

## REGLAS, PRINCIPIOS Y EL HONDO ABISMO QUE EXISTE ENTRE LOS DOS

*Rules, Principles and the Deep Abys that Exists between the Two*

Jesús Everardo RODRÍGUEZ DURÓN\*

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v13i25.482>

“Esa era mi esperanza... / mas ya que a sus fulgores / se opone el hondo abismo  
/ que existe entre los dos / ¿Adios por la vez última [...]!”

Manuel ACUÑA, *Nocturno a Rosario*<sup>1</sup>

Sumario:

I. El tiempo de los principios II. Fuerte o débil III. Hablemos de los “mandatos de optimización” IV. Convenciones interpretativas V. Qué queda de la (TDil) VI. Referencias.

**Resumen:** En el presente artículo se explora la virtualidad de la tesis de la distinción lógica entre reglas y principios conforme a una de sus presentaciones más difundidas; esto es, la teoría de los mandatos de optimización de Robert Alexy. No obstante, se sostiene que la tesis fuerte de la distinción no logra su objetivo, porque entre ambas especies normativas existe solo una diferencia gradual relacionada con la aplicación de una convención interpretativa.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, reglas, principios.

**Abstract:** This article explores the virtuality of the thesis of the logical distinction between rules and principles according to one of its most widespread presentations; that is, Robert Alexy's theory of optimization commands. However, it is argued that the strong thesis of the distinction does not achieve its objective, because between both classes of normative species there is only a gradual difference related to the application of an interpretive convention.

**Keywords:** Constitutionalism, rules, principles.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor en las Maestrías en Justicia Constitucional, Ciencias Jurídico Penales e Interinstitucional en Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (CONAHCYT).

<sup>1</sup> Se cita por Acuña, Manuel, *Poesía completa*, México, Secretaría de Cultura, 2014.

## I. El tiempo de los principios

La historia reciente de los derechos fundamentales cuenta el relato de una constante expansión. Entre otras, la causa de ese fenómeno se explica por la insoslayable “emigración de contenidos morales al interior del derecho”<sup>2</sup>. Desde luego, el acercamiento entre ambos dominios puede aceptarse a título de hecho notorio, aunque ello no implique —por cierto— conceder que semejante deslizamiento o coincidencia suponga la desaparición de la frontera entre tales territorios o, dicho con otras palabras, acredite también la existencia de “una moralización directa del derecho”<sup>3</sup>. No obstante, por encima de esta aclaración preliminar, es preciso apuntar cómo el papel de las exigencias sustantivas dentro del ordenamiento condiciona “aquello que el legislador y, demás poderes públicos, pueden válidamente decidir o no decidir”<sup>4</sup>. Si por ahora se toma distancia de las consecuencias que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales comportan sobre las distintas concepciones del derecho<sup>5</sup>, lo que interesa destacar es la forma en

2 Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 6a ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 276. Sobre la importancia de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionalizados, véase, asimismo, Bechara Llanos, Abraham Zamir, “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm., 2, 2011, pp. 64-66, disponible en: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1778>.

3 *Ibid.* Ello no desconoce, por ejemplo, que en ocasiones la regla de reconocimiento remita ciertos contenidos morales para determinar, qué cuenta como derecho dentro de un determinado sistema jurídico. Empero, tal incorporación accidental hablaría tan solo de la existencia de conexiones contingentes —no conceptuales— entre el derecho y la moral en la línea marcada por el positivismo jurídico incluyente. Sobre ello, véase: Moreso, José Juan, “*Ethica more iuridico incorporata*”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, pp. 161-180, disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-2013-10016100180](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2013-10016100180) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024)

4 Véase: Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Lima, Palestra, 2023, p. 263. La concepción de la constitución como norma suprema jurisdiccionalmente aplicable subyacente a lo expuesto arriba se acepta también en diversos precedentes de la Suprema Corte, donde el alto tribunal explica, verbigracia, que “la doctrina de que la constitución es, ante todo, una norma jurídica [...] implica el reconocimiento de las siguientes premisas: (i) en primer término, todo el contenido de la constitución tiene un valor normativo inmediato y directo, teniendo la posibilidad de facyo de desenvolverse en todo su contenido: (ii) adicionalmente, la constitución requiere de un esquema idóneo que la proteja frente a actos o disposiciones que la pretendan vulnerar, pues su fuerza normativa radica tanto en su capacidad de adaptarse a los cambios de su contexto, así como en su permanencia, la cual no se refiere a una inmutabilidad, sino a su cabal aplicación; y (iii) la constitución es el fundamento de validez del resto del ordenamiento jurídico, de lo cual se desprende la posibilidad de llevar a cabo un control de regularidad normativa respecto de aquellas disposiciones que la contraríen”. Véase el criterio 1a. CXXXV/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2015, p. 485, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008936> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024). En esa misma línea jurisprudencial, la Corte reconoce la dimensión objetiva de los derechos fundamentales “en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo”. Sobre ello, la tesis 1a./J. 43/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 333, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/tfVpMHYBN\\_4klb4Hn9p4/%22Normas%20objetivas%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/tfVpMHYBN_4klb4Hn9p4/%22Normas%20objetivas%22) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

5 Para aclarar los confines del debate, me remito, por todos, a Vázquez Sánchez, Omar, *Teorías neoconstitucionalistas. Un análisis de los constitucionalismos garantista, principalista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana*, Lima, Palestra, 2020.

cómo esa expansión iusfundamental se proyecta sobre tres frentes mutuamente implicados. El asunto puede explicarse con las conocidas palabras de Robert Alexy, para quien esa

[...] expansión viene caracterizada por tres aspectos estrechamente vinculados entre sí. El primero es que los derechos fundamentales han ampliado su ámbito de validez mucho más allá de la relación ciudadano- Estado, y han alcanzado un “efecto de irradiación” sobre todo el sistema jurídico. Han devenido ubicuos. El segundo aspecto consiste en una conexión interna entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad: si este principio es aplicable a los derechos fundamentales, entonces estos tienen necesariamente estructura de principios o mandatos de optimización. La ubicuidad se une así con la optimización. Finalmente, el tercer aspecto es que el contenido de los derechos fundamentales se ha extendido mucho más allá de los derechos de defensa<sup>6</sup>.

Cada uno de los aspectos señalados en la cita del profesor alemán importa profundas implicaciones para la teoría y práctica del derecho; sin embargo, en lo que sigue quiero ocuparme solamente de uno de esos frentes. Se trata, claro está, de aquella concepción según la cual, los derechos son algo distinto de las reglas en cuanto que aquellos representan una clase especial de normas, genéricamente designadas con el nombre de “principios”. Conforme a esa manera de entender las cosas, se sostiene que entre las reglas y los principios se abre un abismo infranqueable, tal como lo sostiene la teoría alexyana frecuentemente socorrida en algunos círculos especializados y en profusos precedentes judiciales. El caso es que, si dicha distinción es acertada, entonces la única manera apropiada de enfocar las cualidades estructurales de las reglas y los principios es con arreglo a una tesis fuerte. Desde luego, la propia elección a favor de la separación tajante releva la existencia de alternativas menos drásticas que, ciertamente, no se avienen del todo con el talante de la teoría del derecho estándar para el Estado constitucional<sup>7</sup>, que encuentra en la veta de los mandatos de optimización a una de sus atalayas esenciales<sup>8</sup>. No obstante, contra la tesis de la diferencia cualitativa sostendré que entre las reglas y los principios existe solo una diferencia de grado; o dicho con otras palabras, que en lugar de un “abismo infranqueable” entre ambas especies normativas, existe tan un cierto “parecido de familia”<sup>9</sup>.

6 Cfr. Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, trad. de Daniel Oliver-Lalana, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 119.

7 Bajo esa etiqueta, en beneficio de la brevedad, pueden agruparse a las concepciones jurídicas que explican el proceso de constitucionalización de los ordenamientos contemporáneos en forma tendencialmente contraria a los postulados del positivismo jurídico.

8 Una identificación temprana de las notas características de las teorías jurídicas a las que se alude en esta parte puede verse en Calsamiglia, Albert, “Pospositivismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 1998, vol. 1, núm. 21, pp. 209-220, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.11>.

9 El origen de esta expresión se remonta al segundo Wittgenstein; y, como se verá en seguida, las tesis fuerte y débil de la distinción, son susceptibles de estructurarse a partir de un par de expresiones tomadas de la obra del filósofo austriaco. Por lo que hace al “parecido de familia” en los párrafos 66 y 67 de las *Investigaciones filosóficas*, Wittgenstein explica en relación con los juegos: “Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de ludia, etcétera. ¿Qué hay común a todos ellos? —No digas: “Tiene que haber algo común a ellos o no los llamaríamos ‘juegos’” —sino mira si hay algo común a todos ellos. —Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] Y el resultado de este examen reza así: vemos una complicada red de parecidos que se superponen y entrecruzan. Parecidos a gran escala y de detalle. “Para el profesor de Cambridge, al igual que ocurre con las normas, los juegos forman una familia cuyos miembros se parecen unos a otros. Dice Wittgenstein “No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión “parecidos de familia”; pues es así como se superponen y entrecruzan

## II. Fuerte o débil

Para demostrar la hipótesis esbozada en el apartado anterior conviene avanzar despacio y comenzar un paso antes de los confines ocupados por la tesis de la separación conceptual. Ese territorio previo es el sitio de la tesis débil de la distinción entre reglas y principios<sup>10</sup>. Conforme a la (TDig), ambas especies funcionan en el razonamiento jurídico como normas probabilísticas. La diferencia entre reglas y principios estriba tan solo en el grado de especificidad con el que estén concebidos<sup>11</sup>. Como lo explica Aulis Aarnio, las reglas y los principios desempeñan un papel análogo, salvo porque los segundos “tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay características especiales para distinguirlos de ellas”<sup>12</sup>. Por ello, no puede trazarse una diferencia categórica, antes bien –para decirlo con palabras de Wittgenstein– ambas especies están atravesadas por rasgos en común, es decir, por parecidos similares a los que se dan entre los miembros de una sola familia normativa<sup>13</sup>. Para describirlo en corto, sucede que en los rasgos normativos estructurales no se advierte ningún elemento determinante en torno a cómo deba identificarse la especie de que se trate y, correlativamente, en ello tampoco podría descansar con éxito la tesis de la diferencia cualitativa<sup>14</sup>.

Nada menos, suele concebirse a los principios como normas especialmente vagas frente a la concreción característica de las reglas. No obstante, el grado de especificidad es, en sí mismo, insuficiente para sostener una diferencia conceptual con los principios. Si se deja aparte esa cualidad, la estructura de las reglas y los principios es semejante a la de cualquier norma genérica o precisa<sup>15</sup>. Desde la óptica de su enunciación lingüística, reglas y principios pueden formularse ambigua o vagamente. El hecho no cambia porque la formulación de los principios sea a menudo más general que la de las reglas, ya que también ellas, pueden ser vagas y difíciles de clarificar. Para demostrarlo “basta tan solo recordar las normas flexibles o la llamada problemática de la textura abierta. En ese respecto, las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los principios. Cuando más puede haber una diferencia de grado entre estas dos categorías”<sup>16</sup>. Desde luego, si la teoría del derecho estándar para el Estado constitucional, con su claro sabor no-positivista, tomara de recibo en todos los casos a la tesis gradual, no habría razón para la polémica. Empero esto no es así. Por el contrario, un amplio sector de esa concepción — con

---

los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etcétera, etcétera. —Y diré: los “juegos” componen una familia”. Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Carlos Ulises Moulines, en *Ludwig Wittgenstein I*, Madrid, Gredos, 2009, p. 227.

10 En adelante designaré indistintamente a esta proposición como la tesis débil o de la distinción de grado, según se desprende de la forma abreviada que emplearé repetidamente (TDig).

11 Cfr. Bayón Mohino, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 359.

12 Véase: Aarnio, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, trad. de Pedro Serna, 2000, núm. 4, p. 594, disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2070/AD-4-35.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

13 Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *op. cit.*, p. 227.

14 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013, p. 58 y ss.

15 Laporta San Miguel, Francisco Javier, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 1985, núm. 67, p. 5, disponible en: [https://cv.uoc.edu/mat/03\\_001/Laportai.htm](https://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laportai.htm) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

16 Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Lima, Palestra, 2016, p. 167.

Ronald Dworkin<sup>17</sup> y Robert Alexy a la cabeza— se caracteriza por sostener que la distinción entre reglas y principios es un asunto lógico o conceptual —a partir de ahora identificaré a dicha postura como la (TDil)—<sup>18</sup>. Al igual que sus antiguos ascendientes<sup>19</sup>, los valedores de la (TDil) explican que entre ambas especies existe una diferencia de cualidad<sup>20</sup>. Pero no solo eso, sino que se trata de una cualidad hasta cierto punto inadvertida por los estudiosos de los conocidos principios generales del derecho, en cuanto que ellos no se ocuparon demasiado en ofrecer un entramado analítico sobre el que descansara la distinción aludida.

Puestos en la faena de perfilar la (TDil) bien puede volver a tomarse como base la última noción wittgensteniana sobre el seguimiento de las reglas. Conforme a ello, cuando debe aplicarse una directiva del tipo -si “A” es, debe ser “B”- el operador no puede comportarse de una manera distinta a la que viene señalada por la conswcuencia “B”. Las reglas, explica una vívida imagen, son como las vías del ferrocarril: se siguen o no<sup>21</sup>. Lo que singulariza a las reglas no es que se trate de normas exentas de excepciones, sino que —al menos— es tendencialmente posible formular un elenco de todas ellas. Si este punto es correcto, la posibilidad de adelantar los momentos donde las reglas deben ser excepcionadas, incidirá en la forma de solucionar los conflictos entre reglas y en la manera de aplicar los principios a los casos concretos. Como se ve, la (TDil) admite diversas formulaciones según lo que se entienda por “principio”<sup>22</sup> y en lo que se haga consistir la diferencia con las reglas<sup>23</sup>.

Así, se parte de un criterio estructural cuando se asume el carácter “todo o nada” de las reglas, ya sea porque resulten enteramente aplicables a un caso o, de otro modo, no contribuyan en nada a la decisión<sup>24</sup>. Además, las reglas aportarían razones perentorias que excluyen cualquier otra deliberación por parte del operador<sup>25</sup>, mientras que los principios representarían normas en orden a la optimización<sup>26</sup>. Por el contrario, si la diferencia estriba en la forma de aplicar los principios —por lo demás casi siempre colocados en las escalas más altas del ordenamiento—, en especial en los supuestos de colisión, entonces el acento estará puesto en el aspecto funcional<sup>27</sup>, aunque tal cosa no sea más que una derivación de la propia estructura de las normas en cuestión<sup>28</sup>. En este punto, a fin de sintetizar los rasgos en donde se pretende sustentar la distin-

17 Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, *La filosofía del derecho*, trad. Javier Sáinz de los Terreros, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

18 En lo sucesivo me referiré a la tesis de la distinción fuerte o a la tesis de la diferencia lógica como equivalentes, tal como se muestra en la expresión (TDil).

19 Sobre el sentido de la expresión, véase: Mora Sifuentes, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 287-299.

20 Cfr. Aarnio, Aulis, p. 593; y Bayón Mohino, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 359.

21 Véase: Aarnio, Aulis “Reglas y principios...”, *op. cit.*, p. 593.

22 Verbigracia, Genaro Carrió identificó hasta ocho acepciones del vocablo según el lenguaje común. Cfr. Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5a ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, pp. 209-210.

23 Bayón Mohino, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 360.

24 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 28-36.

25 *Ibidem*, p. 33.

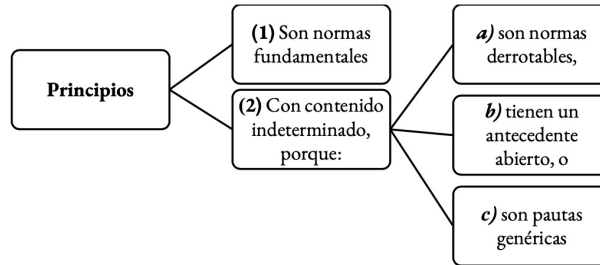
26 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 67.

27 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 57.

28 Sobre este tema cfr.: Vilajosana, Josep María, *Identificación y justificación del derecho*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 114-116.

ción lógica, puede echarse mano de un recurso gráfico para ilustrar las características definitorias de los principios, tal como se muestra en la Figura 1 —que se inserta a continuación—<sup>29</sup>.

Figura 1. Los principios según (la síntesis de) Guastini



La Figura 1 alcanza para dejar apuntado un par de cuestiones. En primer lugar, es preciso indicar que el criterio de distinción basado en el elenco de excepciones predeterminadas y en la especialidad de la aplicación normativa, no se compadece con el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Ni en el caso de las reglas ni en el de los principios es dable adelantar una lista cerrada de excepciones y su empleo por los operadores no supone una mera operación mecánica que distinga, cuándo basta el silogismo y cuándo debe llamarse en apoyo a la ponderación<sup>30</sup>. Sería innecesario insistir otra vez sobre este punto, si no fuera porque algún resabio del criterio persiste en la teoría principialista desde el momento en que se ve a las reglas como mandatos definitivos opuestos a los imperativos *prima facie*<sup>31</sup>. Con arreglo a (TDil), los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, sino solo elementos para la ponderación que guardan una estrecha afinidad con los valores y los objetivos políticos y morales<sup>32</sup>. Se dice que las normas principiales poseen una dimensión de peso o importancia de la que las reglas carecen<sup>33</sup>. Por lo demás, en la terminología de Alexy que se referirá en el siguiente apartado, constituyen mandatos de optimización; es decir, pautas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible de las condiciones fácticas y jurídicas concurrentes<sup>34</sup>.

El conjunto descrito apunta —por lo demás— al hecho del conflicto como una nota peculiar de los principios. La diferencia de densidad normativa ante un caso concreto significa “que el

29 La Figura 1 retoma los planteamientos expuestos en Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, trad. de César Moreno More, 2a ed., Lima, Legales Ediciones, 2017, p. 325.

30 Bayón Mohíno, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 361-363; y en cierto sentido, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 79-82.

31 Por todos, véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

32 Cfr. Aarnio, Aulis, “Reglas y principios...”, *op. cit.*, p. 593.

33 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2012, p. 78.

34 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 80.

principio con el mayor peso desplaza al menos importante. Por tanto, en caso de conflicto no existe un orden jerárquico vinculante dado de antemano que muestre la forma de resolverlo”<sup>35</sup>

Los principios únicamente proveen al operador un orden tenue de preferencia conforme al código axiológico sobre el que se asienta el sistema, pero en modo alguno le indican una única alternativa de solución<sup>36</sup>. Por eso, conforme a la (TDiI) es claro que las reglas y los principios son especies separadas y, malamente, la teoría del derecho podría contentarse con soslayar esta dicotomía o con oscurecerla mediante el recurso del parecido de familia.

Luego, en segundo término, tal como se insinuó hace apenas unas páginas, parece que las principales versiones del constitucionalismo no-positivista abrazan alguna versión de la tesis sobre la diferencia lógica. Lo hacen a pesar de que la (TDiI) no alcance —al menos por lo que se lleva visto— a demostrar con suficiencia el carácter conceptual de las diferencias entre reglas y principios. La primera parte de este argumento apenas se ha insinuado. La segunda, por cierto, permanece ignota hasta el momento, pero apunta hacia la pertinencia de enfocar el problema de la distinción como una cuestión de grado<sup>37</sup>. En conjunto, ambos aspectos reclaman un tratamiento atento, por lo cual en el siguiente apartado comenzaré por analizar la forma en que la tesis fuerte ha cristalizado a través de uno de sus planteamientos más destacados: nada menos que la teoría de los mandatos de optimización de Robert Alexy.

### III. Hablemos de los “mandatos de optimización”

La idea de los principios como mandatos de optimización ocupa un lugar central en la teoría jurídica de Robert Alexy<sup>38</sup>. Junto con las tesis sobre la doble naturaleza del derecho<sup>39</sup> y la argu-

35 Cfr. Aarnio, Aulis “Reglas y principios...”, *op. cit.*, p. 594.

36 *Ibid.*

37 Cfr. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable...*, *op. cit.*, p. 167.

38 Cfr. Alexy, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *La doble naturaleza del derecho*, trad. de Daniel Oliver Lalana, Madrid, Trotta, 2017, pp. 44-46. Sobre ello, Bechara Llanos, Abraham Zamir y Vides Argel, María Eugenia, “Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann”, *Justicia*, vol. 24, núm. 36, 2019, pp. 204-209, disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.24.36.3765>. En este sentido, la teoría Alexy representa, quizá, la versión más difundida de la versión optimizadora; mientras que el modelo de proporcionalidad perfilado por Aharon Barak constituye un ejemplo de un enfoque más restrictivo. En efecto, la teoría de Barak presenta notorios puntos de separación con los presupuestos alexyanos. Primero, según la opinión de Alexy, cuando dos derechos fundamentales o un derecho fundamental y un interés colectivo se encuentran en conflicto, debe constituirse una regla especial que opera sobre la esfera constitucional para restringir el supuesto de hecho del derecho de que se trate. Sin embargo, para Barak dicha regla solo puede operar a nivel infraconstitucional y en ningún modo es capaz de afectar o modificar la extensión del supuesto de hecho en sí mismo considerado. En segundo lugar, en la versión dominante la regla de la ponderación implica una comparación entre el propósito que busca alcanzar la decisión que afecta a un derecho fundamental, con la afectación que dicha decisión inflige al derecho de que se trate. Por lo tanto, si bien Barak está de acuerdo con la primera parte de la ecuación, también considera que debe incluirse “la importancia de evitar la restricción al derecho fundamental”. En tercer lugar, el modelo ponderativo de Barak se basa en una distinción entre los derechos y los intereses públicos como aspectos distintos para considerar en la ponderación. Y, por último, se caracteriza por enfatizar “que las consideraciones acerca de la proporcionalidad pueden ser aplicadas aun cuando el derecho sea estructurado como una regla constitucional” Cfr. Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, p. 28.

39 Véase: Alexy, Robert “Los principales elementos...”, *op. cit.*, pp. 44-46.

mentación jurídica como caso especial del discurso práctico general<sup>40</sup>, la separación conceptual entre reglas y principios constituye uno de los ejes sobre los que discurre la institucionalización de la razón; es decir, la divisa característica del no-positivismo mantenido por el autor alemán<sup>41</sup>. A este propósito es importante resaltar como el principialismo de Alexy representa una de las versiones más influyentes sobre el problema de la distinción<sup>42</sup>. Sus argumentos en torno a la separación entre reglas y principios se encuentran inmersos en las reflexiones sobre el concepto, naturaleza y estructura de los derechos fundamentales que constituyeron el objeto central del escrito de habilitación en derecho público y filosofía jurídica que Alexy presentó en la Universidad de Gotinga en 1984<sup>43</sup>. Ese extenso estudio sería publicado un año más tarde y, desde entonces, la *Teoría de los derechos fundamentales* se convertiría en una referencia necesaria<sup>44</sup>.

En la *Teoría* se dan cita dos corrientes que guardan una relación de género y especie<sup>45</sup>. La primera está representada por la teoría analítica del derecho, mientras que la segunda es la tradición analítica del derecho público alemán<sup>46</sup>. Alexy pretende elaborar un esquema general de los derechos conforme a la Ley Fundamental de Bonn y de acuerdo con los precedentes del Tribunal Constitucional; es decir, no intenta profundizar en una filosofía independiente del derecho positivo ni tampoco enfocarse sobre aspectos de naturaleza sociológica, histórica o política<sup>47</sup>. Y aunque todo ello sea de este modo, según el planteamiento central de la obra, “una dogmática adecuada de los derechos fundamentales no puede existir sin una teoría de los principios”<sup>48</sup>. Tan es así que la teoría de los principios no es más que una teoría de los valores depurada de toda suposición insostenible<sup>49</sup>. Así las cosas, en este apartado presentaré dos momentos en el desarrollo de la teoría de los principios de Alexy para advertir, cómo la tesis de los mandatos de optimización se afianza indefectiblemente sobre la distinción lógica entre reglas y principios.

#### a. Normas que se cumplen “en la mayor medida posible”

La tesis capital de la Teoría es que los derechos deben entenderse como un “conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental”<sup>50</sup>. Las normas de derecho fundamental, además del consabido carácter de regla, pueden caracterizarse como principios<sup>51</sup>. Empero, entre reglas y principios “existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa”<sup>52</sup>. Se-

40 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 36.

41 Alexy, Robert, “La institucionalización de la razón”, trad. de José Antonio Seoane, *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, España, 2000, vol. 43, pp.219-226, disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.32120>.

42 Cfr. Sieckmann, Jan, *La Teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 179.

43 Véase: Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015, p. 98.

44 Cfr. Lozada, Alí, El pospositivismo de la “optimización”: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 2016, núm. 29, p. 229, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.12>

45 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., pp. XXVI-XXVII.

46 *Ibidem*, p. XXVII.

47 Cfr. Alexy, Robert, . 8.

48 *Ibidem*, p. 9.

49 *Ibid.*

50 Cfr. Bernal Pulido, Carlos, op. cit., p. XXIX.

51 *Ibid.*

52 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 67.



gún Alexy “esta tesis es correcta” en la medida que hay un criterio para “distinguir con toda precisión entre reglas y principios”<sup>53</sup>. El punto decisivo

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. Por lo tanto, 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. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por las reglas y los principios opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio<sup>54</sup>.

En la definición, el término “mandato” está empleado en sentido amplio, de modo que incluye tanto permisiones y prohibiciones<sup>55</sup>. Sin embargo, falta una explicación semejante acerca de las implicaciones relacionadas con la “optimización” como elemento característico para la definición de esa especial clase de normas<sup>56</sup>. La obscuridad de la noción y la equivocidad circundante a la optimización han sido pábulo para que se propongan diversas interpretaciones sobre este punto de la teoría alexyana.

De acuerdo con Alí Lozada, la idea de optimización ha sido entendida, al menos, en tres sentidos diferentes<sup>57</sup>. Conforme a una primera lectura, consistiría en la maximización de un cierto estado de cosas. Así se explica, verbigracia, la crítica que Atienza y Ruiz Manero esgrimen contra la definición de los principios como normas de cumplimiento gradual<sup>58</sup>. Según otra interpretación, la optimización comporta la fusión de estados de cosas a maximizar. Esta versión es consecuencia de la primera, en tanto supone la maximización de un estado de cosas, y para ello se requiere combinar en un solo acto decisorio los distintos estados perfilados por cada uno de los principios en juego<sup>59</sup>. Finalmente, la optimización puede ser comprendida como la maximización de los triunfos ponderativos de un determinado principio, ya sea debido a su peso especialmente fuerte, o en virtud del número de casos en los que el principio efectivamente vence a los demás<sup>60</sup>. En dicho tenor, “la aplicabilidad gra-

---

53 *Ibid.*

54 *Ibidem*, pp. 67-68.

55 Así lo aclara Alexy en la nota 23 del capítulo tercero de la *Teoría*. Cfr. *Ibidem*, p. 68.

56 Cfr. Lozada, Alí, *op. cit.*, p. 230.

57 *Ibidem*, pp. 232-238.

58 Cfr. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4a. ed., Barcelona, Ariel, 2007, pp.31-32.

59 Cfr. Lozada, Alí, *op. cit.*, pp. 233-234

60 En este sentido, véase el interesante trabajo de Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 2004, núm. 27., pp. 230 y ss, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08>. En un sentido semejante, García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no-positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 327y 328.

duable propia de los principios puede predicarse de la intensidad de la aplicación (peso) o de la frecuencia de la aplicación” entendida como el número de situaciones donde un principio se impone<sup>61</sup>.

Para Lozada, estas lecturas son incorrectas<sup>62</sup>. En su opinión, las implicaciones de la optimización pasan por sus conexiones con los modelos argumentativos configurados por las máximas parciales de la proporcionalidad; es decir, a los subprincipios de idoneidad y necesidad —a que conduce la relativización de las condiciones fácticas— y de proporcionalidad en sentido estricto (que deriva del mandato de realización relativo a las posibilidades jurídicas)<sup>63</sup>. Por consiguiente, la optimización exige que los principios operen como elementos para fundamentar juicios sobre la pertinencia de salvaguardar un principio en detrimento de otro, lo cual se traduce —en el ámbito fáctico— en la justificación de la proporcionalidad, al excluir una medida restrictiva por inidónea o excesiva para la realización de un fin; y —en el plano de la optimización jurídica— en la determinación de que: (a) las medidas postergadas causan detrimento a uno de los principios implicados en el caso concreto, o que (b) es correcto conceder preeminencia a un cierto principio respecto de otro y, finalmente, (c) que es adecuado, a partir de los resultados de las proporciones previas, excluir definitivamente una norma o medida restrictiva<sup>64</sup>.

Ahora bien, más adelante se abordará un enfoque de la optimización relacionado con la maximización de los triunfos ponderativos; esto es, con el tercer sentido criticado por Lozada, y si bien en ese espacio (*infra*, § IV) se plantearán algunas salvedades importantes —sobre todo acerca de la extensión con la que cabe entender la tesis de los mandatos de optimización en relación con las reglas— ese intento nos dejará en buenas condiciones para clarificar el problema de la distinción desde la perspectiva de un criterio de grado afinado en la asunción de una decisión interpretativa. Sin embargo, ello no supone que las apostillas recién formuladas a la noción de optimización hayan perdido interés, ya que ellas apuntan a cuestiones que el resultado de la ponderación deberá dejar en claro, o —en sentido negativo— cuya elucidación es ineludible por parte del intérprete. Por eso, la justificación de cada uno de los aspectos indicados por los incisos precedentes se convierte en un requerimiento que conviene no perder de vista durante el proceso de adjudicación.

Así todo, aquí se revela ya que para Alexy la diferencia entre reglas y principios es un criterio exhaustivo y excluyente cuyo ámbito se advierte, sobre todo, en los casos de contradicción normativa<sup>65</sup>.

---

61 Cfr. García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, pp. 190 y 327.

62 Cfr. Lozada, Alí, *op. cit.*, p. 250.

63 Alexy, Robert, “La ponderación en la aplicación del derecho” *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2019, pp. 95-96.

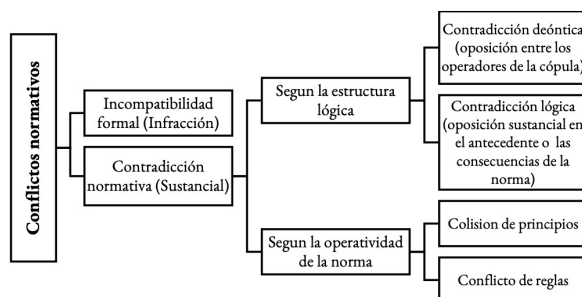
64 Cfr. Lozada, Alí, *op. cit.*, pp. 249-250.

65 El tema de las colisiones ocupa un sitio protagónico en la teoría de los principios de Alexy, por eso es importante precisar el alcance de la expresión. El concepto de “conflicto normativo” es complejo a causa de su vaguedad, pero si en este punto se sigue a Carla Huerta, será posible encontrar un sentido genérico o amplio y diversas especies estrictas. En sentido amplio, un conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, ya sea porque sus procedimientos de creación resultan antagónicos o en virtud de que el contenido de las normas es incompatible. Según Huerta, en este último caso puede darse o no una contradicción normativa, pues la norma puede ser producto de una incompatibilidad de hecho con las normas que regulan el proceso de creación; es decir, el defecto se origina en la “infracción” de las normas procedimentales, pero sin que se actualice una contradicción —en cuanto a la sustancia— de la norma creada. En cambio, una contradicción normativa —especie del conflicto en *sensu largo*— se configura como una contradicción material cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus contenidos normativos son incompatibles; esto es, que ambas pautas no pueden satisfacerse simultáneamente, dado que el cumplimiento de una produce, de manera automática, la insatisfacción de la otra. Desde luego, las contradicciones normativas presuponen la validez de las normas, aunque ellas resulten incompatibles. Además, Huerta precisa que las contradicciones

En efecto, una colisión entre reglas solamente puede solucionarse mediante la introducción de una cláusula de excepción o a través de la declaración de invalidez de una de las pautas contendientes<sup>66</sup>. Cuando no se puede establecer una excepción, entonces no queda otro camino que la declaración de invalidez<sup>67</sup>. La validez es un atributo absoluto: una norma es válida jurídicamente o no lo es. Cuando una regla resulta válida y es aplicable a un caso, eso significa que su consecuencia jurídica también es válida<sup>68</sup>. Por el contrario, los conflictos entre principios son resueltos mediante una operación a través de la cual una de las pautas deberá ceder ante la otra. En esa virtud, no es preciso declarar inválido al principio desplazado ni se requiere introducir una excepción al antecedente de la pauta derrotada en la ponderación, lo único que acontece en esos supuestos es que uno de los principios precede al otro en el caso concreto<sup>69</sup>. La diferente mecánica en la solución de las concurrencias normativas revela que, las reglas y los principios son especies distintas y separadas: “los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios —como quiera que solo pueden entrar en colisión principios validos— tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>70</sup>.

Si los principios hacen referencia a determinaciones en el ámbito de lo jurídica y fácticamente posible, eso comporta que solo contengan mandatos *prima facie*. Decir que un principio vale en un caso no supone que lo exigido adquiera fuerza definitiva, sino que las razones ofrecidas pueden ser desplazadas por otras consideraciones<sup>71</sup>. La capacidad de desplazamiento de los principios es singular desde el momento en que las reglas contienen mandatos definitivos. Dicha característica subyace, por ejemplo, en el modelo de Ronald Dworkin en cuanto asegura que las reglas son aplicables en

pueden presentarse de dos formas si se diferencian las especies de normas implicadas. Así, pueden ser contradicciones entre reglas o colisiones de principios. En la Figura 2, se resume la exposición seguida en esta parte. Como podrá advertirse, en según la tipología de Huerta, las contradicciones normativas —en tanto especie de los conflictos— pueden deberse tanto a cuestiones relacionadas con la incompatibilidad lógica o derivadas de la operación de la norma de que se trate. Por lo tanto, toda contradicción normativa —de principios o reglas— es un conflicto, pero no todo conflicto es una contradicción normativa. Con esa salvedad, en lo que sigue usare indistintamente las expresiones colisión de principios o contradicción normativa para referirme a la eventual concurrencia entre normas principales. Sobre ello, *cfr.* Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2a ed., México, IJ/UNAM, 2007, pp. 50-56.



66 *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, p. 69; y *Cfr.* Lozada, Alí, *op. cit.*, p. 230.

67 Véase: Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2019, p. 57.

68 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 69.

69 *Ibidem*, pp. 57-58; y Lozada, Alí, *op. cit.*, p. 230.

70 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 71.

71 *Ibidem*, p. 80.

términos disyuntivos; esto es, o bien disciplinan el sentido del fallo o no contribuyen en nada a la decisión<sup>72</sup>.

No obstante, una presentación tan simple resulta insatisfactoria a juicio de Alexy<sup>73</sup>, la necesidad de un modelo diferenciado se origina porque las reglas pueden ser superadas por excepciones, lo cual comporta la pérdida de su carácter definitivo. La situación es particularmente relevante en virtud de que las reglas pueden estar expuestas a excepciones derivadas de principios. En ese tenor, “nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción” derivada de algún principio concurrente con la regla<sup>74</sup>. Por tanto, mientras los principios siempre son normas *prima facie*, las reglas lo serán solo *potencialmente* ante la posibilidad de excepcionar su campo de aplicación por la influencia de los principios.

Con esa base se aprecia que el carácter *prima facie* de las reglas y los principios es desemejante. La causa de desplazamiento de un principio se origina porque la norma prevaleciente tiene un peso mayor, empero con las reglas la situación es distinta. Una regla todavía no estará vencida si el principio concurrente posee un peso mayor que el principio en el que se apoya la primera. Para que la regla sea superada también tendrían que ser derrotados “los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición”<sup>75</sup>.

En suma, una regla solo podrá superarse por razones de principio si y solo si, la pauta predominante tiene un peso mayor en comparación con el principio subyacente y, además, logra prevalecer a los principios formales que juegan a favor del mantenimiento de las reglas<sup>76</sup>. “Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto más fuerte será el carácter *prima facie* de sus reglas”<sup>77</sup>. Tal vez los principios se acercarian al carácter definitivo si el ordenamiento estableciera cargas argumentativas exigentes cuando se trate de principios que quieran hacerse resistentes a las ponderaciones. Sin embargo, dicha alternativa tampoco lograría equiparar el carácter *prima facie* de esas normas con el de las reglas, porque aun así los principios quedarían expuestos a desplazamientos en virtud de su peso específico ante un caso concreto<sup>78</sup>. Consecuentemente, los principios siempre ofrecerán razones *prima facie*, mientras que las reglas serán razones definitivas solo si no se ha establecido una excepción<sup>79</sup>.

Por cierto, Alexy enfoca la distinción entre reglas y principios también desde la óptica de las razones para la acción<sup>80</sup>. Bajo esta tesis, una regla constituye una razón para un juicio concreto de deber ser y si es válida, aplicable y no admite ninguna excepción, entonces se convierte en una razón definitiva para hacer u omitir lo establecido<sup>81</sup>. Además, si el juicio fundado sobre una razón con tales características tiene como objeto la asignación de un derecho, entonces el derecho establecido

---

72 Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

73 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* op. cit., p. 80.

74 *Ibid.*

75 *Ibidem*, p. 81.

76 Sobre los principios formales en la teoría de Alexy, me remito a las consideraciones del § III.b.

77 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 81.

78 *Ibidem*, p. 82.

79 *Ibid.*

80 *Ibidem*, pp. 82-84

81 *Ibidem*, p. 83.

también será definitivo<sup>82</sup>. En cambio, como los principios siempre son razones preliminares para la acción, los derechos adscritos por ellos únicamente tendrán naturaleza *prima facie* porque

el camino que conduce desde el principio, es decir, desde el derecho *prima facie*, hasta el derecho definitivo, transcurre por la determinación de una relación de preferencia. Sin embargo, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de la colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para ese juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas<sup>83</sup>.

Una vez conceptualizados los principios como mandatos de optimización, en una parte de la Teoría, Alexy se refiere a tres críticas tempranas dirigidas en contra de la teoría de los principios esbozada en su escrito de habilitación<sup>84</sup>. La primera de ellas sostiene que existen colisiones de principios que redundan en la declaración de invalidez de una de las pautas concurrentes. Para Alexy esta objeción es incorrecta porque pasa por alto el sentido que debe otorgarse al concepto de contradicción de normas en sentido amplio. Según el profesor alemán, existen dos tipos de contradicciones normativas que representan categorías distintas. En la primera categoría lo que está en juego es la pertenencia al ordenamiento, es decir, la validez de alguna de las normas implicadas (y aunque el problema de la validez se podría predicar también respecto de los principios, esa sería una posibilidad extraña)<sup>85</sup>. La otra especie de conflictos no tiene como objeto la determinación de lo que está dentro y lo que queda fuera del ordenamiento, sino que se ubica más bien al interior de sus confines. Por tanto, sucede que las contradicciones que tienen lugar al interior del sistema son siempre colisiones entre principios, por lo cual el concepto de colisión presupone la validez de las pautas concurrentes. Por ello, “la posibilidad de catalogar a los principios como inválidos no afecta el teorema de la colisión, sino que simplemente revela uno de sus presupuestos”<sup>86</sup>.

La segunda objeción refiere la existencia de principios absolutos<sup>87</sup>; es decir, de aquellos principios especialmente fuertes que en ningún caso podrían ser desplazados por otros<sup>88</sup>. Empero, para Alexy es fácil argumentar contra los principios absolutos en un ordenamiento donde se reconocen derechos fundamentales<sup>89</sup>. En efecto, los principios absolutos podrían referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando el principio se refiere a bienes de la primera clase, las normas de derecho fundamental no podrían acotarlo de ninguna manera porque dentro de los principios absolutos a bienes colectivos no queda espacio para el reconocimiento de derechos fundamentales (individuales). Por el contrario, si el principio no desplazable se refiere a derechos individuales, la falta de limitación jurídica conduce a que —en caso de colisión— los

---

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*

84 *Ibidem*, pp. 85-91.

85 *Ibidem*, pp. 85-86.

86 *ibidem*, p. 86.

87 *Ibidem*, p. 85.

88 *Ibidem*, p. 86.

89 *Ibid.*

derechos de todos los individuos fundados en ese principio deban ceder ante el derecho de cada uno fundado sobre el mismo principio absoluto, lo cual es claramente contradictorio<sup>90</sup>.

En este punto, Alexy alude al caso de la dignidad humana que suele ponerse como ejemplo por antonomasia de los principios absolutos<sup>91</sup>. El autor alemán explica que la confusión se debe a que la norma de la dignidad humana es tratada de consuno como regla y principio, y a que existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales la dignidad debe vencer con toda seguridad a los principios opuestos<sup>92</sup>. El carácter de regla de la dignidad humana “se muestra en el hecho de que los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si tiene precedencia o no sobre otras normas, sino tan solo si es válida o no”<sup>93</sup>. Ahora bien, la propia vaguedad de la norma permite la concurrencia de múltiples respuestas sobre lo que ella implica<sup>94</sup> y, por eso, también evidencia la necesidad de realizar ponderaciones para delimitar su alcance definitivo. De ahí que:

hay que partir de dos normas de la dignidad humana, es decir, una regla de la dignidad humana y un principio de la dignidad humana. La relación de preferencia del principio de la dignidad humana con respecto a principios contrapuestos determina el contenido de la regla de la dignidad humana. Lo absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante. El principio de la dignidad humana puede realizarse en diferentes grados. Que con un alto grado de certeza, el principio de la dignidad

---

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> Si bien desde la *Teoría de los derechos fundamentales* Alexy se había ocupado del tema, en un reciente trabajo de 2015, se refirió por extenso a la interacción entre el principio de proporcionalidad y la dignidad humana. En dicho artículo –donde modifica en parte sus postulados iniciales– sostiene la existencia de dos concepciones contrapuestas sobre la dignidad: una absoluta y una relativa. La primera refiere que la norma de la dignidad tiene precedencia incondicionada sobre todas las demás normas del sistema y en cualquier caso imaginable. Ello significa que todas y cada una de las intervenciones sobre la dignidad son violaciones a la misma y que ninguna ponderación es posible. Por el contrario, con arreglo a la concepción relativa –sostenida por Alexy– refiere que la pregunta acerca de la vulneración injustificada a la dignidad humana es una cuestión a definir en el terreno de la proporcionalidad. Para sostener su tesis, Alexy recurre a un interesante concepto de persona fundado en una estructura triádica doble, según la cual “para ser persona, uno debe cumplir tres condiciones en dos niveles. La primera condición de la primera triada es la inteligencia, la segunda son los sentimientos y la tercera es la conciencia”. De entre estos elementos la conciencia o, dicho con más precisión, la autoconciencia definida por la reflexividad (cognitiva, volitiva y normativa del sujeto) es la condición fundamental. Así, un sujeto que no reúna cualquiera de las condiciones descritas no podrá ser considerado persona y, por ello mismo, no le serán predicables los atributos de la garantía. Sobre esa base, Alexy retoma algunos de los planteamientos ya mencionados desde su obra de 1985, para sostener que la norma fundamental donde se reconoce la dignidad humana se comporta como regla y como principio. A este respecto Alexy sostiene que la objeción de Niels Teifke a tenor de la que se dice que la regla de la dignidad carece de significación independiente, es fundada. Esto es así porque el contenido del nivel de las reglas ha de definirse en función del contenido que les corresponda a aquellas conforme al nivel de los principios. Conforme a este postulado que Alexy denomina “teorema del predominio” se concluye que una construcción de la dignidad humana en términos de reglas es posible pero enteramente vacía. Por esa misma circunstancia, el teorema del predominio acredita que la característica esencial de la dignidad es su estatus como principio. En consecuencia, solo la concepción relativa puede ser correcta. Véase: Alexy, Robert, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad”, trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2019, pp. 281-297.

<sup>92</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Para una referencia a las implicaciones de la dignidad humana en el contexto del Estado constitucional, cfr. Valadés, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, IJ/UNAM, 2008, pp. 137-150.

humana tenga precedencia frente a todos los demás principios, en determinadas condiciones no confiere a este principio un carácter absoluto sino simplemente significa que existen muy pocas razones jurídico-constitucionales, que en ciertas condiciones, invaliden la relación de precedencia a favor de la dignidad humana<sup>95</sup>.

Por último, al despejar las dudas relacionadas con la amplitud del concepto de principio<sup>96</sup>, Alexy se separa tajantemente del influjo de dworkiniano<sup>97</sup>. Se recordará que Dworkin entiende a los principios como cartas de triunfo destinadas a vencer frente a cualquier argumento fundado en la consecución de bienes colectivos o en la mejora de la sociedad como conjunto; es decir, que los principios siempre están encaminados a prevalecer sobre las políticas o directrices<sup>98</sup>. En cambio, Alexy estima que los principios son razones para normas que garantizan derechos individuales y bienes colectivos. Por ello, con todo y que la distinción entre bienes colectivos y derechos individuales es importante, no resulta “indispensable ni funcional vincular el concepto de principio

---

95 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 89. La existencia de derechos absolutos parece ser uno de los puntos centrales para la interpelación de la teoría de los principios. Este puede ser el caso, por ejemplo, de ciertas posturas contrarias a la ponderación para las cuales todas las posiciones protegidas por los derechos fundamentales aparecen dotadas de una especial rigidez en cuanto todas ellas son manifestaciones de —algo así— como un el núcleo irreductible de la norma de que se trate. Este es el caso, por ejemplo, de la teoría diseñada por García Amado para resolver los problemas de aplicación de los derechos fundamentales (Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Teoría del derecho. Una introducción*, Zela, Puno, 2023, pp. 220-255). En contraposición, quizá uno de los pocos teóricos que se asume a sí mismo como neoconstitucionalista —me refiero, desde luego, a Alfonso García Figueroa— no tiene ambages en aceptar la derrotabilidad de todas las normas de derecho fundamental, inclusive aquella mediante la cual se reconoce la dignidad humana. Según el profesor español, “en el caso de que se declare en un artículo constitucional que la dignidad es inviolable, la dignidad no debería por ello perder necesariamente su carácter derrotable, como se suele pensar. Este carácter derrotable (incluso cuando del principio de dignidad se trata) es un elemento constitutivo de su carácter práctico” (García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 138). En todo caso, García Figueroa es consecuente con su planteamiento. Se asume principialista y lleva a sus últimas consecuencias la adopción de la categoría, aunque ello le coloque más lejos de lo que otros de su misma inclinación estén dispuestos a aceptar, no únicamente en cuanto a las categorías normativas de las reglas y los principios, sino incluso en relación con la normatividad de los derechos fundamentales. Con todo, parece ser que la interpretación de los derechos en manos de la judicatura sería más proclive a aceptar la existencia de ciertos derechos no ponderables, pues mientras en unos casos se ha sostenido que “derecho absoluto por lo que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido. Este derecho encuentra algunos de sus límites en los derechos de los demás y en el orden público. De esta manera, éstos límites externos al derecho fundamental funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad, siempre que tal intervención sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada en sentido estricto” Tesis 1a./J. 6/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, febrero de 2019, p. 492, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024); en otros supuestos la propia Corte sostuvo el criterio de que el orden constitucional ampara una prohibición absoluta de la tortura como manifestación contraria a la dignidad de la persona, por eso “los gobernados, constitucional y convencionalmente tienen el derecho fundamental a que el Estado investigue las violaciones a sus derechos humanos, en específico, el derecho a no ser objeto de tortura” Tesis 1a./J. 10/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2016, p. 894, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2011521> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

96 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, op. cit., p. 85

97 Véase: Nava Tovar, Alejandro, op.cit., pp. 130-132.

98 Cfr. Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Buenos Aires, Siglo XXI, Editores, 2012, pp.103 y ss.

con el concepto de derecho individual”, ya que las propiedades lógicas comunes a ambas clases de principios sugieren la pertinencia de un concepto amplio<sup>99</sup>.

Las complicaciones que Alexy trata de conjurar desde las primeras páginas de la *Teoría* no son —por mucho— los únicos problemas que asechan a la tesis de los mandatos de optimización<sup>100</sup>. En opinión de Nava Tovar, “la concepción de los principios *qua* mandatos de optimización ha sido sometida a una crítica severa por Aarnio y Sieckmann quienes han argumentado que los mandatos de optimización tienen estructura de reglas”, en tanto que evidencian un carácter definitivo al ordenar que algo se realice en la mayor posibilidad de las condiciones jurídicas y de hecho<sup>101</sup>.

En efecto, según Aulis Aarnio ni la tesis de la demarcación fuerte ni la de la separación débil son válidas. En conjunto, ambas captan aspectos importantes del problema de la distinción, pero fracasan a la hora de proporcionar una imagen genuina<sup>102</sup>; esto es así en virtud de que las reglas y los principios, forman una escala que puede dividirse en cuatro partes para efectos de una mejor claridad. Según Aarnio, hay reglas características como, por ejemplo, la prohibición de robar en el derecho penal<sup>103</sup>. Además, el ordenamiento reconoce principios que son como reglas; es decir, pautas que se pueden considerar principios, pero que presentan —en tanto normas— aspectos indudablemente relacionados con la categoría de las reglas, pues respecto de ellos solo cabe seguirlos o no<sup>104</sup>. En este caso, se encuentran, verbigracia, el principio de libertad de expresión o la máxima según la cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo. A su vez, existen reglas que son como principios, pues cuentan con un ámbito de aplicación cognitiva o valorativamente abierto a semejanza de lo que acontece con los principios aplicables en el plano de los valores<sup>105</sup>.

Finalmente, hay principios característicos, como es el ejemplo de los principios de libertad o igualdad<sup>106</sup>. En vista de ello, Aarnio explica que no existen límites simples entre cada una de estas cuatro categorías. Por el contrario, se advierte una relación de gradualidad entre cada una de ellas, de manera que “una norma puede ser más como-una- regla que como-un-principio y viceversa”<sup>107</sup>. Así, la caracterización de los principios como mandatos de optimización resulta incorrecta ya que «un mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, un mandato de optimización es también una regla que no puede

99 Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p. 91.

100 Una buena síntesis sobre esa y otras complicaciones de la teoría alexyana se pueden ver en Sieckmann, Jan, “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, trad. de Daniel Oliver-Lalana, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y ponderación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 37-71

101 Véase: Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 132.

102 Cfr. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio” en Aarnio, Aulis, Garzón, Ernesto y Uusitalo, Jyriki (coord.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 18. Una sintética exposición de las críticas referidas en esta parte, se contiene en Cianciardo, Juan, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, México, IJ/UNAM, 2020, pp. 59-60, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59546> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

103 Cfr. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, *op. cit.*, p. 23.

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*



ser aplicada “más o menos”. O se optimiza o no se optimiza»<sup>108</sup>. Por lo tanto, las reglas y los principios tienen una naturaleza deóntica similar —en cuanto ambas especies cuentan con un operador deóntico— por lo cual es irrelevante cómo se determine sintácticamente el contenido de la norma en cuestión<sup>109</sup>.

En el mismo tenor, Sieckmann asegura que la definición de los principios en los términos acuñados por Alexy suscita diversos inconvenientes<sup>110</sup>. Por una parte, se debe distinguir entre los mandatos de optimización y las normas que son objeto de tales mandatos<sup>111</sup>. Aquellos comportan una relativización que limita la obligación de cumplirlos hasta el grado que permitan las circunstancias concurrentes<sup>112</sup>. Ergo, los principios no son susceptibles de ponderación, porque al hacerlos depender de las condiciones fácticas y jurídicas existentes su contenido queda debilitado hasta que resulta imposible cualquier colisión con otros mandatos de optimización en sentido contrario<sup>113</sup>. “De ahí que los mandatos de optimización hayan siempre de ser satisfechos por completo” y tengan “el carácter de reglas de segundo nivel”<sup>114</sup>.

Las críticas de Aarnio y Sieckmann apuntan en una dirección esencialmente acertada. Por ello, Alexy ha tenido que aceptar que “los mandatos de optimización son reglas”<sup>115</sup> e introducir algunas aclaraciones a su planteamiento originario<sup>116</sup>. Sin embargo, sostiene que ello en modo alguno implica que la teoría de los principios haya de sucumbir ante las objeciones. Por el contrario —según el profesor de Kiel—, esta crítica ilumina a la teoría con una luz más diáfana<sup>117</sup> en cuanto

es necesario diferenciar los *mandatos de optimización de los mandatos a ser optimizados*. Los mandatos a ser optimizados corresponden a los objetos de la ponderación. Estos mandatos pueden ser denominados “deber ser ideal” o simplemente pueden entenderse como “ideales”. El deber ser ideal es aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real. En cuanto objeto de la optimización, este deber ser se encuentra en el nivel de los objetos. En contraste, los mandatos de optimización se sitúan en un metanivel. En ese metanivel, ellos determinan aquello que debe hacerse con lo que se encuentra en el nivel de los objetos. Estos mandatos ordenan que sus objetos, es decir, los mandatos a ser optimizados, se realicen en la mayor medida posible. En tanto mandatos de optimización, ellos no deben optimizarse sino cumplirse, acción que consiste en llevar a cabo la optimización. Los principios, en tanto objetos de la ponderación, no son entonces mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados. Como tales, ellos contienen un deber ser ideal, ellos no contienen aún un deber ser relativo a las posibilidades fácticas y jurídicas. No

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> En relación con el planteamiento principalista de Sieckmann, véase: Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, Camilo Calderón Schrader (ed), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

<sup>111</sup> Cfr. Sieckmann, Jan, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 179-180.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>113</sup> Cfr. Sieckmann, Jan, “Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales” trad. de Daniel Oliver-Lalana, en Clericó, Laura et al. (coords.) *Derechos Fundamentales, principios y ponderación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada, Comares, 2011, pp. 43-46.

<sup>114</sup> Ambos entrecomillados pertenecen a Sieckmann, Jan, *La teoría del dercho... op. cit.*, p. 180.

<sup>115</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios...*, *op. cit.*, p. 319.

<sup>116</sup> Tal como se muestra la Figura 3 inserta más abajo.

<sup>117</sup> Véase: Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios...*, *op. cit.*, p. 62.

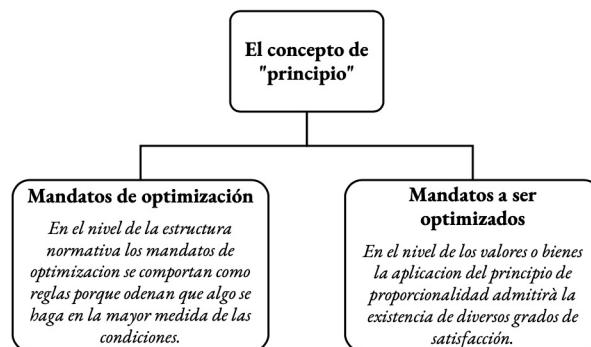
obstante, referirse a los principios como mandatos de optimización tiene sentido. Esta expresión se refiere, de la manera más simple, a aquello de lo que se trata cuando se alude a los principios. A través de ella se expresa todo aquello que tiene que ver con los principios y que es importante desde el punto de vista práctico. Este aspecto práctico se apoya además en una reflexión teórica. Existe una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, entre el principio como tal, y el mandato de optimización en cuanto regla. El deber ser ideal implica al mandato de optimización y viceversa<sup>118</sup>.

A partir de las objeciones de Aarnio y Sieckmann el concepto de principio se mueve en dos planos distintos.

(1) En el nivel de la estructura normativa, los mandatos de optimización se comportan y son auténticas reglas en tanto ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de las condiciones fácticas y jurídicas concurrentes. En la aplicación de un principio, el operador jurídico tiene que vérselas con un deber cierto y claro: debe hacer todo aquello que resulte oportuno para que el bien asegurado por el principio se realice al máximo de las capacidades concurrentes. Puede ser que el objeto se alcance en un porcentaje muy bajo, por ejemplo, en función de la disponibilidad económica del Estado para satisfacer determinados derechos a prestaciones positivas como la salud, aunque en el ámbito de su estructura normativa, el mandato de optimización se haya observado a plenitud con tal de que el sujeto obligado haya realizado justamente aquello que se le ordenaba: garantizar el principio en la más alta proporción como deber categórico.

(2) En cambio, desde la perspectiva de los objetos de la ponderación, es decir, desde la perspectiva de los bienes o valores a que se refieren los principios —mandatos a ser optimizados— la posibilidad de satisfacción admitirá diversas gradientes. Según las condiciones fácticas y jurídicas, verbigracia, las prestaciones concretas amparadas por el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la vivienda decorosa podrán alcanzarse en un porcentaje mayor o menor, pero eso es indiferente para el cumplimiento del principio en tanto norma esto es, como mandato de optimización—. En esta parte quizá la apostilla señalada por Alexy se aprecie mejor a través de la Figura 3:

Figura 3. Niveles en el concepto de “principio”



Con todo, la precisión introducida por Alexy es insuficiente para superar la crítica. Para el jurista de Kiel la distinción entre reglas y principios es categórica y excluyente. Ella afecta a las normas, no

118 *Ibidem*, pp. 62-63.

a los objetos de la ponderación. Por tanto, que los bienes o valores a los que se refieren los principios se alcancen gradualmente es indiferente para el plano estructural de las normas. Y pese a que el deber ideal comporte la necesidad de ponderar los objetos, de nueva cuenta, ello es inocuo para el cumplimiento del mandato de optimización como regla. La suma de dichos extremos apunta a que, respecto de este aspecto, la tesis de Alexy tampoco alcance para justificar una diferencia tajante como la pretendida por la (TDil).

En efecto, desde un análisis estructural no se percibe diferencia alguna entre ambas especies normativas. Cuando más, podría hablarse de una relación gradual derivada de la determinación sintáctica del contenido de la norma, pero ajena a cualquier distinción lógica. En parte, Alexy parece haberse percatado de esta situación y, como se verá después (infra, IV), prácticamente ha sugerido que la distinción entre reglas y principios se agota en una cuestión interpretativa. Sin embargo, antes de llegar a eso me referiré a la manera en que la teoría de los principios trata de conjurar otros peligros relacionados, esta vez con una marcada tendencia a la “sobre-constitucionalización”<sup>119</sup>.

### b. Los principios y el carácter autoritativo del derecho

Una de las acusaciones recurrentes contra el modelo principialista consiste en el acento protagónico que confiere a la jurisdicción constitucional. Por esta vía, las cortes —un poder no electo por los ciudadanos y que tampoco responde ante ellos— pueden anular las determinaciones tomadas por las otras ramas del gobierno que sí deben el origen de su legitimación a los efectos de una decisión democrática mayoritaria<sup>120</sup>. En este tenor, se considera que la teoría de los principios pone en riesgo no solo a las reglas del juego democrático y a las bases sobre las que se asienta la división de poderes, sino que sus consecuencias se propagan incluso a la integridad del sistema jurídico. Si la teoría de los principios se sigue hasta sus últimos detalles, los tribunales terminarían decidiendo todas las cuestiones importantes mediante el control que les ha sido confiado<sup>121</sup>.

La acusación dista de ser nueva y, más bien, ronda al principialismo y al control de constitucionalidad desde su propia cuna<sup>122</sup>. Pero con todo y la persistencia de la objeción, el problema permaneció poco atendido por largo tiempo, hasta que en los últimos años se han llevado a cabo avances significativos para ofrecer una respuesta a las complicaciones<sup>123</sup>. A decir de Jorge

119 En relación con las condiciones del proceso de constitucionalización y su aplicación en el ordenamiento mexicano, me remito a: Ortega García, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2013, nueva serie, núm. 137, pp. 605-641.

120 Un tratamiento clásico de este problema de legitimación del constitucionalismo se encuentra en Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, trad. de Mario Zamudio Vega, México, Fondo de Cultura Económica, 2020. Para un acercamiento reciente a la cuestión, me remito —además— a Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Que hacer para que las democracias contemporáneas se abran —por fin— al diálogo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2021.

121 Cfr. Borowski, Martin, “La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad”, trad. de Alejandro Nava Tovar, *Ciencia Jurídica*, México, vol. 8, núm 16, julio-diciembre de 2019, p. 87, disponible en: <https://doi.org/10.15174/cj.v8i16.314>.

122 Antes me he referido a esta cuestión en Rodríguez Durón, Everardo, *El control constitucional ante el desafío democrático. Un acercamiento al problema contramayoritario en el derecho constitucional mexicano*, Tesis profesional para obtener el grado de Maestro en Justicia Constitucional, Universidad de Guanajuato, 2017.

123 Cfr. Portocarrero Quispe, Jorge, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 28.

Portocarrero, uno de los caminos más prometedores para conjurar el riesgo de la deriva contramayoritaria pasa por la consideración de los principios formales<sup>124</sup>.

Bajo esa óptica se sostiene que una construcción precisa de la teoría principialista requiere distinguir entre principios sustanciales y formales<sup>125</sup>. Los primeros constituyen razones a favor de una decisión en cuanto reflejan el contenido sustancial del principio en cuestión<sup>126</sup>. No obstante, bajo la sola luz de estas pautas sería imposible describir adecuadamente la dimensión autoritativa del derecho. Para ello debe sumarse una segunda clase de principios que describan adecuadamente tal aspecto<sup>127</sup>. La distinción puede rastrearse en forma tácita desde los escritos tempranos de Dworkin, donde se refiere la necesidad de que las cortes muestren cierto respeto a los actos legislativos.

En el léxico de Dworkin dichos “principios conservadores” se inclinan no en favor de una cierta determinación sustancial de las decisiones, sino hacia el mantenimiento de un estado de cosas existente<sup>128</sup>. Con una línea similar, en la *Teoría de los derechos fundamentales* se abundará sobre la distinción en forma directa. Para Alexy un “principio formal o procedimental es aquel que establece que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad”<sup>129</sup>. Así, los principios formales carecen de contenido concreto en tanto consisten en mandatos de validez para que las decisiones autoritativas —con independencia de su grado de corrección interna— sean respetadas en la mayor medida posible<sup>130</sup>.

Mediante la inclusión de esta otra categoría de principios no solo se busca salvar el extremo de la ecuación relativo al compromiso democrático del constitucionalismo, sino que se espera demostrar que la tesis de la doble dimensión del derecho no es viable si se soslaya la cara autoritativa de las normas jurídicas<sup>131</sup>. La diferencia específica consiste en que, en el caso de los principios sustanciales, los objetos de la optimización son ciertos contenidos; mientras que, en el supuesto de los principios formales, lo que cuenta son las decisiones legales sin tener en consideración su materia o valor subyacente<sup>132</sup>. “Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada”, por lo que gravitan en el lado positivista del derecho<sup>133</sup>.

Como se sabe, la eficacia social y validez conforme al ordenamiento, relacionada con la forma de expedición de las normas jurídicas, son los elementos a través de los cuales se expresa la dimensión real o fáctica del ordenamiento<sup>134</sup>. Si el concepto de derecho se reduce a este extremo, se extingue cualquier espacio para una lectura alejada de las asunciones sobre el origen auto-

---

124 *Ibid.*

125 *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, p. 90.

126 *Ibid.*

127 *Ibidem*, pp. 90-91.

128 *Ibidem*, p. 91.

129 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, *op. cit.*, p.112

130 *Cfr.* Portocarrero Quispe, Jorge, *op. cit.*, p. 28

131 *Ibid.*

132 *Cfr.* Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, España, 2014, núm. 37, p. 20, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.01>

133 *Ibid.*

134 Véase: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 2a ed., Barcelona, Gedisa, 2004, p. 13 y ss.

ritativo (social) de las normas y la separación entre el derecho y la moral. Pero, que el peso de los principios formales se coloque en el platillo de los aspectos típicamente representativos del positivismo, es insuficiente para debilitar la tesis de la naturaleza dual. Cuando más, ese hecho revela que para el no-positivismo, la autoridad del derecho se encuentra en una situación de prioridad preliminar sobre el aspecto ideal<sup>135</sup>. Desde luego, Alexy y sus discípulos son cuidadosos al aclarar que “esta prioridad *prima facie* tiene un límite: cuando la decisión justificada por el aspecto real o autoritativo del derecho traspase el umbral de la injusticia extrema, tendrá prioridad el aspecto ideal”<sup>136</sup>, tal como lo enseña la ya conocida fórmula de Radbruch<sup>137</sup>. Por eso, los principios sustantivos y los procedimentales se encuentran mutuamente implicados, ya que ambos son exigidos por la tesis de la doble naturaleza<sup>138</sup>.

En tanto principios, las pautas formales pueden colisionar con otros principios sustantivos o, incluso, chocar entre sí. En el primer caso, la ponderación solo ocurrirá cuando haya certeza de una afectación desproporcionada a un derecho fundamental, o bajo las circunstancias especialmente apremiantes de la injusticia extrema, ya que en el resto de situaciones normales las pautas a favor del mantenimiento de las decisiones autoritativas gozarán de prevalencia. El contenido de los principios formales solo requerirá determinación cuando se presente un conflicto normativo con un principio sustancial. En cambio, cuando son dos principios procedimentales los que colisionan, la ponderación tendrá lugar en un nivel independiente al de las exigencias sustanciales, ya que en tal escenario no se trata de justificar la corrección de una cierta decisión, sino que se busca definir a quién corresponde la competencia para establecer un curso de acción. No obstante, en la ponderación de principios sustantivos, las pautas formales deberán tomarse en cuenta si existe incertidumbre epistémica en relación con la seguridad de las premisas empíricas o normativas en que se basa la decisión bajo examen<sup>139</sup>. En este último caso, los principios formales constituyen razones a favor de un ámbito de discrecionalidad epistémico en beneficio del legislador democráticamente legitimado<sup>140</sup>.

#### IV. Convenciones interpretativas

Los principios formales son la vuelta de tuerca que la teoría alexyana aparentemente echaba en falta ya que, mediante ellos, por una parte, se pretende reconciliar a las exigencias autoritativas del derecho y la deferencia hacia el legislador democráticamente legitimado; con la pretensión de corrección derivada de la tesis de la doble naturaleza y el rol protagónico que —dentro de ese escenario— comportan los mandatos de optimización para el ejercicio de la jurisdicción. Por el otro lado<sup>141</sup>, si la apuesta es exitosa, entonces es dable que un análisis de los principios

135 Cfr. Portocarrero Quispe, Jorge, *op. cit.*, p. 31.

136 *Ibid.*

137 La cual en síntesis puede expresarse en el sentido de que “la injusticia extrema no es derecho”. Un excelente estudio sobre este aspecto de la teoría de Radbruch se encuentra en: Paulson, Stanley, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, trad. de Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019.

138 Cfr. Alexy, Robert, *El concepto...*, *op. cit.*, *passim*.

139 Cfr. Portocarrero Quispe, Jorge, *op. cit.*, pp. 35-37.

140 *Ibidem*, p. 36.

141 Cfr. Da Silva Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, *passim*.

formales abra paso para una “adecuada teoría de la discrecionalidad legislativa”<sup>142</sup> y, con ello, refuerce los presupuestos en los que se asienta toda una concepción de los derechos fundamentales y —lo que es más— una manera integral de comprender el concepto y la naturaleza del derecho. El punto focal de dicha teoría acerca de la discrecionalidad legislativa está constituido por el esquema ponderativo en el cual se resume el tercer subprincipio de la proporcionalidad y, en específico, en la fórmula del peso<sup>143</sup>. Sin embargo, aquí no puedo avanzar más sobre esta cuestión, ya que ello excedería los límites planteados al comienzo. Por el contrario, ahora es momento de retomar un extremo que se dejó apuntado en el párrafo anterior. Ahí sostuve que la idea de los mandatos de optimización era insuficiente para justificar cualquier diferencia categórica entre reglas y principios porque, bien vista, la identificación de una norma como regla o principio se reduce —incluso según Alexy— a una especie de convención interpretativa<sup>144</sup>.

Desde la senda de la teoría alexyana, Gloria Lopera ha explorado las implicaciones de dicho enfoque<sup>145</sup>. Para Lopera, la idea de los mandatos de optimización no es más que el resultado de asumir una convención interpretativa con base en la cual se concibe a tales normas como portadoras de un “deber ser ideal”, cualitativamente distinto del “deber ser real” de las reglas. En la teoría de Alexy la distinción entre reglas y principios o, dicho de otra forma, las condiciones requeridas para atribuir el carácter de optimizable a una determinada norma, no dependen ni de ni la aptitud para ser cumplida hasta cierto grado ni de la configuración abierta de alguno de los componentes sintácticos de la disposición<sup>146</sup>. La naturaleza optimizable existe incluso respecto de aquellos principios que prescriben una conducta no susceptible de ser satisfecha en distintos grados. Bajo esta lectura, la cualidad central de los principios ha de entenderse de dos modos diversos, lo cual explica que la optimización sea posible también respecto de principios que se comportan como reglas —para usar la expresión de Aarnio—<sup>147</sup> y que demandan cumplimiento pleno<sup>148</sup>.

Conforme al primer sentido, la optimización equivale a la intensidad de la aplicación de una norma. Esta variable se aprecia, en particular, respecto de “aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100%), como sucede con la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un estado de cosas”<sup>149</sup>. En cambio, una norma puede ser un mandato de optimización también en el sentido de la frecuencia de su aplicación. Así, se entiende —por ejemplo— la «exigencia de cumplimiento “en la mayor medida posible” respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa»<sup>150</sup>. Los mandatos de optimización pueden serlo, ora por la intensidad u ora por la frecuencia con la que son aplicados o resultan vencedores en la colisión con otras normas, según ordenen la consecución de estados de cosas o prescriban la ejecución de determinadas acciones.

Si la reconstrucción de Lopera —y, en cierto modo, la sostenida por García Figueroa durante alguna etapa de su evolución intelectual hacia el principialismo— es correcta, entonces la tesis

142 Véase: Alexy, Robert, “Principios formales”, *op. cit.*, p. 16.

143 *Ibid.*

144 Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 230.

145 *Ibid.*

146 *Ibid.*

147 Cfr. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, *op. cit.*, p. 23.

148 Un comentario y crítica a la tesis de Lopera se puede ver en Lozada, Alí, *op. cit.*, p. 235.

149 Véase: Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 231.

150 *Ibid.*

de la optimización se torna apta para dar cobertura tanto a los principios en sentido estricto, que se comportan como reglas y a las directrices que únicamente ordenan que algo se realice hasta el máximo de las condiciones fácticas y jurídicas<sup>151</sup>. En este escenario, la optimización designa algo más que la posibilidad de un cumplimiento en el rango de la nada y el todo. La satisfacción plena del mandato estaría vinculada en algunos supuestos con la frecuencia en la aplicación de aquellos principios que prescriben la realización de acciones, en tanto que en otros (las directrices) solamente se haría alusión a la obtención de un estado de cosas de intensidad variable.

Y es aquí donde importa explicitar las salvedades con el planteamiento de Lopera, tal como se anunció desde el § III.a. En el estudio de la profesora colombiana no es claro, en qué lado de los mandatos de optimización deberían colocarse los principios alexyanos, ni tampoco si ellos implican imperativos relacionados por igual con la intensidad y la frecuencia de la aplicación<sup>152</sup>. Parece que la distinción aludida en esta parte sigue siendo incapaz de superar las objeciones de Aarnio y Sieckmann en el sentido de que los mandatos de optimización son auténticas reglas. De esta manera, aunque ahora esta idea se vincule con las acepciones de la intensidad y la frecuencia, todavía es cierto que la obtención de un estado de cosas hasta donde alcancen las condiciones fácticas y jurídicas, o la realización de una acción “en el mayor número de las ocasiones posibles” —como lo dice Lopera para el caso de los principios en sentido estricto—<sup>153</sup> evidencia un deber categórico que el operador debe cumplir cuando algún principio resulte relevante para la solución del caso.

Aunque los estados de cosas o las acciones ordenadas por el principio relevante se alcancen hasta cierto porcentaje o venzan en el mayor número de ocasiones, la conducta del operador seguirá siendo disyuntiva: o se optimiza o no se optimiza. Además, si la tesis de los mandatos de optimización se entiende como un criterio normativo de aplicación general, entonces también deberá darse cuenta de la existencia de reglas —sean de acción o de fin—; cuyo ámbito de aplicación definitivo resultará solo después de haberlo definido, en función de las interacciones recíprocas que esa pauta guarde con las demás normas que integran el ordenamiento y resultan relevantes para la solución del caso. Dicho de otro modo, también respecto de las reglas pueden resultar útiles los criterios atinentes a la intensidad y la frecuencia en la aplicación.

Con todo, no es ahí donde radica la virtualidad de la tesis de Lopera sobre los mandatos de optimización. El acierto de la profesora colombiana estriba en demostrar — a mi juicio de manera convincente— que, incluso en la teoría de Alexy, la distinción entre reglas y principios es una cuestión de grado. Según Lopera, en el modelo principialista de Alexy, los criterios estructurales ocupan un lugar secundario para la solución del problema de la distinción. Ello explica, por ejemplo, que la generalidad en la expresión lingüística de las normas sea insuficiente para fundamentar una separación fuerte entre principios y reglas<sup>154</sup>. Cuando mucho, la menor o ma-

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> A juicio de algunos, Lopera parece “adjudicar al concepto alexyano de principio —como lo había hecho García Figueroa— el sentido de optimización como “frecuencia de la aplicación” (*cf.* Lozada, *Alí, op. cit.*, p. 235). Sin embargo, considero que los principios alexyanos podrán ubicarse tanto del lado de la intensidad de la aplicación como de la frecuencia con la que vencen en el mayor número de las ocasiones, pues tal situación está determinada no por la estructura sintáctica del principio, sino por la materia de la optimización, que en el primer caso se relaciona con estados de cosas, mientras que el segundo se refiere a acciones.

<sup>153</sup> Véase: Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 231.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 232.

por generalidad del antecedente de una norma constituye un indicio, “un criterio meramente indicativo, pero no constitutivo, de su carácter de regla o de principio”<sup>155</sup>. Es verdad que, por regla general, la existencia de una mayor amplitud en la determinación lingüística de la condición de aplicación y de las consecuencias jurídicas, suelen asociarse con la identificación de una norma como principio, pero ello no es una cualidad necesaria<sup>156</sup>. Las reglas pueden ser tan vagas como los principios pueden ser precisos. Si la amplitud lingüística es solo un signo exterior y falible para identificar a las especies normativas en cuestión, bien cabe preguntarse en qué otros elementos pueden cifrarse la respuesta al problema de la diferencia cualitativa. En la ubicación de esos otros elementos es donde la razón asiste a Lopera, para quien:

la concepción de los principios como mandatos de optimización respondería a una convención interpretativa que podría articularse como un acuerdo según el cual, cierto tipo de decisiones jurídicas, los así llamados “casos difíciles”, requieren que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un “deber ser definitivo o real”, esto es, como reglas, sino como portadoras de un “deber ser ideal o *prima facie*”, es decir, como principios. Mientras la primera interpretación llevaría a entender que las normas relevantes en el caso imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y que, en caso de conflicto, este ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas, su interpretación como principios permite derivar de ellas solo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual (sea en términos de intensidad o de frecuencia de aplicación), y resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso de acuerdo a las posibilidades tanto fácticas (a través de los juicios de idoneidad y necesidad que integran la máxima de proporcionalidad en sentido amplio) como jurídicas (a través de la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>157</sup>.

La calificación de una norma como regla o como principio no es una cuestión que se resuelva en términos abstractos. Constituye más bien una elección dependiente del grado de complejidad asignado al caso donde la norma deba aplicarse. Cuando el problema es fácil, la norma será tratada como una regla y las contradicciones que se llegaren a constatar entre su contenido y el de otras normas concurrentes se saldrá al través de la aplicación de los métodos tradicionales para la solución de antinomias<sup>158</sup>. En cambio, si el caso es difícil, lo mejor será tratar las normas implicadas “como un *principio* que se opone a las demás razones concurrentes, cuya colisión deberá resolverse mediante un examen de proporcionalidad”<sup>159</sup>.

Por lo tanto, un principio será tal si y solo si (a) opera en el razonamiento en conjunción con otras pautas, de manera que la norma aparece ligada a la noción de conflicto normativo, pues si ella se contemplara en forma aislada no ofrecería un fundamento para la decisión jurídica; y (b) las máximas comunes para la resolución de antinomias son insuficientes para despejar la concurrencia normativa, de tal modo que es menester echar mano del “esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad”. Cuando se satisfacen ambas condiciones —escribe Lopera— “llamamos principios a las normas involucradas en el razonamiento y las interpretamos como portadoras de deberes *prima facie* en lugar de como portadoras de deberes

---

155 *Ibidem*, p. 233.

156 *Ibid.*

157 *Ibidem*, pp. 234-235.

158 *Ibidem*, p. 235.

159 *Ibid.*



definitivos”<sup>160</sup>. Consecuentemente, la teoría de Alexy antes que afincarse sobre la (TDil), termina aproximándose a la distinción de grado, ya que los criterios para identificar las reglas y los principios son “una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos”<sup>161</sup>.

La solución al problema de la distinción no se encuentra en las cualidades normativas *per se*, es más: podrían presentarse supuestos donde la misma norma deba ser tratada como regla en algunos casos y en otros sea proclive a la ponderación, según lo determinen las convenciones interpretativas compartidas<sup>162</sup>. Ahora, si la separación entre reglas y principios se agota en una cuestión de interpretación, tanto la (TDil) como la (TDig) correrían el riesgo de carecer de sentido porque ninguna nota distintiva precedería a la acción del operador. Sin embargo, mantener la separación débil todavía puede reportar alguna utilidad en, al menos, dos sentidos. Primero, en cuanto la tesis de los mandatos de optimización se entienda como una técnica interpretativa y de carácter relacional, su relevancia queda de manifiesto al ser un elemento oportuno para la solución de los conflictos normativos<sup>163</sup>. Luego, no es menos verdadero que el recurso a la ponderación —como paso previo a la subsunción— permite apreciar mejor la forma en que operan las normas fundamentales en los casos concretos disciplinados por ellas, sobre todo en el contexto del constitucionalismo contemporáneo<sup>164</sup>.

Así, la diferencia entre reglas y principios es más funcional que de estructura: un mismo enunciado puede aparecer a veces como principio y en ocasiones como regla<sup>165</sup>. En consecuencia, cifrar la singularidad de los principios en una dimensión funcional más que estructural es un camino prometedor. Cualquier norma, en cuanto adquiere un determinado papel en el razonamiento jurídico, podrá ser tratada como regla o como principio<sup>166</sup>. En consecuencia, la tesis de los mandatos de optimización antes de ser una característica presente en ciertas normas y ausente en otras, debe concebirse como una técnica de interpretación y argumentación en común. La idea de los mandatos de optimización y el juicio de ponderación consiguiente no se presentan únicamente en relación con los principios, sino también con las reglas, según lo acredita la práctica constante de los tribunales que hacen uso de esta técnica frente a ciertos conflictos donde están implicadas normas de uno y otro tipo. En suma, la respuesta al problema de la distinción no se agota en una cuestión de importancia o jerarquía lógica. Se trata de un asunto relacional y comparativo<sup>167</sup> según el cual una norma a veces será más como regla o más como principio.

Dicha constatación levanta acta de la incorrección de la (TDil) sobre la que se asienta el principialismo argumentativo.

160 Todos los entrecomillados del párrafo corresponden al texto de Lopera. *Cfr. Ibidem*, pp. 237-238.

161 Véase: Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 1998, vol. II, núm. 22, pp. 93-94, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.07>.

162 Esto es algo que aceptan también Atienza y Ruiz Manero en cuanto estiman que una norma puede ser regla o principio según el contexto, pero no podrá ser ambas cosas a la vez en la misma circunstancia. *Cfr. Atienza, op. cit.*, p. 27.

163 *Cfr. Prieto Sanchís, Luis, op. cit.*, p. 48.

164 Sobre ello, Celano, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, trad. de Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2019, pp. 404.

165 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 50.

166 *Ibidem*, p. 57.

167 *Ibidem*, pp. 44-45 y 67.

## V. *Qué queda de la (TDil)*

En la actualidad parece baladí aludir al proceso de expansión mediante el cual las declaraciones de derechos amplían su ámbito de aplicación —a través del efecto de irradiación— a terrenos distintos a los descritos por las relaciones de imperio entre el gobernado y el poder público. Para surtir semejantes consecuencias, además, las declaraciones han de entenderse bajo la forma de principios expuestos a permanentes concurrencias normativas que implican la necesidad de llevar a cabo ponderaciones para determinar, qué derecho (principio) debe disciplinar la solución de los casos concretos regulados por ellos. Dicha forma de plantear la cuestión revela, por lo que hace al plano de las normas, una distinción tajante entre reglas y principios. Según la versión dominante del principialismo, las primeras solo pueden cumplirse o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella ordena. En cambio, los principios son mandatos de optimización que ordenan la realización de un objeto en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas concurrentes. Por eso, a diferencia de las reglas (que son mandatos definitivos), los principios se cumplen en diferentes grados, es decir, son mandatos de optimización.

Con todo, el problema de la distinción puede abordarse desde dos perspectivas. Con arreglo a una tesis fuerte (*TDil*), el hiato entre ambas especies denota una separación lógica, un asunto de todo o nada (una norma es regla o es principio). Por otro lado, conforme la lectura moderada (*TDig*), el problema es solo una cuestión de grado ya que ambas especies funcionan en el razonamiento como normas probabilísticas. En la literatura principialista se cuentan diversos intentos para justificar la (*TDil*), sin que hasta el momento alguno de ellos haya sido exitoso. Un primer lance para justificar la separación fuerte supone tomar el camino de la derrotabilidad. No obstante, el argumento general falla el blanco, porque en sí mismo resulta insuficiente para demostrar cualquier diferencia lógica. Es más: tanto los principios como las reglas pueden resultar excepcionados por consideraciones no enumerables de antemano y, por lo tanto, de ahí no puede seguirse ninguna separación cualitativa.

El segundo intento para resolver el problema pasa por considerar que los principios —al igual que las reglas— correlacionan casos con la calificación normativa de una conducta. Sin embargo, mientras que los principios configuran en caso de manera abierta, las reglas lo hacen en forma cerrada. Respecto de los primeros no es dable plantear una lista cerrada de condiciones de aplicación, que en cambio sí es susceptible de formularse respecto de las reglas. Por desgracia la alternativa actual tampoco es prometedora. Después de un examen detenido se constata que también las reglas crean deberes preliminares que ameritan deliberaciones previas a la aplicación. El carácter abierto y cerrado que, respecto de la morfología estructural, se asigna a cada especie normativa denota —más bien— una propiedad relativa y relacional de la que no deriva ninguna diferencia categórica.

Queda, por último, explorar la fortuna de la tesis sobre los mandatos de optimización. En cuanto esta alternativa se presenta saltan sendos problemas. Acontece, por ejemplo, que los mandatos de optimización son auténticas reglas, y ello obliga a distinguir entre los mandatos de optimización y los mandatos a optimizar (objetos con cumplimiento gradual). Esto es ya suficiente inri, pero quizá la complicación más importante consiste en que la idea de los mandatos de optimización es una técnica de argumentación aplicable por igual a reglas y principios —ver-

bigracia: ambos generan deberes preliminares o requieren deliberación—. Y, por lo tanto, cabe sostener que entre ambas especies existe tan solo una diferencia de grado dependiente de una elección interpretativa que atiende a criterios externos como la función que las normas desempeñan en el razonamiento o la clase de casos en las que ellas deben ser aplicadas.

En fin, contra la cara pretensión del principialismo para conceptualizar a los mandatos de optimización como elementos distintos a las reglas, es preciso advertir la existencia de diversos elementos “de peso” para considerar que la (TDig) constituye una mejor explicación para el asediado problema de la distinción.

## VI. Referencias

AARNIO, Aulis, Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio” en ARNIO, Aulis, GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyríki (coord.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 17-36.

\_\_\_\_\_, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, trad. de Pedro Serna, 2000, núm. 4, pp. 593- 602, disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2070/AD-4-35.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024)

\_\_\_\_\_, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Lima, Palestra, 2016.

ACUÑA Manuel, *Poesía completa*, México, Secretaría de Cultura, 2014.

ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2019.

\_\_\_\_\_, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 2a ed., Barcelona, Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2017.

\_\_\_\_\_, “La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, trad. de José Antonio Seoane, España, 2000, vol. 43, pp. 217-249, disponible en: <https://doi.org/10.15581/011.32120>.

\_\_\_\_\_, “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de María Claudia Quimbayo Duarte, España, 2014, núm. 37, pp. 15-29, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.01>.

\_\_\_\_\_, “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, trad. de Daniel Oliver-Lalana, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos funda-*

- mentales. *Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119-136.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4a ed. Barcelona, Ariel, 2007.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BECHARA LLANOS, Abraham Zamir y VIDES ARGEL, María Eugenia, “Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann”, *Justicia*, vol. 24, núm. 36, 2019, pp. 196-213, disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.24.36.3765>.
- BECHARA LLANOS, Abraham Zamir, “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm., 2, 2011, pp. 63-76, disponible en: <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2011v6n2.1778>.
- BICKEL, Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, trad. de Mario Zamudio Vega, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.
- BOROWSKI, Martin, “La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad”, trad. de Alejandro Nava Tovar, *Ciencia Jurídica*, México, vol. 8, núm 16, julio-diciembre de 2019, p. 81-98, disponible en: <https://doi.org/10.15174/cj.v8i16.314>.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Pospositivismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 1998, vol. 1, núm. 21, pp. 209-220, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.11>.
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5a ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2006.
- CELANO, Bruno, *Los derechos en el Estado constitucional*, trad. de Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2019.
- CIANCIARDO, Juan, *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*, México, IIJ/UNAM, 2020, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59546> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024)

- COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 1998, vol. II, núm. 22, pp. 89-104, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.07>.
- DA SILVA MOREIRA, Pedro, *Deferencia al legislador: La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.
- DWORKIN, Ronald, *La filosofía del derecho*, trad. Javier Sáinz de los Terreros, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2012.
- \_\_\_\_\_, *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschioli, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teoría del derecho. Una introducción*, Zela, Puno, 2023.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Principios y positivismo jurídico. El no-positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Que hacer para que las democracias contemporáneas se abran —por fin— al diálogo democrático*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2021.
- GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, trad. de César Moreno More, 2a ed., Lima, Legales Ediciones, 2017.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, 6a ed., Madrid, Trotta, 2010.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2a ed., México, IJ/UNAM, 2007.
- LAPORTA, Francisco, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 1985, núm. 67, pp. 3-31, disponible en: [https://cv.uoc.edu/mat/03\\_001/Laporta1.htm](https://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 2004, núm. 27, pp. 211-243, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.08>.
- \_\_\_\_\_, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Lima, Palestra, 2023.

- LOZADA, Alí, -El positivismo de la “optimización”: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy-, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, 2016, núm. 29., p. 227-252, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.12>.
- MORA SIFUENTES, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- MORESO, José Juan, “*Ethica more iuridico incorporata*”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés* 2012, México, Fontamara, 2013.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 2013, nueva serie, núm. 137, pp. 601- 646.
- PAULSON, Stanley, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, trad. de Alejandro Nava Tovar, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.
- RODRÍGUEZ DURÓN, Everardo, *El control constitucional ante el desafío democrático. Un acercamiento al problema contramayoritario en el derecho constitucional mexicano*, tesis profesional para obtener el grado de Maestro en Justicia Constitucional, Universidad de Guanajuato, 2017.
- SIECKMANN, Jan, *El modelo de los principios del derecho*, edición de Camilo Calderón Schrader, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- \_\_\_\_\_, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- \_\_\_\_\_, “Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales”, trad. de Daniel Oliver-Lalana, en CLÉRICO, Laura, *et. al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y ponderación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- Tesis 1a. CXXXV/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. I, abril de 2015, p. 485, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008936> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).
- Tesis 1a./J.10/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, abril de 2016, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/r\\_VpMHYBN\\_4klb4Hi9KF/%22Tortura%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/r_VpMHYBN_4klb4Hi9KF/%22Tortura%22) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).

- Tesis 1a./J.43/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 333, disponible en: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/tfVpMHYBN\\_4klb4Hn9p4/%22Normas%20objetivas%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/tfVpMHYBN_4klb4Hn9p4/%22Normas%20objetivas%22) (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).
- Tesis 1a./J.6/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. I, febrero de 2019, p. 492, disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019359> (fecha de consulta: 20 de julio de 2024).
- VALADÉS, Diego, “Eutanasia. Régimen jurídico de la autonomía vital”, en CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, IIJ/UNAM, 2008, pp. 137-150.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar, *Teorías neoconstitucionalistas. Un análisis de los constitucionalismos garantista, principialista e incorporacionista desde la cultura constitucional mexicana*, Lima, Palestra, 2020.
- VILAJOSANA, Josep María, *Identificación y justificación del derecho*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2017.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Carlos Ulises Moulines, en *Ludwig Wittgenstein I*, Madrid, Gredos, 2021.