;
- la validez jurídico-constitucional de los principios.

<sup>34</sup> Con «validez relativa al sistema» se quiere decir que una norma determinada N es válida conforme a un sistema normativo S. Se trata, pues, de una proposición descriptiva, y no de una normativa. De ahí que el concepto contrapuesto de validez «absoluta» no designe nada más que la validez normativa en sentido propio. La calificación de absoluta es redundante.

<sup>35</sup> Sobre esta concepción del modelo de principios, cfr. SIECKMANN, 1990: 141 ss.



## 2.1. La validez moral de los principios

La primera tesis central afirma que solo dentro del modelo principialista resulta posible justificar la validez de las normas de contenido sustantivo. Esto obedece a que la justificación normativa debe recurrir a los intereses que aducen los sujetos autónomos. Tales intereses justifican los argumentos normativos en la medida en que sean legítimos, esto es, en cuanto sean formalmente universalizables o susceptibles de consenso<sup>36</sup>.

Los intereses individuales y los argumentos normativos basados en ellos, no obstante, se encuentran a menudo en conflicto unos con otros. De ahí que el problema esencial de la argumentación práctica sea la ponderación de argumentos normativos contrapuestos; y de ahí también que, cuando existe un conflicto de intereses, y por tanto es necesaria una justificación, las normas definitivamente válidas solo puedan justificarse sobre la base de una ponderación de argumentos normativos. Todas las demás concepciones de la justificación normativa, en particular las de estructura axiomático-deductiva, fracasan, habida cuenta de que pueden entrar en conflicto con los intereses legítimos de sujetos autónomos, y de que una justificación normativa no puede lograrse sin atender a dichos intereses —pues el criterio último de justificación debe estar referido al consentimiento de sujetos autónomos—.

En consecuencia, los argumentos normativos basados en intereses han de reconocerse como válidos en el ámbito de la moral. Dichos argumentos normativos expresan principios morales en el sentido de razones para las ponderaciones.

## 2.2. La validez jurídica de los principios

La siguiente tesis afirma que los principios moralmente válidos poseen al mismo tiempo validez jurídica. Esto lo niegan las teorías positivistas que defienden la separación entre el derecho y la moral, y determinan la validez jurídica por medio de criterios formales y empírico-analíticos<sup>37</sup>. Estas dos postu-

<sup>36</sup> Si un individuo hace valer, por ejemplo, que no solo se le debería garantizar su libertad jurídica, sino también la libertad fáctica, en el sentido de la posibilidad de hacer uso de las libertades jurídicas, entonces esa demanda justifica un argumento normativo. Y en cuanto argumento no cabe ponerla en cuestión, pues dentro de una moral autónoma no puede negarse que los sujetos autónomos estén legitimados para aducir intereses y demandas. Estas deben a su vez ser tomadas en cuenta por otros sujetos autónomos al juzgar qué normas deben ser válidas en su comunidad. Si esto se cuestionara y se intentasen justificar las normas sin atender a los intereses y demandas aducidos por sujetos autónomos, no podría lograrse la aceptación voluntaria de esas normas por parte de los sujetos autónomos. Puesto que no parece existir una alternativa a una justificación moral autónoma, la justificación normativa sería del todo imposible por esa vía. Debe concederse a los sujetos autónomos, por tanto, el derecho de hacer valer demandas basadas en intereses. Y se debe asumir que cada uno de los demás sujetos autónomos tiene la obligación de tomar en consideración tales demandas, como argumentos normativos, en sus juicios (de ponderación) morales.

<sup>37</sup> Por ejemplo, HART, 1962: 1 ss.; 1980: 247 ss.

ras se diferencian en la cuestión de si la validez jurídica debe justificarse jurídico-positivamente, o si el derecho positivo opera sobre la base del conjunto de principios moralmente válidos y está vinculado por ellos, además, jurídicamente. Este es un problema fundamental que no puede tratarse aquí con detalle, pero al menos señalaré por qué la segunda posición es más plausible.

La justificación de la segunda postura trae causa de una concepción del derecho como orden racional, y no como un orden primariamente coactivo o de poder. El derecho no se concibe como mera fijación autoritativa, sino como un orden normativo que debe justificarse a partir de principios racionales<sup>38</sup>. Con los principios jurídicos se incorpora al derecho un plano o dimensión ideal que hace tanto de la justificación como de la crítica de las normas jurídicas definitivamente válidas un asunto del propio derecho. De acuerdo con esta idea, no puede crearse derecho fijando autoritativamente cualesquiera contenidos<sup>39</sup>, sino que debe existir el intento de transformar principios justificados por argumentos racionales en derecho positivo<sup>40</sup>. Y así, por ejemplo, el principio de protección de la libertad fáctica adquiriría ya validez jurídica porque y en la medida en que puede justificarse racionalmente. El modelo de principios, en este sentido, interpreta el derecho como un orden racional, y lo ve como un intento de organizar el orden social conforme a principios racionales.

¿Qué puede decirse en contra de esta asunción? Si uno ve el derecho únicamente como el resultado de actos de fijación autoritativa, entonces tan solo las normas establecidas jurídico-positivamente son elementos del derecho. La justificación y la crítica quedan fuera del derecho mientras no sean incorporadas a él por medio de un acto de autoridad. El argumento de que una moral autónoma exige ponderar argumentos normativos basados en intereses no puede invocarse, sin más, en contra de esta posición, ya que el derecho posee esencialmente un carácter autoritativo. Ahora bien, la cuestión que se plantea es si, al ser establecidas autoritativamente, las normas jurídicas pueden o deberían quedar desligadas por completo del contexto de la justificación racional. También de los creadores de derecho se espera que atiendan a argumentos racionales, y entonces, ¿por qué no deben estos argumentos tener validez dentro del propio orden jurídico? Esto conduce, de nuevo, a la cuestión fundamental de si el derecho debería ser concebido primariamente como un orden racional en el que los principios jurídicos son válidos ya en razón de su justificación material, o bien como un orden coactivo o de poder en el que incluso los principios que cualquiera debe reconocer racionalmente solo son jurídicamente válidos en razón de su reconocimiento autoritativo. Ante esta alternativa, la segunda postura

---

<sup>38</sup> Esto no excluye que el derecho establecido autoritativamente tenga contenidos racionales. Pero, según esta concepción, los principios racionales son válidos solo por razón de su positivación o establecimiento autoritativo.

<sup>39</sup> Así, la tesis de KELSEN, 1998: 205.

<sup>40</sup> La definición de derecho de Radbruch como realidad que tiene el sentido de servir a la idea de derecho (o sea, a la justicia) puede entenderse también en el sentido de dicha pretensión de corrección. Cfr. RADBRUCH, 1999: 38.



—la reducción del derecho a un mero orden coactivo— parece menos plausible, y en cualquier caso precisa de alguna justificación.

En su favor podría aducirse que, limitando el derecho a las normas autoritativamente establecidas, se promovería la seguridad jurídica<sup>41</sup>. Sin embargo, ese sería el caso solo si, en el sentido del positivismo normativista, se pretendiese una estricta observancia del derecho positivo; esta posición ha quedado desacreditada al menos desde la experiencia del derecho extremadamente injusto en el régimen nazi<sup>42</sup>. Por su parte, un positivismo jurídico descriptivo como el de H. L. A. HART, que no conecta ningún tipo de obligación moral de observancia con la validez jurídica, tampoco conduce en modo alguno a una mayor seguridad jurídica, sino que deja abierta la cuestión de conforme a qué normas deben decidir los jueces. Y esto es precisamente lo contrario a la seguridad jurídica.

Otra línea de defensa podría intentar minimizar la diferencia entre ambas posiciones. Una concepción positivista podría reconocer que hay mandatos morales que establecen que determinados principios deben ser válidos jurídicamente, pero atribuirles validez jurídica solo después de su reconocimiento autoritativo<sup>43</sup>. A falta de tal reconocimiento, en cambio, dichos principios no habrían de ser considerados en las decisiones jurídicas. Frente a esta tesis puede oponerse, con todo, que también las decisiones acerca de la validez jurídica de los principios son decisiones jurídicas. Cabe por ello contemplar los principios que son considerados en estas decisiones como pertenecientes al sistema jurídico. Conceptualmente se puede diferenciar, desde luego, entre principios cuya validez jurídica está moralmente ordenada y principios válidos jurídicamente. Pero no existen argumentos fuertes para hacerlo así, a más de que semejante distinción exigiría criterios de delimitación del derecho y la moral que no son fáciles de determinar, si es que los hay en absoluto<sup>44</sup>.

Así pues, el dilema de las posiciones positivistas es que o bien destierran del ámbito del derecho la argumentación racional y solo consideran jurídicas las normas establecidas autoritativamente, o bien aceptan la pertenencia de los principios y de su ponderación al derecho y, con ello, llegan a una concepción del derecho que ya no se diferencia apenas del modelo de principios. La primera opción coloca el derecho en contraposición con la razón, por lo que no es racionalmente aceptable; la segunda atenúa esta contraposición, pero no puede justificar por qué debamos atenernos a restringir el concepto de derecho a las normas establecidas autoritativamente. En cualquier caso, una concepción del derecho como orden racional parece más plausible que una concepción positi-

<sup>41</sup> Así, RADBRUCH, 1999: 90.

<sup>42</sup> Sobre el argumento de la injusticia, ALEXU, 1997a: 45 ss.

<sup>43</sup> Esta sería una concepción «blanda» o «inclusiva» del positivismo jurídico: cfr. COLEMAN, 1982; WALUCHOW, 1994.

<sup>44</sup> Cfr. la tesis de la apertura del derecho frente a los principios de la moral política en DWORKIN, 1984: 94 ss.

vista del derecho que haga depender la validez jurídica de los principios racionales de su reconocimiento autoritativo. Por consiguiente, de la justificación moral de los principios se deriva al mismo tiempo su validez como principios jurídicos. Y aunque los principios puedan ser modificados o incluso ser excluidos por el derecho positivo, su validez jurídica no tiene que justificarse en términos jurídico-positivos.

### 2.3. La validez jurídico-constitucional de los principios

Visto que de la concepción del derecho como orden racional se deriva que los principios materialmente justificados son también jurídicamente válidos, la siguiente cuestión es la de la validez jurídico-constitucional de los principios. De ella se trata, por ejemplo, cuando se interpretan los derechos fundamentales como valores constitucionales o como normas principales objetivas.

La dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales no se encuentra recogida expresamente en la Ley Fundamental, donde los derechos fundamentales se entienden como derechos subjetivos de los particulares frente al Estado. Pero si uno se pregunta por la justificación de tales derechos subjetivos, es lógico contemplar el propio objeto de protección iusfundamental como un bien digno de protección, que como tal, por tanto, constituye un valor que ha de protegerse con independencia de que medie una relación jurídica entre el Estado y el titular del derecho fundamental.

La validez jurídico-constitucional de la dimensión jurídico-objetiva o axiológica de los derechos fundamentales resulta, pues, de que aquella es un elemento necesario para una justificación coherente de los derechos fundamentales. Si uno no se contenta solo con la mera validez que confiere el legislador constitucional, sino que se pregunta por qué son válidos los derechos fundamentales, entonces llega a la conclusión de que hay valores o normas principales objetivas que pretenden validez con independencia de la relación Estado-ciudadano. La cuestión es si mediante argumentaciones como estas, orientadas a la racionalidad o corrección material, resulta posible justificar la validez de determinados principios o si, por el contrario, los contenidos jurídico-constitucionales solo se pueden establecer por medio de una fijación autoritativa del legislador constitucional.

#### 2.3.1. *Concepciones de la constitución*

Ante todo, conviene notar que ni la validez moral de los principios ni la validez jurídica basada en ella justifican, sin más, su validez jurídico-constitucional. La diferencia entre derecho ordinario y derecho constitucional resulta evidente cuando, como es habitual en Estados constitucionales modernos, se



asume la primacía de las normas constitucionales sobre el derecho ordinario. Pero este modo de entender la constitución es demasiado restringido. Siendo más precisos, hay que distinguir al menos tres concepciones de la constitución: como derecho justificado prepositivamente, como conjunto de principios que vinculan a los órganos de creación jurídica, y como orden normativo de rango superior o dotado de primacía.

1) *La constitución como derecho prepositivo.* La constitución puede entenderse como un conjunto de normas cuya validez es independiente de su reconocimiento jurídico-positivo. No hace falta conectar con ello una vinculación o una pretensión de primacía frente al legislador ordinario<sup>45</sup>. Si se concibe la constitución en este sentido prepositivo —que no suprapositivo—, es posible aceptar que la validez jurídica de los principios se justifique con argumentos morales. Por lo demás, contamos con el argumento de que el derecho en general, y la constitución en particular, deberían interpretarse como un orden racional, no como un mero orden coactivo o de poder. Esta argumentación, con todo, no es suficiente para aquellas constituciones que, como la Ley Fundamental, pretenden tener primacía y eficacia vinculante.

2) *La constitución como norma vinculante para el legislador y para los demás órganos creadores de derecho.* Conforme a esta concepción, la constitución obliga a los órganos productores de derecho a considerar debidamente los principios constitucionales en sus decisiones o sentencias. Esta es una concepción procedimental de la vinculación constitucional, según la cual la constitución no establece normas que las regulaciones de derecho ordinario hayan de cumplir, pero si contiene obligaciones, en especial para el legislador, de realizar o plasmar en el derecho ordinario los principios constitucionales. Dichas obligaciones también se extraen de la Ley Fundamental.

3) *La constitución como orden dotado de primacía.* Esta concepción asigna primacía a la constitución sobre el derecho ordinario. Ello presupone que la constitución contiene normas con las cuales las regulaciones de derecho ordinario pueden entrar en conflicto. La noción de primacía constitucional ha de diferenciarse, por tanto, de la de vinculación del legislador a la constitución<sup>46</sup>. También en el caso de la Ley Fundamental se asume dicha primacía.

<sup>45</sup> En este sentido puede asignarse al *common law* la condición de constitución del derecho inglés. Pese a que el parlamento puede ignorar o no tener en cuenta las reglas del *common law*, los tribunales ingleses, mediante «presunciones interpretativas» en este caso, intentan acotar las contravenciones del *common law* tanto como sea posible. Aquellas reciben también el nombre de «presunciones constitucionales»; así, CRAIG, 1994: 263. En este sentido, el *common law* constituye un orden normativo que antecede a las leyes del parlamento, pero sin primacía sobre ellas. Con todo, hay otras concepciones del *common law* como constitución, como la concepción de DICEY del «*rule of law*» como vinculación de los poderes públicos a los derechos individuales desarrollados en el *common law*, o la concepción según la cual el *common law* predetermina la «*manner and form*» de la legislación. Véase al respecto SIECKMANN, 1999: 85.

<sup>46</sup> La concepción de la vinculación constitucional no presupone que en el plano constitucional estén ya incluidas normas sustantivas definitivas con las que las regulaciones de derecho ordinario puedan entrar en conflicto. En este modelo, la vinculación constitucional se deriva tan solo de principios que sujetan las decisiones ponderativas estatales.

### 2.3.2. *La validez de los principios en el modelo de vinculación constitucional*

Si uno ve en el modelo de principios una concepción del derecho como orden racional, puede también trasladar este modelo al plano constitucional y aceptar la vinculación jurídico-constitucional del legislador ordinario a principios moralmente justificados. Según esto, el legislador está obligado por la constitución a considerar debidamente tales principios al elaborar las leyes, y ello exige que los pondere con otros intereses a los que deba o pueda atender.

Un ejemplo de este enfoque es la interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 I LF) como una libertad general de acción. Por esta vía se protege constitucionalmente la totalidad de los intereses en la libertad. Cuál sea el alcance definitivo de esa protección, no obstante, tiene que ser determinado ya por el legislador ordinario sobre la base de una ponderación de todos los intereses constitucionalmente relevantes. Otro ejemplo es el deber jurídico-objetivo del legislador, o de otros órganos estatales, de proteger la salud de los ciudadanos. Este deber ha de tenerse en cuenta en las decisiones estatales, pero cuál sea su alcance es algo que, de nuevo, tiene ya que ser determinado en virtud de una ponderación de los intereses en colisión. Y también el principio de protección de los rendimientos del propio trabajo puede aducirse como ejemplo. Se trata de un principio materialmente<sup>47</sup> justificado que, si bien todavía no da lugar a derechos de propiedad, ha de ser atendido por el legislador en sus decisiones y que, en el caso de una decisión sobre su reconocimiento y delimitación, tiene asimismo que ponderarse con otros intereses.

Una consecuencia de concebir la constitución como un orden de principios que vincula a los órganos creadores de derecho es que el legislador (si sus decisiones restringen intereses individuales) se encuentra casi siempre sometido al mandato de efectuar una ponderación correcta, así como al control jurídico-constitucional correspondiente. Se ha objetado que esta concepción sustituye la libertad de configuración normativa del legislador por una suerte de «discrecionalidad limitada», y coloca al legislador en una posición similar a la de un órgano administrativo<sup>48</sup>. Esto último es correcto en la medida en que la estructura de la decisión legislativa debe ser la de una ponderación racional, del mismo modo que han de serlo las decisiones discrecionales de la administración<sup>49</sup>. Pero el alcance de las ponderaciones legislativas continúa siendo mu-

---

<sup>47</sup> En el caso del principio de protección de los rendimientos del propio trabajo, se trata de un principio clásico de derecho natural (LOCKE) que durante mucho tiempo fue reconocido asimismo por el Tribunal Constitucional Federal como justificación de la protección iusfundamental de las empresas o industrias. En la más reciente dogmática de la propiedad, con todo, se ha abandonado este enfoque, y la protección de la propiedad como derecho subjetivo se limita a las posiciones jurídicamente reconocidas. Cfr. BVerfGE 83, 201 (208); 89, 1 6); 97, 350 (371).

<sup>48</sup> Cfr. al respecto MESSERSCHMIDT, 2000: 245 ss., así como la réplica correspondiente en pp. 270 ss.

<sup>49</sup> Igualmente, MESSERSCHMIDT, 2000: 281 ss., 1070, quien sin embargo, en lugar de seguir el enfoque de la vinculación constitucional, piensa que la discrecionalidad legislativa no está dirigida o guiada por normas, sino tan solo limitada por ellas (pp. 305 ss., 1071).



cho mayor del que tiene la administración en el caso de las ponderaciones en materia de planeamiento o en el de otras decisiones discrecionales habituales. Sin embargo, eso no resulta suficiente para quienes critican la vinculación del legislador mediante principios constitucionales. Pareciera que cualquier suerte de obligación del legislador de efectuar una ponderación racional se entiende como un ataque a su soberanía.

Esto puede obedecer a dos motivos. De un lado, puede considerarse el parlamento como soberano, lo que excluiría limitaciones a su libertad decisoria. Con ello no se cuestiona la existencia de normas constitucionales con primacía sobre las leyes ordinarias, pero aquellas deben constituir tan solo un marco dentro del cual el parlamento pueda operar libremente<sup>50</sup>. Queda por aclarar, no obstante, cuál habría de ser la justificación de esta postura. De acuerdo con la idea de democracia, soberano es —si es que alguien lo es en absoluto— el pueblo, pero no el parlamento, ni cualquier otro órgano estatal<sup>51</sup>. La idea de que el parlamento pudiera ser el soberano contradice su posición como representante del pueblo. En el desempeño de esta función, el parlamento debe conciliar los intereses de los ciudadanos de la mejor manera posible. Pero no hay ninguna razón para atribuirle una libertad decisoria ilimitada que no esté supeditada a realizar los intereses de los ciudadanos. No la hay, al menos, si uno encuentra el sentido de la constitución en la protección de la libertad de los ciudadanos, y no en la libertad de los órganos estatales<sup>52</sup>.

Aunque se rechace la idea de la soberanía parlamentaria y se reconozca la obligación del parlamento de realizar los intereses de los ciudadanos, cabría aducir, como segunda objeción, que el control judicial de las decisiones parlamentarias carece de justificación, pues tratándose de decisiones de carácter político los tribunales no estarían legitimados ni cualificados para controlarlas<sup>53</sup>. Esta objeción hace necesario aclarar qué significa en el modelo de principios el control judicial de las ponderaciones legislativas. Y como lo que se discute es el *control* de tales decisiones, no puede tratarse de que los tribunales mismos efectúen las ponderaciones y sustituyan las del legislador por las suyas propias, sino de que señalen y corrijan los errores en las ponderaciones del legislador<sup>54</sup>. Por lo tanto, presupuesto para una intervención judicial es que se demuestre un error en la ponderación legislativa<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> A favor de concebir la constitución como orden marco, véase BOCKENFÖRDE, 1991c: 198; 1993: 137. Sobre este problema, ALEXY, 2002c: 14 ss.

<sup>51</sup> Así también, la tesis de KRIELE de que en el Estado constitucional no existe ningún soberano; KRIELE, 1981: 112.

<sup>52</sup> Cfr. también KAUFMANN 1997: 162, quien, no obstante, rechaza que a partir de la distinción entre las esferas del derecho y de la política pueda derivarse una reserva en favor de la segunda.

<sup>53</sup> Cfr. la objeción de GELLERMAN, 2000: 71, según la cual concebir los principios como mandatos de optimización extendería la fuerza normativa de la constitución al ámbito de lo político.

<sup>54</sup> Defienden este tipo de concepciones formales del control de la ponderación, por ejemplo, PACHE, 2001 y BURCHARDT, 2004. Cfr. también BUCHWALD, 1996: 338-339; HAIN, 1999: 156-157.

<sup>55</sup> Tales errores pueden derivarse del incumplimiento de diversos requisitos formales de la ponderación correcta, como por ejemplo:

Queda abierta la cuestión de hasta qué punto el modelo de vinculación a los principios constitucionales permite un control de los propios resultados de la ponderación. Esto presupondría que determinados resultados ponderativos pudiesen justificarse como objetivamente válidos, de modo que el legislador pudiera encontrarse limitado por ellos ya en el momento de su decisión. Ahora bien, uno de los rasgos característicos de las ponderaciones de principios es que el resultado de la ponderación lo establece tan solo quien pondera, y no puede determinarse con independencia de su juicio de ponderación. Este modelo de «ponderación autónoma» se caracteriza por la apertura y la subjetividad de la decisión ponderativa<sup>56</sup>. Puede que sea posible establecer y justificar criterios objetivos sobre la corrección del contenido de los juicios ponderativos<sup>57</sup>, pero este problema queda ya fuera del marco del presente trabajo.

Con arreglo al modelo de ponderación autónoma, en definitiva, el control judicial no puede interferir en las decisiones sustantivas o de contenido que toma el legislador cuando no violan las condiciones formales de la ponderación correcta. En este modelo, no puede producirse una usurpación de las legítimas competencias decisorias del legislador. El problema de la justificación racional de los juicios ponderativos, por consiguiente, no justifica ninguna objeción en contra de incluir en la constitución, como principios iusfundamentales, principios moralmente justificados que protegen intereses individuales, sin que para ello sea necesaria una determinación autoritativa.

### 2.3.3. *La validez de los principios en el modelo de primacía constitucional*

Por lo que hace al modelo de primacía constitucional, asumir que no existen resultados de ponderación objetivamente justificables tiene como consecuencia que no sea posible obtener, de la ponderación de principios constitucionales, normas respecto de las cuales pueda invocarse la primacía de la constitución, pues esas normas se establecen solo a través del juicio de quien pondera. Y si es el legislador quien efectúa la ponderación, no habrá ninguna norma constitucional preexistente a su decisión que la norma establecida por él como resultado de la ponderación pudiera conculcar.

La primacía, de acuerdo con esto, valdría solamente para los principios constitucionales mismos. Esta primacía conduciría a que dichos principios se

- 
- la no consideración de principios jurídico-constitucionales;
  - las asunciones o apreciaciones empíricas erróneas;
  - la vulneración del criterio de optimalidad de Pareto (aplicado a la ponderación de principios), tal y como se encuentra contenido en las exigencias de idoneidad y de necesidad;
  - la vulneración de las exigencias de coherencia, como, por ejemplo, cuando existiendo razones de menor peso se produce una injerencia más fuerte en un derecho fundamental que en un caso análogo. Esto puede considerarse, desde la perspectiva jurídico-constitucional, como una aplicación del principio de igualdad en el marco del examen de proporcionalidad.

<sup>56</sup> SIECKMANN, 2006d: 115.

<sup>57</sup> Sobre este problema, véase SIECKMANN, 2006c: 235 ss., así como 2006a: 66 ss.



impusieran en todo su alcance sobre los principios sin rango constitucional. La más leve restricción de un principio constitucional legitimaría, cuando fuese necesario, la total preterición de un principio de mero derecho ordinario. Aplicar la primacía de la constitución a simples principios constitucionales parece, por tanto, enormemente problemático.

En consecuencia, si un modelo principialista asume que no hay resultados ponderativos objetivamente justificables, no tiene que aceptar la primacía de la constitución, sino tan solo la vinculación a la constitución. Con todo, también en este modelo se plantean problemas de primacía. No solo es el legislador quien puede efectuar la ponderación de principios jurídico-constitucionales, sino que también puede hacerlo un tribunal, en especial el tribunal constitucional. Y en la medida en que no sea posible la justificación objetiva de los resultados de la ponderación, el problema de la primacía de la constitución se convierte, por lo tanto, en la cuestión de si se debe atribuir prioridad a las decisiones ponderativas del legislador o a las del tribunal, esto es, a qué órgano debe incumbir la competencia para adoptar las decisiones vinculantes en última instancia<sup>58</sup>.

Ante esta cuestión parece haber pocos motivos para conceder primacía a las decisiones del tribunal: el principio democrático y la división de poderes parecen contraponerse a ello. No obstante, cabe preguntar cuál de estas instituciones está mejor cualificada para efectuar los necesarios juicios de ponderación. La democracia y la división de poderes constituyen argumentos fuertes para resolver esta cuestión en favor del legislador, pero tampoco son argumentos concluyentes. Podría haber ámbitos donde el tribunal constitucional se encuentre en una mejor posición para tomar decisiones de ponderación.

Uno de esos ámbitos podría ser el de los derechos fundamentales. Sin embargo, la presencia de cualquier interés protegido iusfundamentalmente no basta, por sí sola, para atribuir a los tribunales constitucionales la competencia para las decisiones vinculantes en última instancia. Siempre que se trate solo de la ponderación de intereses protegidos iusfundamentalmente, estaremos ante casos normales de legislación, por lo que no hay ningún motivo para sustituir la competencia decisoria última del parlamento por la del tribunal constitucional.

Ahora bien, es posible sostener una concepción de los derechos fundamentales con la que puede justificarse la competencia decisoria última de los tribunales constitucionales. Esta concepción no ve los derechos fundamentales como simples principios que exigen la realización de libertades o de otros inte-

<sup>58</sup> Sobre la idea de concepciones concurrentes de la constitución, véase SIECKMANN, 1990: 162 ss.; 2002: 399 ss. Esta idea no tiene que llevar necesariamente a una ponderación entre las concepciones jurídicas elaboradas por el tribunal y, por ejemplo, las del legislador. KAUFMANN (1997: 179) ha propuesto un «mandato de indiferencia» que obligaría a los tribunales a fijar el parámetro de control antes de elaborar una concepción jurídica propia, y eventualmente a renunciar a la construcción de su propio planteamiento. Sin embargo, es cuestionable que una delimitación esquemática conduzca a resultados satisfactorios y permita disipar el problema de la calidad y de la garantía de corrección de la decisión afectada.

reses individuales, sino como principios que excluyen la competencia del legislador para ponderar los derechos fundamentales con otros intereses. Mientras que los primeros conducen a mandatos de ponderación, los segundos conducen a prohibiciones principales de ponderación —es decir, a principios que exigen que no se pondere— y a exclusiones principales de la competencia del legislador para someter dichos derechos fundamentales a ponderaciones. Los derechos fundamentales, de acuerdo con esto, se entienden como derechos en principio\* inmunes que no deben quedar sometidos a las competencias ponderativas del legislador<sup>59</sup>.

La cuestión subsiguiente es entonces quién debe decidir, en último término, sobre la ponderación de esas prohibiciones de ponderar o limitaciones competenciales —pues unas y otras tienen carácter de principios—. Parece plausible no dejar esta decisión al propio legislador. Las prohibiciones o los límites de competencia sobre cuya validez puede decidir el propio afectado no parecen razonables si se piensa en la protección efectiva de los derechos fundamentales<sup>60</sup>. Por eso, entender los derechos fundamentales como prohibiciones principales de ponderación conduce a atribuir a los tribunales constitucionales la competencia decisoria última en aquellas cuestiones que afectan a dichas prohibiciones.

Ha de concederse, con todo, que esta concepción de los derechos fundamentales como «prohibiciones principales de ponderación» no ha sido desarrollada sistemáticamente todavía. Para hacer plausible este enfoque, intentaré esbozar de qué forma se podría articular una concepción como esta en el marco de la Ley Fundamental.

Es posible formar tres grupos de disposiciones iusfundamentales:

1) Derechos fundamentales con reserva de ley o habilitaciones similares (Art. 2 I, 8 II, 12 I 2, 14 I 2 LF). El ejercicio de estos derechos fundamentales comporta típicamente conflictos con otros intereses. Se habilita por ello al legislador para limitar los derechos fundamentales afectados y, con este fin, para ponderar el interés iusfundamental con otros intereses en colisión. No existen, pues, prohibiciones de ponderación.

2) Derechos fundamentales garantizados sin reserva (Art. 4, 5 III, 8 I, 9 I, III, 12 I 1 LF). Estas disposiciones no habilitan al legislador para efectuar ponderaciones, sino que han de interpretarse como prohibiciones principales de ponderación<sup>61</sup>.

\* *N. de T.* «En principio» ha de entenderse aquí en el sentido de «principal» o «con carácter de principio».

<sup>59</sup> Sobre la estructura del derecho fundamental a la propiedad, cfr. SIECKMANN, 2005b: 238 ss.; 1998: 82, 252.

<sup>60</sup> Se puede aducir también la prohibición de decidir uno mismo en causa propia. Véase al respecto STREIT, 2006.

<sup>61</sup> Ello implica, con todo, que el ámbito de protección de estos derechos fundamentales debe determinarse de una manera que sea compatible con una prohibición principal de ponderación. Éste no es el caso cuando el ejercicio de un derecho fundamental puede conducir regularmente a conflictos con otros intereses.



3) Derechos fundamentales garantizados explícitamente mediante una reserva de ley (art. 2 II, 10, 11, 14 III LF), esto es, mediante disposiciones que establecen que «solo por ley o en virtud de una ley» es admisible la limitación del derecho fundamental. Estas disposiciones excluyen las injerencias sin una ley del parlamento, pero no habilitan para limitar el derecho fundamental ni para efectuar las ponderaciones correspondientes. Han de interpretarse entonces como prohibiciones principales de ponderación. Es decir, la ponderación de estos derechos no está ya autorizada por la constitución, sino que requiere de una justificación particular.

Por consiguiente, vemos como en la Ley Fundamental pueden encontrarse argumentos a favor de ambas posiciones<sup>62</sup>: de una parte, el modelo simple de ponderación, conectado con una concepción amplia de los principios y con el deber de ponderación correcta; y de otra, el modelo estructurado de ponderación, que excluye en principio el someter ciertos derechos fundamentales a ponderaciones con otros intereses.

El modelo simple de ponderación se aplica a los derechos fundamentales cuyo ejercicio puede entrar a menudo en colisión con otros intereses. Se trata aquí de libertades «para algo»<sup>63</sup>. El modelo estructurado de los derechos fundamentales como prohibiciones principales de ponderar, en cambio, resulta adecuado para los derechos fundamentales que protegen a la persona, su esfera privada o incluso su esfera patrimonial externa<sup>64</sup>. Se trata de la tutela frente a las agresiones contra determinados bienes dignos de protección de los titulares de derechos fundamentales, esto es, de una libertad «de algo».

---

Una interpretación amplia de la libertad religiosa o de la libertad científica, por ejemplo, que las considere libertades generales de acción dentro de un determinado ámbito, resulta problemática en ese sentido. Cfr. también los reparos de MUCKEL, 2000, así como BÖCKENFÖRDE, 2003: 180 ss. Para una interpretación amplia del ámbito de protección del art. 4 I y II LF (libertad de conciencia y libertad religiosa), véase en cambio BOROWSKI, 2006: 381 ss. Esta discusión, sin embargo, no toma en cuenta la distinción entre meros principios iusfundamentales y prohibiciones principales de ponderación.

<sup>62</sup> El art. 5 I (libertades de expresión, información y prensa) y el art. 13 LF (inviolabilidad del domicilio) no pueden clasificarse directamente a partir de su tenor literal. El art. 13 LF pertenece a la protección de la esfera privada y, por tanto, a los derechos fundamentales que no deberían someterse a ponderaciones. Las habilitaciones para intervenir sobre este derecho contenidas en el art. 13 II, III, IV y VII LF no han de verse, por consiguiente, como habilitaciones para regular conflictos surgidos en el ejercicio de un derecho fundamental, sino que ya en el plano constitucional restringen la prohibición principal de ponderación por razones de persecución criminal o de prevención de riesgos. La prohibición principal de ponderar que incorpora el art. 5 II LF al establecer una reserva de ley general no es una prohibición comprehensiva, sino relativa a las intervenciones sobre la libertad de expresión como tal, o sobre la libertad de expresar cierto tipo de opiniones. En cambio, ha de reconocerse una reserva de ley en la medida en que estén en juego conflictos derivados del ejercicio de la libertad de expresión pero no específicos de ella (como, por ejemplo, el uso de una propiedad ajena para la difusión de las opiniones propias).

<sup>63</sup> Este argumento se refiere a los derechos de libertad. Los derechos de prestación requieren una valoración diferenciada.

<sup>64</sup> Una concepción liberal de los derechos fundamentales excluirá además, en principio, la ponderación de los derechos de libertad con bienes colectivos, y aplicará la reserva de ponderación únicamente a la delimitación de las diversas esferas de libertad.

Siguiendo esta concepción, la teoría de los principios no solo no contradice la exigencia de vinculación a la voluntad del legislador constitucional, sino que además viene exigida por una interpretación histórica de la Ley Fundamental basada en dicha voluntad<sup>65</sup>. Para encontrar en la propia constitución el modelo principialista de los derechos fundamentales —o, más exactamente, las dos variantes de este modelo presentadas aquí—, uno sólo tiene que tomar en serio el tenor literal de las disposiciones iusfundamentales.

### 3. CONCLUSIÓN

Interesa destacar, en primer lugar, que la definición alexyana de los principios como mandatos de optimización resulta incompatible con un modelo que los conciba como razones para juicios de ponderación. La separación entre principios y normas definitivas puede mantenerse, no obstante, definiendo los principios como argumentos normativos que constituyen, al mismo tiempo, razones y objetos de los juicios de ponderación.

Es posible mostrar además, de un lado, que en el marco de una concepción del derecho que lo entienda primariamente como un orden de razón, y no como un orden coactivo o de poder, el derecho constitucional puede interpretarse como el modo de vincular el poder público a los principios jurídicos; y de otro, que la validez jurídico-constitucional de los principios puede derivarse directamente de su justificación material y su validez moral. No es preciso ningún acto de positivación normativa del legislador constitucional para justificar su validez jurídico-constitucional. La primacía de la constitución, así y todo, no puede invocarse en favor de dichos principios, ya estén justificados formal o materialmente. En lugar de eso, ha de preguntarse por la primacía de las competencias decisorias en materia de interpretación y ponderación de principios constitucionales.

De acuerdo con lo anterior, cabe presentar las siguientes conclusiones:

1) Los principios pueden distinguirse de las reglas (en el sentido de normas definitivas) por razón de su estructura. Los principios son argumentos normativos que exigen determinados resultados de ponderación y que muestran la estructura de mandatos reiterativos de validez. Las reglas son el contenido de proposiciones normativas —o, si se quiere expresar así: son el contenido de aserciones normativas de la validez definitiva de normas.

2) La justificación de normas morales, esto es, generalmente vinculantes, solo resulta posible dentro del modelo de principios y en virtud de la ponderación de los argumentos normativos basados en intereses aducidos por sujetos autónomos.

---

<sup>65</sup> Como, por ejemplo, JESTAEDT, 1999: 328 ss. y 361.



3) Los principios morales válidos son a su vez, en principio, jurídicamente válidos. Los ordenamientos jurídicos positivos solo pueden operar sobre la base de principios moralmente válidos, no al margen de ellos. Esto se sigue de entender el derecho como un orden de razón, y no primariamente como un orden coactivo o de poder.

4) Los principios moralmente válidos pueden poseer al mismo tiempo validez jurídico-constitucional, si bien solo en el modelo de constitución como derecho prepositivo y en el de vinculación constitucional —esto es, en el que considera que la producción de derecho se encuentra vinculada por principios—, pero no así en el modelo de primacía de la constitución. Que también el legislador está vinculado por dichos principios se deriva de la concepción de la constitución como salvaguarda de la libertad de los ciudadanos (y no de la libertad del Estado).

5) El modelo de la primacía constitucional no es compatible, sin más, con el modelo principialista de constitución. En lugar de apelar a la primacía de la constitución, hay que preguntar cuál de las dos competencias decisorias sobre ponderación de principios constitucionales, la del legislador o la del tribunal constitucional, tiene la primacía. Y ante esta alternativa, ha de concederse la primacía al tribunal constitucional siempre que se trate de derechos fundamentales en el sentido de prohibiciones principiales de ponderación o derechos en principio inmunes (que en principio excluyen o quedan más allá de las facultades legislativas).

6) Las estructuras básicas del modelo de derechos fundamentales como derechos en principio inmunes se encuentran implícitas en las disposiciones de la Ley Fundamental que habilitan para limitar o intervenir sobre un derecho fundamental. Esto confirmaría que el modelo principialista de los derechos fundamentales esbozado aquí constituye una interpretación adecuada de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental que, además, respeta la voluntad del legislador constitucional.