

## CAPÍTULO 24

# NORMA JURÍDICA

Jan SIECKMANN\*

SUMARIO: I. *El Concepto de la Norma Jurídica*. II. *Estructura de las Normas Jurídicas*. III. *Reglas y Principios*. IV. *Bibliografía*.

### I. EL CONCEPTO DE LA NORMA JURÍDICA

El concepto de la norma jurídica es uno de los más centrales de la jurisprudencia. La estructura y las propiedades de las normas jurídicas se reflejan en el derecho mismo. En general, las teorías del derecho empiezan con una explicación del concepto de la norma jurídica.<sup>1</sup> Sin embargo, no es claro lo que ha de entenderse por norma jurídica. Esta falta de claridad se deriva en parte de los problemas vinculados con el concepto de norma en general. Además, existen diversas interpretaciones acerca de lo que constituye el carácter jurídico de una norma.

\* Profesor de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. Weidenfels-Nicholson, Indianapolis-Cambridge, 1954 [1832]; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Deuticke, Wien, 1960 (*Teoría pura del Derecho*. Trad. Roberto Vernengo Editorial Porrúa, México, 1979); Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994, p. 54 y ss. (El concepto del Derecho. (Trad. Genaro R. Carrió) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995. En cambio, Joseph Raz pretende que una teoría del sistema del derecho es un requisito para desarrollar una definición adecuada de la norma jurídica (Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1980 [1970], p. 2). Sin embargo, el primer capítulo sistemático de este libro, después de un análisis de la teoría de Austin, trata de la teoría de las normas, y antes de llegar a las preguntas sobre la existencia y la identidad de los sistemas jurídicos, Raz analiza el sistema jurídico como sistema de normas (cap. VI) y como sistema de normas jurídicas (cap. VII). Esto no corresponde a su pretensión de desarrollar una teoría del sistema jurídico como presupuesto de una teoría de la norma jurídica, sino más bien apoya a la tesis que el análisis del concepto de la norma jurídica es central para cualquier teoría del Derecho.

*Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 895-945.

## 1. *Teoría de las normas*

La teoría de las normas es altamente controversial. El término se utiliza de maneras tan diversas lo que ha llevado a sugerir evitarlo en las teorías sobre los sistemas normativos y la argumentación práctica.<sup>2</sup> Sin embargo, no existe una mejor alternativa terminológica, y el hecho de que un término teórico central sea usado de distintas maneras no parece suficiente para abandonarlo. Además, una teoría de las normas se puede limitar a los casos claros y paradigmáticos, aunque queden algunas dudas acerca del alcance de este concepto en otros ámbitos. Por eso, el siguiente análisis trata de desarrollar una concepción de las normas que parece ser la más adecuada, llamada la “concepción semántica de las normas”, y va a tratar las alternativas y las dudas sólo a partir de esta concepción.

### *La concepción semántica*

La concepción semántica de las normas sostiene que normas son el contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, o lo que al menos se puede expresar de esa manera.<sup>3</sup> Enunciados explícitamente normativos son, por ejemplo, “Es obligatorio pagar sus impuestos”, “Está prohibido fumar en este lugar”, o “Está permitido expresar su opinión”. Estos significan, respectivamente, que es obligatorio pagar sus impuestos, que está prohibido fumar en cierto lugar, o que está permitido expresar su opinión. Pero las normas también pueden ser expresadas de manera implícita. Así, un enunciado que parece descriptivo puede expresar una norma, como cuando, por ejemplo, alguien dice “No se fuma aquí,” para advertir que no se debe fumar en aquel lugar. Incluso un gesto como levantar y mover el dedo índice de determinada manera puede, en cierto contexto, expresar una prohibición. Pero siempre es posible expresar la norma de manera lingüística.

Entonces, las normas pueden definirse como los contenidos de enunciados normativos. A cada norma corresponde al menos un enunciado normativo que la expresa, aunque diversas formulaciones normativas pueden expresar la misma norma y, además, una norma puede ser expresada por enunciados no normativos o por otros símbolos. Así, normas deben ser

<sup>2</sup> Hage, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005, p. 202.

<sup>3</sup> Sieckmann, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 29. También Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

distinguidas de su formulación<sup>4</sup> y, además, de los actos de habla en los que se usan los enunciados normativos.

Sin embargo, esta concepción es ambigua debido a la variedad de los enunciados normativos. En particular, debe aclararse si estos enunciados están usados en aserciones normativas y entonces expresan proposiciones normativas, o si es posible que sólo formulan una norma sin decir nada acerca de su existencia o validez. Por ejemplo, “No se debe mentir” puede constatar la norma de que no se debe mentir. Así, la frase “no se debe mentir” expresa la proposición normativa que existe una norma que prohíbe mentir. Pero un enunciado normativo no necesariamente presenta una aserción o proposición normativa. “No se debe respirar” es un enunciado normativo que expresa una norma, pero tal norma no existe, y por eso sería equivocado hacer tal aserción. Sin embargo, es posible expresar normas que no son válidas. Entonces, los enunciados normativos no siempre son usados en aserciones normativas. Parece que se pueden usar enunciados normativos sin pretender su verdad y sólo para formular una norma sin presentarla como existente o válida. Así, se debe distinguir entre las meras formulaciones de normas y las aserciones normativas que adscriben validez a una norma.

Además, deben distinguirse las normas como meros contenidos normativos de los hechos o estados de cosas normativos presentados por proposiciones normativas. Esta diferencia puede expresarse presentando normas como “N”, proposiciones normativas como “VAL N”. Ahora bien, frente a la concepción de una norma como entidad semántica normativa sin validez podría objetarse que un enunciado “No se debe respirar” expresa no sólo una norma sino una proposición normativa. Aunque la norma expresada no sea válida, el enunciado adscribe validez y es, por eso, falso. De hecho es difícil dar un ejemplo claro de un enunciado que sólo expresa una norma en sentido puramente semántico y sin adscribir validez. Sin embargo, es necesario hacer tal distinción. La diferencia se ve claramente cuando se trata de la negación de un enunciado normativo. La negación de una norma “No se debe hacer X” ( $\neg Op$ )<sup>5</sup> tiene otro sentido que la negación de una proposición normativa “No es válido que se debe hacer X” ( $\neg VAL Op$ ). De la negación de la obligación  $Op$  sigue que es permitido no hacer X (porque  $\neg Op$  es equivalente a  $P\neg p$ ). Pero de la negación de la proposición

<sup>4</sup> Cfr. también Rodríguez, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 14. (Véase además, SISTEMAS JURÍDICOS)

<sup>5</sup> “ $\neg$ ” significa la negación “no”, “O” el operador deóntico “es obligatorio” y “p” la descripción de un acto “hacer X”.

normativa VAL Op sigue sólo que no es válido una norma con tal contenido ( $\neg$ VAL Op), no se sigue la validez del correspondiente permiso VAL  $P\neg p$ . Esto se muestra claramente con el siguiente ejemplo. Supongamos que el derecho federal tiene prioridad frente al derecho de las provincias, y que las provincias tienen la competencia de legislar en el marco de las normas federales. Además, que el derecho federal no incluye una obligación de hacer X (por ejemplo, tener extintor de incendios en el garaje). Si en el derecho federal la no-validez de una norma que obliga a hacer X implicaría la validez de un permiso para hacer X, las provincias no podrían promulgar tal obligación. Pero entonces la idea de que el derecho federal deja un marco de legislar para las provincias sería insostenible, y un sistema federal como el esbozado sería imposible. Sin embargo, es claro que existen tales sistemas. Por eso, no es correcta la inferencia de la no-validez de una obligación de hacer algo a la validez de un permiso del mismo acto. Por otro lado, no hay duda que en el nivel de las normas, la no-obligación de hacer algo equivale al permiso de no hacerlo.<sup>6</sup> Entonces, es necesario distinguir entre normas y sus formulaciones por un lado y las proposiciones normativas y los hechos y estado de cosas normativos por el otro.

Como las normas son distintas de proposiciones normativas, quedan tres candidatos para el concepto de normas:<sup>7</sup>

- el contenido normativo que expresa una norma meramente en sentido semántico, sin atribuir validez o existencia;
- el hecho normativo de que es válido cierta norma;<sup>8</sup>
- el estado de cosas (meramente posible) de que es válido cierta norma.

Aunque tiene sentido y es común llamar “normas” a los hechos normativos, este uso no puede reemplazar la definición de normas como meras entidades semánticas sin atribución de validez. Como los hechos normativos consisten en la validez de normas, presuponen el concepto de la norma en sentido meramente semántico.

A diferencia de los hechos normativos, los estados de cosas normativos pueden existir o no, entonces no representan una norma válida sino sólo una norma posible. Sin embargo, aunque sea posible, no parece necesario llamar “norma” a un estado de cosas normativo no existente, porque el concepto de la norma como contenido de un enunciado semántico ya permite formular normas sin atribuirles validez.

<sup>6</sup> Acerca de la interdefinibilidad de las modalidades deónticas *cf.* abajo, II.1.A.

<sup>7</sup> Ver también Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>8</sup> *Cfr.* Hage, *Studies in Legal Logic*, *op. cit.*, p. 202: normas como hechos deónticos. También Heidemann, Carsten, *Die Norm als Tatsache*. Nomos, Baden-Baden, 1997.

En fin, queda como más plausible y elemental la concepción de normas como los contenidos de los enunciados normativos. Sin embargo, esta concepción enfrenta algunos problemas, algunos de índole filosófico, otros respecto a su adecuación como teoría de las normas.

Uno de los problemas filosóficos es que se duda la existencia de contenidos como entidades ideales o abstractas, o al menos su adecuación para un análisis lógico de las normas.<sup>9</sup> Las dudas acerca de la existencia de entidades abstractas proponen en particular teorías empiricistas que tratan de explicar el lenguaje sólo sobre la base de acciones y reacciones empíricas.<sup>10</sup> Sin embargo, es posible construir contenidos como entidades abstractas sobre la base de la práctica lingüística. Se puede expresar la misma norma de distintas maneras. Así, el uso de diversos símbolos o de los mismos símbolos en diversos contextos se entiende de la misma manera. Entonces hay algo que queda igual en diversos usos de enunciados o símbolos, lo que permite abstraer de diferencias en la formulación lingüística y de los particularidades del contexto en la cual se usa estas formulaciones. Lo que queda igual en diversas formulaciones lingüísticas que se considera como intercambiable puede ser calificado como el contenido de estas formulaciones.<sup>11</sup> Es al menos posible sostener la noción del contenido como entidad abstracta.<sup>12</sup>

Otro problema filosófico concierne la capacidad de normas o enunciados normativos de ser calificados como verdaderos o falsos.<sup>13</sup> Para una teoría semántica que define el significado de los enunciados a través de los valores de verdad, los enunciados normativos sin valores de verdad no pueden tener significado.<sup>14</sup> Sin embargo, hay alternativas a estas teorías semánticas,<sup>15</sup> y además la tesis de que enunciados normativos no pueden ser verdaderos o falsos es discutible. Al menos los enunciados sobre la validez de las normas son capaces de ser verdaderos o falsos, en cuanto que

<sup>9</sup> Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 24.

<sup>10</sup> Por ejemplo Quine, W.V.O., *Philosophy of Logic*. Englewood cliffs, NJ, 1970, p. 3.

<sup>11</sup> Acerca de esta concepción Patzig, Günther, "Satz und Tatsache" en *Idem, Tatsachen, Normen, Sätze, Reclam*, Stuttgart 1980, p. 30.

<sup>12</sup> También Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 24, admiten que el enfoque a entidades lingüísticas no prejuzga la posición acerca del estatus ontológico de las normas.

<sup>13</sup> El problema llamado "el dilema de Jørgensen". Cfr. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 179; Zuleta, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2008, p. 49.

<sup>14</sup> También Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 16 n. 10.

<sup>15</sup> Cfr. Brandom, Robert, *Making it Explicit: Reasoning, Representing, & Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.

una norma cumpla o no cumpla los criterios de validez de este enunciado.<sup>16</sup> En cualquier caso es posible entender los enunciados normativos, y esto proporciona una buena razón para rechazar la semántica exclusivamente basada sobre valores de verdad o la tesis de que los enunciados normativos no pueden ser verdaderos o falsos, o las dos posiciones.

Entonces parece sostenible la definición de normas como los contenidos de los enunciados normativos. Otra pregunta es si tal caracterización es suficiente o si es necesario suplementarla con otras concepciones de normas.

### *Alternativas*

Las alternativas a la concepción semántica de las normas son concepciones de las normas como entidades lingüísticas, pragmáticas o empíricas. A su vez, en relación de cada una de estas concepciones pueden distinguirse concepciones “puras” y “mixtas”.

- *La dimensión lingüística*: la concepción lingüística identifica la norma con el enunciado normativo.<sup>17</sup> De esta forma evitaría el problema de identificación de la norma, problema que presentaría la concepción semántica de la norma. Sin embargo, lo que interesa en el derecho como en otras prácticas normativas no es el enunciado sino el contenido normativo. Por eso, se sugiere una concepción “mixta”, según la cual la norma no es el contenido de un enunciado normativo en sí mismo, sino la combinación de tal contenido con su formulación lingüística.<sup>18</sup> Sin embargo, queda el problema de que existen diversas formulaciones para el mismo contenido, y no tiene sentido sostener que cualquier diferencia en la formulación de una norma constituye otra norma. Por eso, la combinación de la dimensión semántica con la lingüística no parece adecuada.

- *La dimensión pragmática*: Una concepción pragmática de las normas las considera como actos de habla prescriptivos,<sup>19</sup> como, por ejemplo, la defi-

<sup>16</sup> Cfr. también Hage, *Studies in Legal Logic*, op. cit., p. 202.

<sup>17</sup> En este sentido Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 23.

<sup>18</sup> Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 14: “concepción mixta”.

<sup>19</sup> Esto sería una “concepción expresiva” en el sentido de Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms”, en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Springer, 1981, pp. 96-97; *idem*, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms”, *Rechtstheorie*, vol. 15, 1984, pp. 453-464: “expressive” v. “hyletic” conception of norms. Criticando la concepción expresiva de las normas Weinberger, Ota, “The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms”, *Law & Philosophy*, vol. 4, 1985, pp. 165-198; Hage, *Studies in Legal Logic*, op. cit., pp. 161-164.

nición de normas como imperativos.<sup>20</sup> Sin embargo, esta concepción no presenta una alternativa plausible a la concepción semántica.<sup>21</sup> Primero, la norma no puede ser el acto de habla mismo, porque las normas no son actos. A lo mejor la norma podría ser el resultado de un acto prescriptivo. Sin embargo, no todas las normas resultan de actos prescriptivos. Además, no es claro que significa “prescriptivo”. La prescriptividad del acto no significa necesariamente crear una norma. Actos prescriptivos pueden ser distinguidos de actos constitutivos de normas.<sup>22</sup> Pero si el acto no crea una norma, entonces ¿qué agrega a la norma que podría ser calificado como prescriptivo? La norma puede ser prescriptiva por su contenido o por su función de guiar acciones, pero esto no se sigue del carácter del acto que expresa la norma.

Un modo de diferenciar la prescriptividad del acto de habla de la prescriptividad de la norma misma es la concepción expresiva de la norma, según la cual el operador deóntico se refiere exclusivamente al nivel pragmático y no al contenido de un acto de habla normativo, es decir, no forma parte del contenido de la norma. Se presenta la norma como !p, donde “!” representa un imperativo y “p” la acción demandada.<sup>23</sup> El acto pragmático entonces consiste en que alguien exige p. Pero si no es posible expresar el contenido del acto de manera semántica, representándolo por una norma “Se debe hacer p”, resulta difícil de entender los actos prescriptivos. Parece que —según la concepción expresiva— alguien exige p, pero no puede decir que se debe hacer p. Pero entonces no se puede saber si tal exigencia expresa una norma. Cualquier caracterización del contenido normativo tiene carácter semántico, aunque por supuesto este contenido no necesariamente está explícito, sino que puede ser implícito en un acto prescriptivo que exige hacer algo. Pero si es posible expresar el contenido prescriptivo del acto de habla, este acto puede ser presentado como acto de habla que se refiere a tal contenido normativo (por ejemplo, establece, afirma o reclama cumplimiento de tal norma). Entonces presupone la concepción semántica.

Queda la posibilidad de una concepción “mixta”, es decir, entender normas, no como actos prescriptivos, sino como contenidos de actos de prescripción.<sup>24</sup> Así, se combina un elemento semántico con un elemento

<sup>20</sup> Austin, John, *Lectures on Jurisprudence.*, vol. 1, 4.ed., London, 1873, p. 98.

<sup>21</sup> Cfr. también la crítica en Hage, *Studies in Legal Logic, op. cit.*, pp.1 61-164.

<sup>22</sup> Cfr. Hage, *Studies in Legal Logic, op. cit.*, pp. 166-167.

<sup>23</sup> Alchourrón y Bulygin, “The Expressive Conception of Norms”, *op. cit.*, p. 96.

<sup>24</sup> En este sentido Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre.* 2.ed. Deuticke, Wien, 1960, pp. 4-5, p. 7, (*Teoría pura del Derecho.* (Trad. Roberto Vernengo) Editorial Porrúa, Mexico, 1979, pp. 18-

pragmático.<sup>25</sup> Sin embargo, las normas no siempre poseen contenidos de actos de prescripción.<sup>26</sup> Existen otras maneras en que se puede referir a una norma. Además, si la norma es válida, el acto en que la norma fue expresado parece irrelevante para la aplicación de la norma. La validez de la norma significa que se debe aplicarla según su contenido. No tiene relevancia el acto o los actos en los cuales la norma fue expresada. Por eso, la combinación de la dimensión semántica con la pragmática tampoco parece adecuada como concepción de normas.

- *Dimensión Empírica*: Hay concepciones de las normas que las consideran como entidades empíricas,<sup>27</sup> como hechos institucionales, sociales o mentales. Sin embargo, no se pueden identificar las normas como meros hechos empíricos sin contenido.<sup>28</sup> Lo que parece posible es una concepción “mixta” que combina el contenido normativo con el hecho de su aceptación institucional, social o mental. En este sentido se pueden entender, por ejemplo, normas sociales<sup>29</sup> o institucionales.<sup>30</sup> Esto, sin embargo, presupone el concepto de la norma como contenido normativo, porque el hecho empírico debe referirse a este contenido. Normas como entidades empíricas pueden existir en dos versiones: como mero hecho empírico o como norma válida sobre la base de ciertas circunstancias. Para establecer una norma válida, el hecho empírico de la aceptación de la norma debe ser adecuado para fundamentar la validez de la norma en un sentido normativo, es decir, debe justificar la pretensión que se debe aplicar y seguir la norma.

---

19, p. 21), quien entiende la norma como sentido objetivo de un acto de voluntad (*Willensakt*).

<sup>25</sup> Esto parece la posición de Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 14, quien considera como norma órdenes incluidos en actos de prescripción, entonces no el acto de prescripción mismo.

<sup>26</sup> Hage, *Studies in Legal Logic*, op. cit., p. 162. Cfr. también Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, op. cit., p. 13, quien, sin embargo, limita el uso del término “norma” al sentido prescriptivo, *Ibidem*, p. 14.

<sup>27</sup> Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Luchterhand, Berlin-Neuwied, 1964, pp. 61-2, pp. 68 y ss.

<sup>28</sup> Ross, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, pp. 78 y ss.

<sup>29</sup> Ross, *Directives and Norms*, op. cit., distingue entre normas y directrices y entiende directrices como contenido semántico (p. 78) y normas como directrices que tienen cierta relación de correspondencia con hechos sociales (p. 82, p. 93). También la concepción de la regla social de Hart, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 54 y ss. (*El Concepto de Derecho*, pp. 69 y ss.), combina contenidos normativos con hechos sociales.

<sup>30</sup> Cfr. MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law*. Reidel, Dordrecht, 1985.

### *Validez y norma en sentido semántico*

La definición de la norma como contenido normativo no presupone que la norma tenga VALIDEZ. Es una concepción puramente semántica. Sin embargo, existen concepciones que vinculan el concepto de la norma con su validez o incluso con distintos criterios de validez.

La referencia a criterios de validez se encuentra en concepciones empíricas o pragmáticas de las normas, cuando las normas son identificadas sólo en términos del contenido de una práctica social o en términos del contenido de un acto prescriptivo y entonces no existen afuera de tales contextos. Estas concepciones parecen problemáticas porque vinculan el concepto de la norma con cierta teoría de la validez de las normas, teorías de la validez que, además, pueden ser bien dudosas.<sup>31</sup>

En cambio, la concepción de normas como hechos deónticos considera la validez de normas como una condición conceptual, así que algo que no tiene validez no es una norma. Esto es una idea muy común.<sup>32</sup> Sin embargo, ¿qué es entonces este contenido normativo que no tiene validez? Para hablar sobre la validez de algo se requiere un objeto a que se puede atribuir validez.<sup>33</sup> Y parece más natural considerar este contenido normativo como norma.

Además, cuando existen diversos tipos de validez (como validez empírica, normativa, absoluta, relativa, estricta, prima facie, en principio, definitiva), una definición de normas que incluya la propiedad de validez también debe definir de qué tipo de validez se trata. Parece más adecuado tratar este tema en una teoría de la validez de las normas en vez de en el concepto de la norma mismo.

### *Normas y proposiciones normativas*

Las normas deben ser distinguidas de las proposiciones normativas, que expresan que cierta norma es válida o existe en un sentido normativo. Sin embargo, existen diversas interpretaciones de esta distinción.<sup>34</sup> Von Wright

<sup>31</sup> Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit.

<sup>32</sup> Por ejemplo, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 9 (*Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 23), caracteriza validez como forma específica de la existencia de las normas. Entonces, sin validez no existe una norma. También Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979, p. 148.

<sup>33</sup> Cfr. también Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. (*Theorie der Grundrechte*, p. 47).

<sup>34</sup> Sin embargo, existen otras caracterizaciones de las proposiciones normativas: aserciones de la pertenencia de una norma a cierto sistema normativo (Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del dere-

la conecta con el uso prescriptivo y descriptivo de los enunciados normativos.<sup>35</sup> Cuando se usan enunciados normativos prescriptivamente, expresan normas, cuando se los usa descriptivamente, para informar que ciertas prescripciones existen, expresan proposiciones normativas.<sup>36</sup> Sin embargo, la distinción entre uso prescriptivo y uso descriptivo no es clara, y en cualquier caso la misma no representa de manera adecuada la distinción entre normas y proposiciones normativas. El uso descriptivo colapsa en un uso prescriptivo cuando alguien informa sobre la existencia de una norma que él cree válida en el sentido de que los destinatarios deben seguir esta norma. Para sostener la distinción entre los usos descriptivo y prescriptivo de las normas, se debería asumir que el uso prescriptivo consiste en dar prescripciones, es decir, crear normas. Pero no siempre cuando se expresa una norma se pretende crear una norma. Además, incluso en actos prescriptivos que pretenden crear una norma es necesario distinguir entre el acto (la prescripción) y su objeto (la norma que se pretende crear). Y es necesario que se pueda identificar el contenido de este objeto. Entonces, esta concepción presupone un contenido normativo, el cual se puede llamar “norma”.

En el marco de la concepción semántica de la norma, las normas como contenidos normativos pueden ser objeto de actos prescriptivos y de actos descriptivos. La diferencia entre norma y proposición normativa no se encuentra en el uso prescriptivo o descriptivo, sino resulta de la diferencia entre enunciados normativos básicos y enunciados de meta-nivel acerca de estos enunciados normativos y sus contenidos. Además, es necesario distinguir entre proposiciones normativas en sentido estricto y en sentido amplio.

En sentido estricto, proposiciones normativas constatan la validez de una norma.<sup>37</sup> Dicen explícita o implícitamente que cierta norma es válida.

---

cho” en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 110); significados de expresiones deónticas usadas para enunciar que un acto es obligatorio, prohibido o permitido de acuerdo con una norma o un conjunto de normas dados (Bayon, Juan Carlos, “Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho” en Bayón y Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, *op. cit.*, p. 30).

<sup>35</sup> Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963, 145. Así también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 173, y, aunque con algunos matices, la distinción de norma jurídica (Rechtsnorm) y enunciado jurídico (Rechtssatz) en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, pp. 59, 83 (*Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp., 70 y 93).

<sup>36</sup> Según Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>37</sup> Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, *op. cit.*, p. 17, también distingue un uso amplio que incluye cualquier aserción metalingüística acerca de una norma, de un sentido estricto, que, sin embargo, para Rodríguez, es la predicación de la pertenencia de una norma a

Esta proposición está implícita ya en el uso directo y no calificado de un enunciado normativo, por ejemplo, cuando se dice “No se debe fumar”. Usar tal enunciado significa constatar que la norma que señala que no se debe fumar es válida. El significado de la proposición normativa es el hecho de que la norma expresada es válida en cierto sentido. Esto puede depender de los criterios de validez de cierto sistema normativo. Pero siempre es validez en un sentido normativo, es decir, se constata que la norma tiene los efectos normativos que pretende tener, en particular, que se debe aplicar y seguir esta norma.

Se habla de proposiciones normativas también cuando se atribuye validez no en sentido normativo, sino sólo en el sentido que una norma pertenece a cierto sistema normativo según ciertos criterios.<sup>38</sup> Sin embargo, cuando los criterios de validez tienen carácter meramente descriptivo sin la implicación normativa de que se debe aplicar y seguir la norma, tales proposiciones de hecho son proposiciones descriptivas acerca de normas, no proposiciones normativas en sentido estricto.

## 2. *La norma jurídica*

La norma jurídica puede entenderse como especie de las normas en general, que se caracteriza sólo por el hecho de que pertenece a un SISTEMA JURÍDICO. Sin embargo, es a veces entendida como una subclase de normas con propiedades específicas y distintas, en particular, de las normas morales, o ni siquiera como una subclase de las normas en general, sino de manera específicamente jurídica.

Según la concepción semántica de las normas, la característica de las normas jurídicas es que pertenecen a un sistema jurídico, lo que es tema de la teoría de la VALIDEZ JURÍDICA. Así, el concepto de la norma jurídica combina el concepto de norma en general con la propiedad de tener validez jurídica. Cualquier tipo de norma podría ser una norma jurídica. No existen delimitaciones desde el concepto de la norma en este respecto. Sin embargo, queda por aclarar qué se entiende por “sistema jurídico”. Este consiste en normas identificadas por ciertos criterios de validez jurídica. Pero puede incluir también normas particulares que resultan de la aplica-

---

cierto sistema. Queda la pregunta si tal pertenencia implica la validez normativa de una norma. Si no, no se trata de una proposición normativa en sentido estricto, sino de una proposición descriptiva acerca de una norma.

<sup>38</sup> Alchourrón y Buljgin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 23 y 118.

ción de normas generales a casos concretos.<sup>39</sup> Sin embargo, cuando se habla de una norma jurídica, parece que no se refiere a normas particulares que resultan de la aplicación de normas jurídicas, como, por ejemplo, las normas particulares incluidas en contratos, actos administrativos o sentencias judiciales, sino sólo a normas directamente identificadas como parte del derecho.

Por otro lado, existen concepciones de la norma jurídica a las que se le asigna propiedades específicas, así que el concepto de la norma jurídica queda delimitado en comparación con el concepto de la norma. Así, se distingue normas jurídicas de las normas morales según el criterio de que el derecho consiste en normas para la conducta exterior, la moral de normas para la conducta interior.<sup>40</sup> Sin embargo, no parece posible sostener tal distinción en el nivel conceptual. Más bien parece un postulado de una teoría liberal del Estado de derecho que el derecho sólo reglamente la conducta exterior. Otro ejemplo es la definición de Kelsen de normas jurídicas como autorizaciones para aplicar sanciones bajo ciertas condiciones.<sup>41</sup> Así excluye cualquier otro tipo de norma del sistema jurídico, o las considera sólo como normas incompletas.

Otra concepción de la norma jurídica las define de manera tal que ni siquiera tienen las características de normas en el sentido de contenidos deónticos. La teoría de la norma como sanción condicionada entiende las normas jurídicas como imperativos hipotéticos o técnicos: No dicen que se debe hacer algo (una acción X), sino sólo que cuando se quiere evitar la sanción se debe hacer X. Así, se distingue normas jurídicas de las normas éticas o morales no sólo por los criterios de validez, sino también porque normas jurídicas no establecen obligaciones.<sup>42</sup> Sin embargo, esta teoría parece insostenible porque no corresponde al sentido que se da a las normas jurídicas: una norma del derecho penal no sólo establece la consecuencia de cometer un delito sino que incluye la prohibición de cierta conducta.

<sup>39</sup> En este sentido Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 58.

<sup>40</sup> Criticando esta distinción Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*. Comares, Granada, 1999, cap. 5 (orig. *Rechtsphilosophie* [1932], p. 41 y ss.).

<sup>41</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, pp. 58 y ss.; *Idem.*, 1960, 82-83. Cfr. Paulson, Stanley, "La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica" en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, 18, 27 y ss.

<sup>42</sup> Claramente Binder, Julius, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Deichert, Leipzig, 1912, p. 45; *Idem.*, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*. Deichert, Leipzig, 1927: el derecho obliga jurídicamente a nada.

En fin, parece más plausible usar la concepción semántica de las normas y permitir diversas estructuras y tipos de validez que pueden tener estas normas.

## II. ESTRUCTURAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como elemento básico del sistema jurídico, la estructura de las normas jurídicas se refleja en la estructura del sistema jurídico. Por eso el análisis de su estructura es de alta importancia. Sin embargo, aunque algunos aspectos parecen bien claros, también existen grandes controversias acerca de este tema.

### 1. *Estructura básica*

La estructura básica de la norma incluye como núcleo una norma que consiste en un deber, prohibición, permiso, expresado por un operador deóntico, y el contenido de la norma a que se refiere este operador y las condiciones de aplicación.<sup>43</sup> También pueden incluir un cuantificador, lo que es necesario para representar normas generales.<sup>44</sup>

#### A. *Modalidades deónticas*

Los operadores deónticos pueden ser representados por las letras O, F y P.<sup>45</sup> Significan

O := es obligatorio  
F := es prohibido  
P := es permitido.

<sup>43</sup> Von Wright, *Norm and Action*, *op. cit.*, p. 70, distingue entre seis elementos de normas prescriptivas: el carácter normativo, el contenido normativo, la condición de aplicación, la autoridad que promulga la norma, el destinatario y la ocasión. Sólo los tres primeros se consideran como elementos comunes en todas las normas.

<sup>44</sup> En el derecho, se encuentra también normas que parecen no tener contenido deóntico, como normas constitutivas o definitorias. Sin embargo, no es necesario cambiar el concepto de las normas para incluirlas. Son normas en cuanto existe la obligación de aplicar y seguirlas, o contribuyen a la determinación de la situación jurídica, así que forman partes de normas, que pueden ser consideradas también como normas.

<sup>45</sup> Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, p. 74.

Si se denota el contenido normativo por “p”, se presenta normas obligatorias por Op, normas prohibitivas por Fp y normas permisivas por Pp.

Una característica importante es que los operadores deónticos son interdefinibles.<sup>46</sup> Cualquier norma puede ser expresada usando la modalidad de obligación, prohibición o permiso con la ayuda de la negación ( $\neg$ ). El enunciado de que p es obligatorio es equivalente a lo que es prohibido que no-p, y también equivalente a que no es permitido no-p. Relaciones análogas valen a partir de la prohibición y permiso. Las relaciones correspondientes son:

$$\begin{aligned}Op &\Leftrightarrow F\neg p \Leftrightarrow \neg P\neg p \\Fp &\Leftrightarrow O\neg p \Leftrightarrow \neg Pp \\Pp &\Leftrightarrow \neg F\neg p \Leftrightarrow \neg O\neg p.\end{aligned}$$

La interdefinibilidad de las modalidades deónticas es importante porque muestra que se puede presentar cualquier sistema normativo sobre la base de cualquier operador deóntico.<sup>47</sup> Por eso no hay motivo para limitar normas a obligaciones y prohibiciones<sup>48</sup> o entender permisos sólo como normas dependientes sin relevancia en sí mismo.<sup>49</sup> También existen normas permisivas.<sup>50</sup> Un tipo especial de permisiones son las libertades. La libertad (L) de actuar de cierta manera equivale a la permisión de la acción (Pp) junto con la permisión de omitirla (P $\neg$ p):<sup>51</sup>

$$L := Pp \ \& \ P\neg p.$$

<sup>46</sup> Von Wright, Georg Henrik, “Deontic Logic” en *Mind*, vol. 60, 1951, pp. 1-15.

<sup>47</sup> Cfr. Von Wright, *Idem*.

<sup>48</sup> Así en particular la concepción de las normas como imperativos, cfr. Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, op. cit., p. 18. También Raz, *The Concept of a Legal System*, op. cit., p. 170 y ss.

<sup>49</sup> Varios autores distinguen entre permisos fuertes, que resultan de una reglamentación, y débiles, que resultan de la ausencia de una reglamentación, y consideran como normas sólo permisos fuertes. Cfr. Opalek, Kazimierz y Wolenski, Jan, “On Strong and Weak Permissions” en *Rechtstheorie*, vol. 4, 1973, pp. 169-182; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999, p. 89; y Von Wright, *Norm and Action*, op. cit., p. 86.

<sup>50</sup> Cfr. también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit.; idem, “Permissions and Permissive Norms” en W. Krawietz et al. (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin 1984 (trad. “Permisos y normas permisivas” en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 215-238.); Bulygin, Eugenio, “Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición” en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen. Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2011, pp. 45-72.

<sup>51</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 194.

### B. *El contenido de la norma*

Con respecto al contenido de la norma que es objeto de la modalidad deóntica, se discute si consiste en la descripción de una acción o un tipo de acción<sup>52</sup> o, en cambio, en una proposición.<sup>53</sup> La segunda opción parece preferible porque facilita el análisis lógico de las normas y está abierto acerca de la cuestión si el contenido normativo es una acción o no.<sup>54</sup>

El contenido de la norma puede incluir también la determinación del destinatario o de la clase de destinatarios. Sin embargo, parece posible construir normas que no tienen destinatario explícito, sino que la determinación del destinatario forma parte de la aplicación de la norma.<sup>55</sup>

### C. *La estructura condicional*

Acerca de las condiciones de aplicación, parece difícil encontrar una norma general válida que no tenga tales condiciones. Un problema es, sin embargo, como representar las condiciones de aplicación. Según la concepción “puente”,<sup>56</sup> la estructura de la norma puede representarse como un condicional que tiene las condiciones de aplicación como antecedente y el núcleo normativo como consecuencia, por ejemplo:

$q \rightarrow Op.$

Una presentación alternativa es la concepción “insular”:<sup>57</sup>

$O(q \rightarrow p).$

<sup>52</sup> Así Von Wright, *Norm and Action*, *op. cit.*, p. 71: acciones o actividades. Sin embargo, considera también reglas ideales que no se refieren a lo que se debe hacer, sino a lo que debe ser (p. 14). *Cfr.* también Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, quienes, sin embargo, también consideran contenidos complejos que resultan de conjunciones o disyunciones. Así parece que tratan los contenidos normativos como proposiciones.

<sup>53</sup> *Cfr.* Harty, John F., *Agency and Deontic Logic*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2001, pp. 3-4, que sostiene la necesidad de distinguir entre las dos versiones.

<sup>54</sup> Sin embargo, Harty, *Ibidem*, pp. 4, advierte que la interpretación como proposiciones tiene desventajas con respecto de lógica deóntica.

<sup>55</sup> *Cfr.* Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 467.

<sup>56</sup> Alchourrón, Carlos E. “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic” en *Studia Lógica*, vol. 57, 1996, pp. 5-18; *cf.* también Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>57</sup> *Cfr.* Zuleta, *Normas y justificación. Una investigación lógica*, p. 99.

Ambos tienen ventajas y desventajas. Parece que la concepción “puente” sólo es aplicable cuando la norma vale estricta o definitivamente, porque cuando aún existen argumentos en contra de la aplicación de esta norma, la conclusión Op no estaría justificada como inferencia deductiva. Para analizar las normas que pueden entrar en conflicto con otras normas parece más adecuado la concepción “insular”.

#### D. Normas generales y particulares

Las normas pueden tener carácter general o particular. Las normas generales establecen exigencias para todos los miembros de una clase de individuos. Por ejemplo: “Para todos los individuos está prohibido fumar en restaurantes.” Las normas particulares establecen normas para un individuo determinado. Por ejemplo: “‘a’ debe estar presente en el lugar de su trabajo.” La estructura de una norma particular puede ser representada como:

ORa.

La representación de las normas generales requiere el uso del cuantificador “Para todo x...”, que puede ser denotado como “(x)” o “ $\forall x$ ”. Las normas generales entonces se representan de la siguiente manera:

(x)(ORx).

Con la cuantificación es posible expresar también las normas existenciales, por ejemplo “Debe existir un x que realice p”. El cuantificador existencial puede representarse como “ $(\exists x)$ ”, una norma existencial como:

$(\exists x)(ORx)$ .

Existe interdefinibilidad entre normas generales y existenciales de distintos modalidades deónticas. Una obligación general es equivalente a la negación de que alguien tiene permiso de cierta acción.

$(x)(ORx) \Leftrightarrow (\neg \exists x)(P-Rx)$ .

Una permisión general es equivalente a la negación de que existe alguien para quien está obligatorio cierta acción.

$(x)(PRx) \Leftrightarrow (\neg \exists x)(O-Rx)$ .

Más allá de la cuantificación sobre los destinatarios de las normas, parece interesante la cuantificación sobre las acciones. Así, se puede distinguir entre la permisión general y la permisión existencial de cierto tipo de acción. Por ejemplo: “Todas las acciones de expresión son permitidas” y “Algunas acciones de expresión son permitidas”. La permisión existencial equivale a la negación de la prohibición de cierto tipo de acto. La permisión en el sentido de que un tipo de acción no está prohibido significa que hay al menos una acción de este tipo que no está prohibida. En cambio, la permisión general no sólo dice que un tipo de acción no está prohibido, sino establece de manera positiva que todas las acciones de este tipo están permitidas. Esto parece adecuado como interpretación de los derechos fundamentales de libertad. Para expresar esta diferencia, es necesario cuantificar sobre las acciones. Sin embargo, esto es un tema que no puede ser profundizado aquí.<sup>58</sup>

## 2. Estructuras complejas

Más allá de las normas elementales existen tipos de normas más complejas, que se refieren a normas elementales aunque sea discutible cuál es esta relación. Las discusiones más importantes se refieren a normas de competencias y a derechos subjetivos o individuales.

### A. Normas de competencia

Las normas de competencia establecen que ciertos actores son capaces de determinar la situación normativa por su propia acción. Algunos ejemplos son la competencia de legislar, de emitir un acto administrativo, de pronunciar una sentencia, de celebrar un contrato o de hacer una promesa. En estos casos, la situación normativa está determinada (y puede ser cambiada) por el acto que se ejerce sobre la base de la competencia.

Las competencias no son meros permisos,<sup>59</sup> aunque en general una competencia está vinculada con una permisión débil o negativa en el sentido de que no está prohibido el ejercicio de la competencia. La capacidad de cambiar la situación jurídica por la realización de una acción prohibida

<sup>58</sup> Por algunas reflexiones sobre este tema *cfr.* Sieckmann, Jan, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 46-56.

<sup>59</sup> *Cfr.* también Bulygin, Eugenio, “On Norms of Competence” *Law and Philosophy*, vol. 11 1992, pp. 201-216; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 202 y ss.; Ruiter, Dick W.P., *Institutionelle Rechtsstatsachen*. Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 93 (orig. *Institutional Legal Facts*. Springer, New York, 1993); Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*. Ashgate, Dartmouth, 1994.

no se considera una competencia jurídica, por ejemplo, no implica el ejercicio de una competencia la comisión de un delito que obliga a la justicia a perseguir el delito. La calificación del acto como permitido, obligatorio o prohibido no parece relevante para el concepto de la competencia. Para delimitar el concepto de la competencia parece más plausible restringirlo a casos en que el cambio de la situación jurídica es el objetivo directo del acto, es decir, forma parte de su contenido.<sup>60</sup>

En general, ejercer una competencia requiere una acción intencional dirigida a determinar la situación normativa de cierta manera. Así, la estructura de una norma de competencia es:

Si alguien (x) bajo ciertas circunstancias (C) realiza (D) un acto y con la intención (INT) de establecer la situación normativa representada por la norma n, entonces n es válido.

$$(x)(y)(n)C(x,y,n) \& D(x,y) \& INT(y,VALn) \rightarrow VALn.$$

(Para todos actores x, acciones y y normas n vale: Si x, y y n cumplen con las condiciones C y x ejerce un acto y y y tiene la intención de establecer la validez de n, entonces n es válida.)

Entonces, las normas de competencia conectan normas en sentido semántico con la dimensión de validez a través de actos intencionales.<sup>61</sup> Otorgan el poder de determinar intencionalmente la situación normativa a ciertos actores. Alguien tiene la competencia para tal determinación cuando cumple las condiciones establecidas en la norma de competencia, que pueden referirse, por un lado, a propiedades del actor y, por otro lado, a propiedades del acto o de la situación. Cuando el actor cumple con las condiciones personales, tiene una competencia en sentido abstracto. Cuando todas las condiciones están dadas, tiene la competencia para cierto acto normativo en concreto.

### B. *Derechos subjetivos o individuales*

Los derechos establecen relaciones entre normas, los sujetos titulares del derecho y los sujetos obligados por las normas. Los derechos son asignados a ciertas personas. En este sentido, se trata de derechos subjetivos.

<sup>60</sup> Con todo, la competencia no presenta otra modalidad deóntica sino una estructura normativa específica que se refiere a modalidades deónticas, aunque ellas pueden quedar indeterminadas.

<sup>61</sup> Cfr. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 47.

La estructura de un derecho puede representarse como una relación

$R(a,b,N)$

(a tiene el derecho contra b para que b cumpla con N).<sup>62</sup>

El derecho de a contra b acerca de N es equivalente con la obligación de b frente a a de cumplir con N:

$O(b,a,N)$ .<sup>63</sup>

Podría pensarse que los DERECHOS SUBJETIVOS son meramente reflejos de las normas que establecen OBLIGACIONES de ciertos destinatarios frente a ciertos beneficiarios.<sup>64</sup> El contenido de estas normas ya debe definir a los sujetos titulares y a los sujetos obligados. Los derechos subjetivos no agregan nada de contenido normativo sino sólo sirven para presentar el contenido del sistema jurídico desde otra perspectiva: la de los sujetos titulares de los derechos. Describen su posición jurídica, pero sólo existen según las normas jurídicas objetivas, es decir, las normas jurídicas descritas desde una perspectiva objetiva y no relacionada a una determinada persona. Sin embargo, puede diferenciarse entre normas y posiciones normativas. Al menos, se trata de distintas maneras de presentar el sistema jurídico.<sup>65</sup>

Además, una interpretación más fuerte de los derechos subjetivos es posible. Aunque las normas deben definir los sujetos obligados y, si hay, beneficiarios, pueden existir otras relaciones más allá del contenido de las normas. Los sujetos obligados por los derechos subjetivos de una norma no son necesariamente idénticos con los destinatarios de la norma. Por ejemplo, el Estado puede tener la obligación de establecer y aplicar normas que reglamenten las relaciones entre vecinos de manera equilibrada, a su vez esas normas obligan a los vecinos, por ejemplo, a no realizar ruidos molestos. Así, los derechos subjetivos introducen otra dimensión en el sistema jurídico, más allá de las normas. Definen quién está obligado a establecer y a aplicar ciertas normas y quién puede exigir cumplimiento de las normas.

<sup>62</sup> Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 163 y ss., siguiendo Hohfeld, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.

<sup>63</sup> Acerca de la equivalencia entre derechos y obligaciones Kramer, Matthew H., "Rights without Trimmings" en Kramer, M., Simmonds, N.E. y Steiner, H., *A Debate over Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 9, 31 y ss.

<sup>64</sup> Así Kelsen, *Reine Rechtslehre*, op. cit., p. 132 (*Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 140).

<sup>65</sup> En este sentido Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 155 y ss.

Como la aplicación de las normas es obligación no sólo, pero especialmente de la justicia, la concepción del derecho subjetivo como derecho a la aplicación de cierta norma implica que los derechos subjetivos son exigibles judicialmente. Esto corresponde a un entendimiento tradicional de los derechos subjetivos como derechos justiciables (“Ningún derecho sin recurso”). Cuando un derecho se refiere también a la obligación de establecer y mantener vigente ciertas normas, tiene carácter constitucional, porque vincula incluso al Legislador. No todos los derechos subjetivos tienen carácter constitucional, pero al menos se entiende por qué los derechos subjetivos son de gran importancia en el derecho constitucional. Cuando se desarrollan los derechos subjetivos sistemáticamente para hacerlos lo más fuerte posible, aparece su carácter constitucional. Así, la idea de los derechos subjetivos está directamente conectada con la de la CONSTITUCIÓN.

### III. REGLAS Y PRINCIPIOS

La distinción entre reglas y principios es un tema de la teoría de las normas que destaca por su importancia teórica y práctica, porque tiene relevancia para el método de la aplicación de las normas jurídicas y para la estructura del sistema jurídico en total. La tesis es que reglas y principios son normas de distinta estructura. La idea de que el derecho incluye principios con características distintas de otras normas jurídicas es bien conocida desde hace mucho tiempo y fue sostenida - con diversas terminologías - por varios autores.<sup>66</sup> Sin embargo, su relevancia para los debates iusfilosóficos actuales resulta de la distinción entre reglas y principios propuesta por Ronald Dworkin.<sup>67</sup> Esta distinción formaba la base de su crítica al POSITIVISMO JURÍDICO de H.L.A. Hart y también está vinculada con la tesis de que los principios deben aplicarse a través del método de la ponderación,<sup>68</sup> que es

<sup>66</sup> Por ejemplo, Heller, Hermann, *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, pp. 240-241; Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3ed. Mohr, Tübingen, 1974; Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5.ed. Berlin et al., Springer, 1983, pp. 456 y ss.

<sup>67</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 22 y ss. (véase, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN)

<sup>68</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 70 y ss. También Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 26 y ss. Aunque no usa el término “ponderar” o “balancear”, asigna a principios la “dimensión de peso o importancia”.

distinto del método jurídico tradicional de la subsunción y deducción.<sup>69</sup> La ponderación de principios tiene, a su vez, especial importancia en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales y humanos, cuando se usa el principio de proporcionalidad como estándar para la resolución de conflictos entre derechos, principios u otros objetivos.<sup>70</sup> Esta línea de argumentación se encuentra en la jurisprudencia de varios Tribunales y Cortes Supremas,<sup>71</sup> lo que le da alta importancia a la concepción de los principios y el método de la ponderación para el desarrollo de los sistemas de DERECHOS FUNDAMENTALES y DERECHOS HUMANOS. Sin embargo, existen profundas controversias acerca de la distinción entre reglas y principios.

Desde los primeros ataques de Dworkin al positivismo jurídico, las sugerencias de cómo establecer una distinción entre reglas y principios<sup>72</sup> aún continúan siendo objeto de debates. Se cuestiona la validez de la distinción estricta entre principios y reglas,<sup>73</sup> y se pone en duda la racionalidad y legitimidad de la ponderación de principios,<sup>74</sup> en particular su aplicación en el control de constitucionalidad de las leyes<sup>75</sup> y en el ámbito de los derechos

<sup>69</sup> Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, pp. 433-449; Schauer, Frederick, “Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 51-77; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 18.

<sup>70</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 91 y ss.; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad*. Eudeba, Buenos Aires, 2009; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2.ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>71</sup> Sería un tema aparte constatar precisamente cuales Tribunales y Cortes usan el principio de proporcionalidad, pero es una tendencia al menos en Europa y Latinoamérica que se amplía el uso de este principio. Véase Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press. Oxford, 2004; Clérico, Laura, “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Capaldo/Sieckmann/Clérico, *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.

<sup>72</sup> Véase Sieckmann, Jan, “Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente” en *ARSP*, vol. 97, 2011.

<sup>73</sup> Cf. Raz, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law” en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854; Bayón, Juan C., *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 357 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, op. cit., pp. 32 y ss.; *Idem.*, *Constitucionalismo y Positivismo*. 2. ed., Distribuciones Fontamara, Mexico, 1999, p. 31; García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 131 y ss.; Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon, Oxford, 2001, pp. 83-84.

<sup>74</sup> Por ejemplo, Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 326 y ss.

<sup>75</sup> *Idem.*, pp. 334 y ss.

humanos.<sup>76</sup> Además se defiende el positivismo jurídico, rechazando la distinción entre reglas y principios o al menos su relevancia para el tema de la relación entre derecho y moral. El cuadro se complica aún más porque el mismo Dworkin ha sostenido que su crítica del positivismo jurídico no depende de la distinción entre reglas y principios<sup>77</sup> y, además, ha criticado el método de la ponderación,<sup>78</sup> proponiendo un método de la interpretación constructiva en el que la concepción de principios no parece tener relevancia.<sup>79</sup> Así, cabe preguntarse si los desarrollos actuales de las teorías NO-POSITIVISTAS y de la teoría principialista de derechos fundamentales y humanos se fundamentan en un error.

### 1. *La tesis de Ronald Dworkin*

Ronald Dworkin sostenía la tesis de que los sistemas jurídicos contienen no sólo reglas, sino también principios con características lógicas distintas de las reglas, que el positivismo jurídico no puede acomodar.<sup>80</sup> Por ejemplo, es un principio jurídico que nadie debe aprovecharse de su propio fraude. Este principio fue usado para justificar que el asesino del testador no tiene derecho a su herencia, en contra de las leyes según las cuales el sería heredero. Según Dworkin, las reglas tienen estructura condicional y se aplican de modo “todo o nada”, siempre y cuando los supuestos de hecho estén dados, así que reglas en conflicto no pueden ser válidas al mismo tiempo. Los principios tienen otra estructura, pueden entrar en conflicto, tienen una dimensión de peso y se aplican en forma de la ponderación con principios en conflicto.<sup>81</sup> Esta diferencia estructural se corresponde con otra respecto de la identificación o validez jurídica de las reglas y principios. Las reglas pueden identificarse a través de una regla de identificación (regla de

<sup>76</sup> Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” en *I-Con*, vol. 7 2009, p. 469.

<sup>77</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>78</sup> Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, Princeton, 2006, p. 26. Refutando esta crítica Beade, Gustavo. “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 253-297, 275 y ss.

<sup>79</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986; *Idem.*, *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006. Véase además, DERECHO COMO INTERPRETACIÓN.

<sup>80</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

<sup>81</sup> *Idem.*, pp. 24 y ss.

reconocimiento) que define los criterios de validez de un sistema jurídico y se establece a través de la práctica de los órganos jurídicos. Es decir, las reglas se identifican según criterios positivos. En cambio, para Dworkin los principios tienen validez por razones de moral política, y no son sólo identificables a través de criterios formales, como sugiere el positivismo jurídico.

La existencia de principios en el derecho más allá de las reglas positivas tiene consecuencias para la aplicación del derecho. En un sistema de reglas, o hay una regla que determina el caso, entonces el juez debe seguir esta regla, o no hay una regla con tal efecto, entonces no hay solución jurídica y el juez debe establecer una solución actuando como legislador. En un sistema que incluye principios la situación es diferente. Incluso en casos que se encuentran previstos por una regla, los jueces deben aplicar principios jurídicos y por eso deben buscar la solución correcta según estos principios. Así, según Dworkin, incluso en los casos difíciles hay derecho y la obligación del juez es de encontrarlo y aplicarlo. Pero este derecho no puede identificarse sólo según criterios positivistas de la validez jurídica sino refiriéndose a las razones de la moral política.

La tesis de Dworkin acerca de la existencia de principios en el derecho recibió muchas críticas. En las controversias sobre la tesis de la diferencia entre reglas y principios, parece útil, siguiendo a Alexy, distinguir tres posiciones:<sup>82</sup>

- la tesis de la separación fuerte o estricta, que sostiene que existe una diferencia lógica, estructural o cualitativa entre las reglas y los principios;<sup>83</sup>
- la tesis de la separación débil, de que existe una diferencia pero meramente gradual, por ejemplo, en el grado de generalidad;<sup>84</sup>
- el rechazo de cualquier tesis de la separación entre reglas y principios.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Alexy, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Beih. 1, 1979, pp. 59 y ss.

<sup>83</sup> Es este sentido Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 206. No queda claro la posición de Ávila, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006, pp. 54, 59 y ss. Caracteriza principios como determinaciones de objetivos y reglas como normas directamente destinado a compartimiento, pero rechaza una distinción estricta.

<sup>84</sup> Alexy mismo ha usado este criterio en su “Teoría de la argumentación jurídica”. Pero no se debe confundir esta posición anterior con la que ha tomado en la discusión de reglas y principios y en sus trabajos posteriores. Una distinción gradual sugieren Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, op. cit., pp. 823-854; Bayón, *La normatividad del derecho*, op. cit., pp. 357 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, op. cit., pp. 32 y ss.; *Idem. Constitucionalismo y Positvismo*, op. cit., p. 31; García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico*, op. cit., pp. 131 y ss.; Marmor *Positive law and objective values*, op. cit., pp. 83-84.

Cuál de estas tesis sea la correcta depende de la definición de reglas y principios. Sin embargo, tal definición y en particular el concepto de principio siguen siendo controvertidos, no sólo entre defensores y opositores de las diversas tesis de separación o no-separación, sino también entre los defensores de la teoría principialista, que sostienen la tesis de la separación fuerte.<sup>86</sup> Existen diversos usos del término “principio”, algunos de ellos directamente opuestos. Una interpretación clásica entiende los principios como fundamentos o axiomas que tienen validez absoluta e indiscutible.<sup>87</sup> En cambio, la interpretación de Dworkin que entiende los principios como argumentos en la ponderación asigna sólo una validez *prima facie* a los principios, mientras las reglas se caracterizan por su carácter de aplicación todo-o-nada. Otra división fundamental se refiere al uso normativo o descriptivo de los principios. Pueden entenderse como normas básicas de un sistema o como descripciones de estructuras o características generales. En el ámbito del uso normativo, los principios son calificados como normas de alto grado de generalidad, de indeterminación, o de importancia. Además, los principios son caracterizados por su vínculo con valores o con la corrección moral.<sup>88</sup>

Más allá de estas diferencias, existe la posición que opone principios a normas,<sup>89</sup> lo que corresponde a una distinción común entre valores y nor-

---

<sup>85</sup> Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*. Suhrkamp, Frankfurt/M. 1988, p. 270; Steiff, Johannes, *Rechtsfindung im Umweltrecht. Nomos*, Baden-Baden 2006, pp. 137 y ss., con la tesis que existe meramente una diferencia en la aplicación, no en la estructura.

<sup>86</sup> Pueden compararse las diferentes concepciones en “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. en *Idem.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93 y ss.; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005; Jansen, Nils, *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 1998; Sieckmann, *El modelo de los principios del derecho*, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

<sup>87</sup> *Cfr.* Koch, Hans-Joachim. “Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht”. en Schilcher, B.; Koller, P., y Funk, B.-C. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000, p. 245 y ss.

<sup>88</sup> Hart, H.L.A., “Postscript” en *Idem*, *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 260: normas generales y vinculadas con valores.

<sup>89</sup> Por ejemplo, Prieto Sanchís, como muestra el título “Sobre principios y normas” (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992); Weinberger, Ota, “Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts”. en Schiller, B.; Koller, P. y Funk, B.-Ch., (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000, pp. 53-68. También en Dworkin, *Los derechos en serio* (Ariel, Barcelona, 1984) se traduce “modelo de rules” como “modelo de las normas”, así destruyendo el punto de Dworkin de que principios son otro tipo de normas, distinto de las reglas.

mas.<sup>90</sup> Sin embargo, esta posición vincula a las normas con cierto tipo de validez y no es compatible con una definición de las normas que es neutral respecto a varios tipos de validez.<sup>91</sup> Por eso, los principios califican como normas.

Cabe destacar que el problema no es elucidar cuál sea el concepto “correcto” de los principios. El objetivo debe ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho. La caracterización de los principios como razones para los juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido.<sup>92</sup> Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta. Este enfoque lo introdujo Ronald Dworkin,<sup>93</sup> y sería precisado después por Robert Alexy mediante la definición de los principios como mandatos de optimización.<sup>94</sup>

Frente a una distinción estricta entre reglas y principios se objeta, sin embargo, que no existe ninguna diferencia lógica –es decir, estructural – entre las reglas y los principios, sino a lo sumo una diferencia gradual.<sup>95</sup> No sólo los principios podrían ponderarse entre sí, sino también las reglas;<sup>96</sup> y prácticamente no existirían reglas que puedan ser aplicadas, como afirma Dworkin,<sup>97</sup> en forma de “todo-o-nada”. En fin, se duda que exista la categoría de principios y se sospecha que la teoría de los principios tenga objeto.<sup>98</sup>

Con respecto de estas críticas cabe destacar, primero, que no es suficiente para rechazar la distinción entre reglas y principios usar alguna caracterización de reglas y principios, por ejemplo, según su grado de generalidad,

<sup>90</sup> Cfr., por ejemplo, Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 328-329. Véase la crítica a Habermas en Arango, R. "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" en Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D., *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada: Comares, pp. 73-90.

<sup>91</sup> Calificando principios como normas también Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.; Riechelmann, Frank, “Sind Grundrechte keine Normen?” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, pp. 381 y ss.; Schinkel, B., “Prinzipien, Regeln und Modelle: Eine Analyse des Kanons der zivilprozessualen Maximen” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006, p. 414.

<sup>92</sup> Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>93</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 74 ss.

<sup>94</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 67-68.

<sup>95</sup> Cfr. arriba n. 84.

<sup>96</sup> Así, por ejemplo, Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*. Klumer, Dordrecht, 1989, pp. 74 ss.

<sup>97</sup> Así también Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *op. cit.*

<sup>98</sup> Poscher, Ralf, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles”. en *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 425-454.

y demostrar que no se sigue de esta caracterización las propiedades que Dworkin u otros autores han atribuido a las reglas y principios. Así, por ejemplo, la crítica que establece que se puede ponderar igualmente reglas y no sólo principios erra al blanco puesto que los principios son definidos como razones que entran en la ponderación y las reglas como normas que se aplican de manera estricta y sin ponderación. El hecho de que existan otras posibilidades de caracterizar las reglas y los principios no constituye ninguna objeción frente a una definición que distingue reglas y principios según su capacidad de ser objeto de ponderaciones o no.

Para descartar la posibilidad de distinguir reglas y principios sería necesario refutar cada una de las tesis particulares u ofrecer un argumento teórico que establezca que no sea posible una distinción entre reglas y principios. Pero no hay tal argumento. Además, si fuese acertada la tesis que sostiene que no existe una diferencia lógica entre reglas y principios, lo que las críticas pondrían en cuestión no sería la teoría de los principios, sino más bien la asunción de que hay en el derecho reglas con carácter de aplicación todo-o-nada, es decir, normas definitivas. Se daría entonces la paradójica situación de que los teóricos del principialismo defendiesen los elementos “reglados” del derecho, o sea, la existencia de normas directamente aplicables mediante subsunción, mientras que quienes critican la tesis principialista deberían concebir el derecho según un modelo puro de principios y de ponderación. Ahora bien, ocurre que las reglas, entendidas como normas que guían directamente la conducta, constituyen un elemento esencial del derecho. Los órdenes jurídicos no pueden estar compuestos sólo de infinitas ponderaciones de principios, sino que tienen que fijar qué normas son definitivamente válidas y deben, por tanto, ser efectivamente aplicadas y observadas.<sup>99</sup> Y si el derecho no puede concebirse como un sistema integrado tan sólo por reglas con el carácter de todo-o-nada, tiene que existir entonces alguna distinción entre reglas y principios, y los sistemas jurídicos se han de estructurar con arreglo a tal distinción. De ahí que una teoría del derecho y en particular de los derechos fundamentales no pueda renunciar a la distinción entre los principios, en el sentido de argumentos para la ponderación, y las reglas, en el sentido de normas definitivas. Lo que falta por resolver es cómo establecer esta distinción.

<sup>99</sup> Esto parece tan evidente que cabría incluso hablar de un modelo principialista del derecho, y no de un modelo de reglas/principios, reservando esta última denominación para aquellos modelos que admiten reglas no justificadas mediante principios o ponderaciones de principios; *cfr.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, p. 254.

## 2. Alexy: Principios como mandatos de optimización

Una de las concepciones más influyentes en la discusión actual sobre reglas y principios es la definición de los principios como mandatos de optimización propuesta por Alexy. La distinción entre reglas y principios es un elemento principal en la teoría de Robert Alexy, en particular, pero no sólo, en su teoría de los derechos fundamentales.<sup>100</sup> Alexy defiende la tesis de la separación fuerte. Además sostiene que cada norma o es un principio o una regla. Según la definición inicial alexiana, los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.<sup>101</sup> En cambio, las reglas contienen determinaciones en al ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible.<sup>102</sup>

Así explica la diferencia en el “compartimiento” de las reglas y los principios en el caso de conflicto o colisión. El conflicto entre reglas se resuelve declarando una de las reglas inválida o introduciendo una excepción a la regla, mientras una colisión de principios se resuelve a través de una ponderación, la cual establece una relación de prioridad condicionada entre los principios en conflicto en el caso concreto. Pero los principios colisionantes valen a la vez a pesar de la colisión,<sup>103</sup> y su validez como principio no está afectada por la determinación de la relación de prioridad condicionada.

La definición de los principios como mandatos de optimización, sin embargo, suscita diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación.<sup>104</sup> Al hacerse depender de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, su contenido queda debilitado hasta tal punto que no puede producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización.<sup>105</sup> De ahí que los mandatos de opti-

<sup>100</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. Pero cfr. también el “argumento de los principios” para la conexión necesaria entre derecho y moral en Alexy, *Concepto y validez del derecho*, op. cit..

<sup>101</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 67-68.

<sup>102</sup> *Idem.*, p. 68.

<sup>103</sup> Cfr. “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, op. cit. y *Idem.* “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”. en *ARSP*, Beih. 25, 1985, p.18.

<sup>104</sup> Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”. en Aarnio, A., Garzón, E. y Uusitalo, J. (comps.). *La normatividad del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 27; Buchwald, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*. Nomos, Baden-Baden, 1990, 160 ss.; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 65.

<sup>105</sup> Así y todo, sería posible determinar el ámbito de aplicación definitivo de un mandato de optimización ponderándolo con las normas con las que entra en colisión. En determinados supuestos, lo que estaría ordenado entonces sería no optimizar. Pero, al justificar esta restricción, habría asimismo que tomar en cuenta el mandato de optimización que se limita,

mización hayan siempre de ser satisfechos por completo. Tienen el carácter de reglas de segundo nivel.

Para dar cuenta de esto, Alexy ha modificado su definición de los principios, y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse, por otro.<sup>106</sup> No obstante, esta modificación conduce a otro problema. En cuanto normas que deben optimizarse, los principios son los objetos de las ponderaciones, pero como tales no tienen ninguna estructura lógica específica.<sup>107</sup> Se puede tratar de normas de mandato, de normas de permiso, de competencias, o de otros tipos de normas. Pero entonces ya no es posible mantener una tesis estricta de separación que afirme la existencia de una diferencia lógica entre las reglas y los principios. Y sin embargo, esta tesis era una pieza clave en la teoría de los principios de Alexy.

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

---

con lo que éste siempre permanecería aplicable. No es por ello correcto que los principios – por ejemplo los principios formales que amparan la libertad de configuración normativa del legislador– puedan justificar una excepción al mandato iusfundamental de optimización, frente a lo que sostiene Scherzberg, Arno, *Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”*. Dunker & Humblot, Berlin, 1989, 175.

<sup>106</sup> Alexy, Robert, “On the Structure of Legal Principles”. en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, p. 304.

<sup>107</sup> Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., p. 87.

### 3. *Alternativas*

Existen otros enfoques sobre la definición de los principios. En particular, se defienden concepciones de los principios como normas *prima facie*,<sup>108</sup> como normas *pro tanto*,<sup>109</sup> o como normas abiertas, indeterminadas o incompletas.<sup>110</sup> Sin embargo, todos estos enfoques adolecen de un defecto similar: debilitan el contenido o el tipo de validez de los principios hasta tal punto que la norma resultante ya no tiene la función de una razón para una decisión ponderativa. Lo mismo vale para las concepciones que, en vez del contenido o tipo de validez, modifican la relación de inferencia entre supuestos de hecho y consecuencia jurídica como derrotable, usando una lógica no-monótona,<sup>111</sup> que en realidad sólo presentan otro manera de construir normas *prima facie*. Ninguna de estas concepciones puede explicar cómo han de entenderse los principios en colisión como razones para una determinada solución justamente en la situación de colisión.

#### *Normas prima facie o derrotables*

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

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

O también así:

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

<sup>108</sup> Peczenik, *On Law and Reason*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.; también Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *op. cit.* con la tesis de que el diferente carácter *prima facie* de las reglas y de los principios se corresponde con una diferencia en lo que unas y otros determinan con respecto a las normas en colisión (*Festsetzungsgehalt*).

<sup>109</sup> Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, p. 101, siguiendo a Hurley, Susa, *Natural Reasons*. Oxford University Press, Oxford, 1989, 261. También Alexy, Robert, “Deber ideal”. en Clérico, L. y Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D.(eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011, pp. 15-35, 18.

<sup>110</sup> Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, p. 30 (respecto de los principios en sentido estricto: configuración del caso abierta), p. 33 (respecto de directrices o normas programáticas: configuración del caso y del modelo del conducta prescrito son abiertas). También Buchwald, Delf, *Prinzipien des Rechtsstaats*. Shaker, Aachen, 1996, p. 70 y ss.

<sup>111</sup> Ver Sieckmann, Jan, “Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments”. en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 11, 2003, pp. 211-219.

La distinción de dos variantes se desprende de caracterizaciones diferentes de la propiedad de *prima facie*, que cabría denominar, respectivamente, probabilística y procedimental. La primera atiende al nivel de aplicación efectiva de una norma en relación con su ámbito de aplicación posible.<sup>112</sup> La segunda ve el rasgo de *prima facie* en el carácter incompleto de la justificación, que todavía no ha tomado en consideración todos los puntos de vista relevantes.<sup>113</sup>

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

Una versión particular de la concepción de normas *prima facie* es la de la derrotabilidad de las normas. Aunque queda ambiguo qué se entiende por derrotabilidad,<sup>114</sup> una interpretación importante es la que se refiere a una lógica no-monotónica. En esta lógica, no vale la ley de la agregación en el antecedente de un condicional,<sup>115</sup> nueva información puede invalidar premisas que habían sido aceptadas como verdaderas. Sin embargo, la derrotabilidad de una norma no puede explicar la función de los principios como argumentos en la ponderación. Pues en la ponderación aparece nueva información en la forma de argumentos en conflicto, y con esto la norma derrotable ya no tiene relevancia para fundamentar una solución del conflicto normativo.<sup>116</sup>

### A. Normas *pro tanto*

Para evitar algunas ambigüedades del término "*prima facie*", se puede hablar de normas *pro tanto*. Así se limita la perspectiva a sólo una norma, dejando de lado otras normas que podrían ser relevantes. En el ejemplo de

<sup>112</sup> Así, por ejemplo, Nortmann, Ulrich, *Deontische Logik ohne Paradoxien*. philosophia Verlag, München, 1989, p. 33 y ss.

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, p. 270.

<sup>114</sup> Véase Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho. en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, *op. cit.*, pp. 115-118; Hage, *Studies in Legal Logic*, pp. 8-15.

<sup>115</sup> Si  $p \rightarrow r$  entonces  $p \& q \rightarrow r$ .

<sup>116</sup> Sieckmann, Jan, "Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments", *op. cit.*.

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

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

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

### B. *Normas incompletas*

La concepción de los principios como normas incompletas los caracterizan como normas con supuestos de hechos incompletos y abiertos que contienen únicamente condiciones de aplicación necesarias pero no suficientes. Atienza y Ruiz Manero además distinguen normas con supuestos de hechos incompletos y normas en las cuales la caracterización de las consecuencias está incompleta.<sup>117</sup>

Un ejemplo de una norma con supuesto de hecho incompleto es

Las manifestaciones de opinión están permitidas.

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

Lo mismo vale en el caso que el consecuente de la normas esté definido de manera abierta, así que no quede determinado cuando se encuentra cumplida la norma. En fin, ninguno de estos enfoques resulta adecuado para mostrar la estructura lógica de las razones que sustentan las decisiones ponderativas.

#### 4. *Los principios como argumentos normativos*

Persiste entonces el problema acerca de cómo entender y construir los principios. La idea central es que forman argumentos para ponderar. Pue-

<sup>117</sup> Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, op. cit., p. 30, 33.

den entrar en conflicto y justo aparecen como argumentos a favor de una solución determinada en la situación de conflicto con otros principios. No sólo no pierden su validez cuando entran en conflicto,<sup>118</sup> sino que tampoco pierden su relevancia y fuerza para resolver el caso concreto. Pero, ¿cómo se puede aceptar que se debe hacer algo y al mismo tiempo que se debe hacer otra cosa que es incompatible con la primera?

La concepción de los principios como “argumentos normativos” asume que los principios no sólo son los objetos de las ponderaciones, sino que constituyen razones para los juicios ponderativos. Según esta idea, los principios son normas que se utilizan como argumentos a favor de juicios de ponderación. Su estructura lógica es la de mandatos de validez reiterados.<sup>119</sup>

Para explicar esto, se ha de considerar primeramente la estructura de las ponderaciones. Por ejemplo, en el conflicto de la libertad de expresión con el derecho al honor en el caso de una comunicación ofensiva, el principio de libertad de expresión representa un argumento a favor de cierto resultado de la ponderación: la permisión de realizar determinadas manifestaciones que lesionan el honor. Exige que se reconozca esta permisión como definitivamente válida. En cambio, el derecho de honor exige que se reconozca una prohibición de tal manifestación como definitivamente válida. En este punto queda por aclarar algo que nos remite a dos concepciones básicamente distintas de la justificación o fundamentación de normas. Podría decirse que la libertad de expresión constituye un argumento que permite sostener que determinada manifestación *está* permitida, o bien que determinada manifestación *debe estar* permitida. En cambio, desde la perspectiva del derecho de honor podría decirse que determinada manifestación *está* prohibida, o bien que *debe estar* prohibida.

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

<sup>118</sup> Esto puede explicar también las concepciones de normas *prima facie* o derrotables.

<sup>119</sup> Al respecto, con más detalle, Sieckmann, Jan, “Principles as Normative Arguments”. *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005, p. 197 ss.; *Idem*. *El modelo de los principios del derecho*, *op. cit.*, pp. 59 ss. y 81 ss.

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

Esta crítica conduce a la segunda posición, esto es, a la interpretación de las razones de la ponderación como exigencias o pretensiones de que debe aceptarse un determinado resultado de la ponderación y, por tanto, de que una determinada norma debe ser válida definitivamente. Y así, el argumento de la libertad de expresión se entiende como la pretensión de que las manifestaciones de opinión deben estar permitidas, incluso aun cuando lesionen el honor, y no como la afirmación de que tal permisión es válida. El problema de la argumentación normativa es el procesamiento racional de pretensiones de este tipo en busca de normas objetivamente válidas. Esto podría calificarse como un racionalismo no cognitivista. La argumentación normativa, según esta concepción, consiste en aplicar exigencias de racionalidad a pretensiones normativas que no están justificadas cognitivamente, sino que se determinan de manera autónoma.<sup>120</sup> Estas pretensiones justifican los argumentos normativos en la medida en que satisfagan las condiciones de la argumentación racional y, en especial, en la medida en que sean generalizables (en el sentido de que cualquier sujeto racional podría aceptarlas). Su ponderación constituye el núcleo de la argumentación autónoma.

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

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

O también:

Toda manifestación de opinión debe estar permitida.

Con ello, sin embargo, todavía no queda resuelto el problema de la estructura de los principios como razones para las ponderaciones. Y es que

<sup>120</sup> Véase al respecto Sieckmann, *El modelo de los principios del derecho*, op. cit., pp. 115 y ss.

no está claro qué tipo de validez tenga el “deber ser” contenido en tales mandatos de validez. Alguna forma de validez ha de poseer para ser relevante como argumento, pero no puede ser válido definitivamente, pues los principios que entren en colisión con ese “deber ser” pueden igualmente pretender validez, lo cual estaría excluido en el caso de un mandato de validez definitivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta argumentación puede continuarse tanto como uno quiera. Los argumentos basados en intereses, por tanto, implican una estructura de mandatos de validez reiterables indefinidamente.<sup>121</sup>

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

Esta concepción de los argumentos normativos muestra que los principios poseen una estructura lógica específica en cuanto razones para las ponderaciones. Los principios son argumentos normativos.

En contra de esta concepción, con todo, se han elevado varias objeciones. Así, Alexy piensa que con ella no se puede explicar el tipo de validez que poseen los principios; y para mostrarlo, interpreta la idea de los mandatos de validez reiterativos como una “oscilación” entre las normas en sentido puramente semántico y las proposiciones normativas. Las primeras no elevan ninguna pretensión de validez, por lo que serían “demasiado poco” para valer como razones de la ponderación; y las segundas pretenden la validez definitiva de una norma, con lo que resultarían “demasiado” para valer como razones de la ponderación. De tal suerte, ese oscilar entre normas en sentido puramente semántico y proposiciones normativas no podría dar cuenta del carácter de razones de la ponderación.<sup>122</sup> Alexy expone todo esto con una claridad extraordinaria, sólo que incurre en la falacia del hombre de paja. El enfoque que él denomina “tesis de la oscilación” considera, en cada uno de los casos, normas de un nivel determinado y, por tanto, estructuras finitas. Y en efecto, de la consideración infinita de estructuras finitas no se derivan las propiedades de una estructura infinita. Todo

<sup>121</sup> Conviene notar que los argumentos autoritativos o tradicionales no permiten esta justificación.

<sup>122</sup> Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *op. cit.*, p. 105 ss.

esto no tiene nada que ver con la concepción de los mandatos de validez reiterativos.

Hay algunas objeciones más, pero están basadas en malentendidos o resultan demasiado vagas como para que puedan poner en cuestión la concepción defendida aquí.<sup>123</sup> En conclusión, pues, interesa retener que existe una distinción lógica entre los principios y las reglas: los principios son argumentos normativos con la estructura de mandatos de validez reiterativos, y las reglas son el contenido de aserciones normativas de la validez definitiva de normas.<sup>124</sup>

Interesa destacar que la separación entre principios y normas definitivas puede mantenerse, definiendo los principios como argumentos normativos que constituyen, al mismo tiempo, razones y objetos de los juicios de ponderación.<sup>125</sup>

## 5. Principios y el positivismo jurídico

### A. La crítica de Dworkin

La tesis de Dworkin era que el positivismo jurídico no puede dar cuenta de la existencia de principios en el sistema jurídico. Será imposible identificar los principios con un *test* formal de su proveniencia (*test of pedigree*), como lo representa la “regla de identificación” (*rule of recognition*) sugerido por Hart como último criterio de la validez jurídica, porque los principios valen por

<sup>123</sup> Sobre este punto, véase Sieckmann, “Principles as Normative Arguments”, *op. cit.*, p. 206 ss.

<sup>124</sup> Así y todo, el concepto de los principios no debe circunscribirse al de las razones para ponderaciones. Las normas con validez estricta pueden calificarse asimismo como principios cuando poseen carácter fundamental. También el modelo de principios contiene este tipo de normas estrictamente válidas, por ejemplo el deber de respetar la autonomía individual, o el mandato de optimización de los principios en colisión. Parece plausible, por tanto, caracterizar los principios por su carácter fundamental. Esto significa que para ellos no resulta necesaria ninguna justificación adicional, es decir, que poseen validez intrínseca y, en este sentido, constituyen el punto de partida de la argumentación, ya sea una argumentación en forma de ponderación o de otro tipo. En cambio, la estructura lógica de las razones para las ponderaciones se expresa mediante la distinción entre argumentos normativos y proposiciones normativas.

<sup>125</sup> Sin embargo, la distinción lógica de principios como argumentos normativos y reglas como normas definitivas no muestra que la distinción es completa, es decir, que cada norma o es principio o regla. Pueden existir normas con estructuras que no entran en la distinción de principios y reglas esbozada. *Cfr.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, pp. 74, 86-87.

razones de la moral política.<sup>126</sup> Como adelantamos, luego Dworkin advirtió que su crítica al positivismo jurídico no dependía de la distinción lógica entre reglas y principios.<sup>127</sup> Además, Dworkin destacó que no sostiene que para identificar a los principios jurídicos sea necesario una regla de identificación más compleja, sino que se debe rechazar la idea de que el sistema jurídico consista de reglas y principios que se identifican según determinados criterios.<sup>128</sup> En esta línea de argumentación, Alexy ha formulado el “argumento de los principios”, que sostiene que las ponderaciones, que la aplicación de los principios requiere, están en cierto grado abiertas en sus resultados y así abren el derecho para el discurso racional práctico.<sup>129</sup>

La tesis ANTI-POSITIVISTA de Dworkin ha generado una multitud de respuestas.<sup>130</sup> La defensa del POSITIVISMO JURÍDICO tomaba en general dos líneas: el positivismo duro o “excluyente” sostiene que el derecho sólo puede ser identificado por criterios empírico-analíticos, pero nunca según criterios de la moral política. El positivismo blando o “incluyente” admite que el derecho positivo mismo puede establecer la corrección moral como un criterio de validez jurídica, así incorporando principios de la moral política en el derecho.<sup>131</sup>

### B. Positivismos excluyente e incluyente

El positivismo “excluyente” se caracteriza por la tesis de que la corrección moral nunca puede ser un criterio de validez jurídica.<sup>132</sup> Por otro lado, el positivismo “incluyente” sostiene que incluso en sistemas jurídicos modernos del tipo anglo-americano que incorporan principios de la moral política en el derecho, es adecuado el positivismo jurídico, porque la relevancia de

<sup>126</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 68.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 72.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 76. También Dworkin, *Ronald, Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2006, p. 2.

<sup>129</sup> Alexy, Robert, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997, cap. 2, III. 4.3.

<sup>130</sup> *Cfr.*, por ejemplo, las contribuciones en Ripstein, A. (ed.). *Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Burley, J. (ed.). *Dworkin and his Critics*. Oxford, Blackwell, 2004; Cohen, M. (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Duckworth, London, 1983, y las respuestas de Dworkin en *Taking Rights Seriously*, op. cit.

<sup>131</sup> *Cfr.* Waluchow, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*. Clarendon, Oxford, 1994. Véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO.

<sup>132</sup> Especialmente Raz, Joseph, *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979. Terminología de Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, op. cit. En sustancia, la distinción ya se encuentra en Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism” en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, pp. 28-48.

la corrección moral para la validez jurídica resulta de que el derecho positivo mismo incluye este criterio.<sup>133</sup>

El problema del positivismo excluyente es que presenta una concepción muy limitada del derecho, que no corresponde a lo que se entiende por derecho al menos en sistemas jurídicos desarrollados y en particular en sistemas del tipo democrático-constitucional que incluyen derechos fundamentales. En estos sistemas, se acepta como principios jurídicos o constitucionales normas que parecen necesarias o justificadas por razones de la moral política, como los principios de libertad, igualdad, democracia, y sus interpretaciones. Desde una perspectiva teórica, es posible negar este hecho y definir el contenido del derecho según otros criterios, es decir, criterios meramente empírico-analíticos. Pero así se presenta una concepción del derecho que no corresponde al derecho positivo, sino que más bien atribuye al derecho un contenido contrario a lo que el derecho de hecho sostiene. Esto es meramente un ejercicio teórico sin relevancia para la práctica jurídica o, cuando se reclama que la práctica jurídica debe seguir esta concepción, resulta ser una posición normativa y no-positivista del derecho.

El problema del positivismo incluyente es que, aunque puede dar cuenta de los principios de la moral política en el derecho, no representa de manera adecuada las razones de por qué se aceptan estos principios como jurídicamente válidos. Estas razones se refieren sólo en parte a criterios formales. La razón para reconocer determinados principios de la moral política como jurídicamente válidos no es el hecho de que hay apoyo formal para estos principios en textos autoritativos, sino es el hecho de que estos principios parecen correctos y necesarios en cualquier sistema jurídico que pueda reclamar legitimidad. Reconocer estos principios como jurídicamente válidos significa reconocer su validez con independencia de su reconocimiento formal por el derecho positivo. Así, el derecho positivo toma una posición no-positivista. Además, aunque fuera así que todos los principios morales que se encuentran en el derecho estuvieran incorporados por el derecho positivo mismo, después que logren validez jurídica el derecho positivo ya no podría disponer sobre su validez.<sup>134</sup> Cualquier modificación requiere una justificación frente a estos principios, que debe ser una justifi-

<sup>133</sup> Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*

<sup>134</sup> Se puede explicar este fenómeno con la estructura de principios como reiterados requerimientos de validez. Cualquier acto que trata de cancelar o modificar un principio enfrenta la exigencia de reconocer la validez del principio que está incluida en el principio mismo. Desde la perspectiva del principio, su validez no depende de un acto positivo, sino está fundada en el principio mismo.

cación normativa o moral. Así, el positivismo pierde su relevancia para el derecho positivo. Y, como en el caso del positivismo excluyente, una concepción que mantiene que la validez jurídica depende de criterios positivos no corresponde al derecho positivo, sino que presenta una posición teórica que determina el contenido del derecho según otros criterios diferentes a los que usa el derecho positivo. Así, también el positivismo incluyente resulta ser una posición no positivista.

El hecho de que el positivismo excluyente como el positivismo incluyente en realidad no sean posiciones positivistas (que definen lo que es el derecho sólo por criterios formales, es decir, empírico-analíticos), sino que son posiciones normativas acerca de la definición correcta del contenido del derecho, no descarta la posibilidad de que sean correctas como teorías normativas acerca del concepto del derecho. Pero si esto es así, deben competir con otras teorías normativas, que admiten o incluso reclaman como necesario una vinculación de la validez jurídica con criterios de la corrección moral. Aunque es posible que el resultado de esta argumentación sea una posición positivista, esto parece poco plausible. Se deben ofrecer argumentos acerca de por qué el contenido del derecho debería ser definido sólo según criterios positivistas. Estos argumentos podrían ser argumentos de la seguridad jurídica o de la autoridad del legislador. Pero tales argumentos se refieren de nuevo a principios que, desde la perspectiva de la teoría de los principios del derecho, califican como principios jurídicos. Y como la validez de estos principios no se deriva sólo del derecho positivo, una posición “positivista” que invoca tales argumentos resulta incoherente: Debe sostener que la teoría del derecho puede usar criterios normativos, pero el derecho no.

#### 6. *Los derechos fundamentales como principios*

Cabe aclarar cómo penetran los principios en el sistema jurídico sin actos de incorporación. La teoría principialista es también controvertida en este punto, en particular, con respecto de la interpretación de los derechos fundamentales como principios. Los críticos de la teoría principialista reclaman una argumentación basada en el derecho positivo que justifique la interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la constitución como principios.<sup>135</sup> Esa justificación no podría derivarse tan sólo de la mera posibilidad de reconstruir los derechos fundamentales a la luz de la

<sup>135</sup> Véase en este sentido también Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 55.

teoría de los principios. Aunque esto sea correcto, existe otra posibilidad: la validez necesaria y no contingente de los principios morales en el sistema jurídico.

Es cierto que la tesis analítica de la diferencia lógica entre reglas y principios no es suficiente para establecer la validez jurídica de los principios. Sin embargo, la crítica erra en sostener que la interpretación de una norma jurídica como principio sólo es posible sobre la base de argumentos de índole iuspositivista. Tal interpretación puede ser justificada por argumentos teóricos sobre el carácter del derecho y de su validez que muestran que se debe reconocer principios como válidos jurídicamente. Un argumento para la necesidad de los principios en el derecho se basa sobre la distinción de la validez moral, en el sentido de una validez normativa, la validez jurídica, y la validez jurídico-constitucional de los principios.

(1) Una justificación de las normas, que muestra que son válidas en sentido normativo, sólo es posible dentro de un modelo de principios. Esta validez normativa será designada aquí también como validez moral. Por modelo de principios (o principialista) se entiende una concepción de la justificación normativa según la cual las normas sustantivas que guían directamente la conducta sólo pueden ser justificadas sobre la base de la ponderación de argumentos normativos.<sup>136</sup> La necesidad de justificar normas de conformidad con el modelo de los principios obedece a que la justificación normativa debe recurrir a los intereses que aducen los sujetos autónomos. Tales intereses justifican los argumentos normativos en la medida en que sean legítimos, esto es, en cuanto sean formalmente universalizables o susceptibles de consenso (*konsensfähig*).<sup>137</sup> Los intereses individuales

<sup>136</sup> Sobre esta concepción del modelo de principios, *cf.* Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>137</sup> Si un individuo hace valer, por ejemplo, que no sólo se le debería garantizar su libertad jurídica, sino también la libertad fáctica, en el sentido de la posibilidad de hacer uso de las libertades jurídicas, entonces esa demanda justifica un argumento normativo. Y en cuanto argumento no cabe ponerlo en cuestión, pues dentro de una moral autónoma no puede negarse que los sujetos autónomos estén legitimados para aducir intereses y demandas. Éstas deben a su vez ser tomadas en cuenta por otros sujetos autónomos al juzgar qué normas deben ser válidas en su comunidad. Si esto se cuestionara y se intentasen justificar las normas sin atender a los intereses y demandas aducidos por sujetos autónomos, no podría lograrse la aceptación voluntaria de esas normas por parte de los sujetos autónomos. Puesto que no parece existir una alternativa a una justificación moral autónoma, la justificación normativa sería del todo imposible por esa vía. Debe concederse a los sujetos autónomos, por tanto, el derecho de hacer valer demandas basadas en intereses; y se debe asumir que cada uno de los demás sujetos autónomos tiene la obligación de tomar en consideración

y los argumentos normativos basados en ellos, no obstante, se encuentran a menudo en conflicto unos con otros. De ahí que el problema esencial de la argumentación práctica sea la ponderación de argumentos normativos contrapuestos; y de ahí también que, cuando existe un conflicto de intereses, y por tanto es necesaria una justificación, las normas definitivamente válidas sólo puedan justificarse sobre la base de una ponderación de argumentos normativos.

(2) El modelo de principios, en este sentido, interpreta el derecho como un orden racional que requiere justificaciones para sus normas, y lo ve como un intento de justificar y organizar el orden social conforme a principios de la moral política. Los principios justificados en razón de su contenido —que serán designados aquí como principios morales— no adquieren validez jurídica sólo por ser reconocidos por el derecho positivo, sino que el derecho positivo únicamente puede negarles validez en la medida en que ello sea compatible con la pretensión de legitimidad que él mismo eleva. La justificación se sigue de una concepción del derecho como orden racional, y no como un orden primariamente coactivo o de poder.<sup>138</sup> De acuerdo con esta idea, no puede crearse derecho fijando autoritativamente cualesquiera contenidos,<sup>139</sup> sino que debe existir el intento de transformar los principios justificados por argumentos racionales en derecho positivo.<sup>140</sup>

Puesto que la concepción del derecho como orden racional se deriva de que los principios materialmente justificados son también jurídicamente válidos al menos en principio, en cuanto que su validez jurídica no está excluida por el derecho positivo de manera legítima o justificada, la siguiente cuestión es la de la validez jurídico-constitucional de los principios. Reconocerles rango constitucional exige una justificación especial, que depende ya de la concepción de la constitución que se tome como referencia. Esto encuentra expresión en una tercera tesis:

---

tales demandas, como argumentos normativos, en sus juicios (de ponderación) morales. Sieckmann, Jan, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.

<sup>138</sup> Esto no excluye que el derecho establecido autoritativamente tenga contenidos racionales. Pero, según esta concepción, los principios racionales son válidos sólo por razón de su politización o establecimiento autoritativo.

<sup>139</sup> Así, la tesis de Kelsen, *Reine Rechtslehre*, *op. cit.*, p. 201 (*Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 205): “cualquier contenido que sea puede ser derecho”.

<sup>140</sup> La definición de derecho de Radbruch como realidad que tiene el sentido de servir a la idea de derecho (o sea, a la justicia) puede entenderse también en el sentido de dicha pretensión de corrección. *Cfr.* Radbruch, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 38 (*Rechtsphilosophie*, 1, *op. cit.*, p. 31).

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

La diferencia entre derecho ordinario y derecho constitucional resulta evidente cuando, como es habitual en los Estados constitucionales modernos, se asume la primacía de las normas constitucionales sobre el derecho ordinario. Pero este modo de entender la constitución es demasiado restringido. Siendo más precisos, hay que distinguir al menos tres concepciones de la CONSTITUCIÓN: como derecho justificado en forma pre-positiva, como conjunto de principios que vinculan a los órganos de creación jurídica, y como orden normativo de rango superior o dotado de primacía.

- *La constitución como derecho prepositivo.* La constitución puede entenderse como un conjunto de normas cuya validez es independiente de su reconocimiento jurídico-positivo. No hace falta conectar con ello una vinculación o una pretensión de primacía frente al legislador ordinario.<sup>141</sup> Si se concibe la constitución en este sentido prepositivo —que no es suprapositivo—, es posible aceptar que la validez jurídica de los principios se justifique con argumentos morales. Por demás, contamos con el argumento de que el derecho en general, y la constitución en particular, deberían interpretarse como un orden racional, no como un mero orden coactivo o de poder. Esta argumentación, con todo, no es suficiente para aquellas constituciones que pretenden tener primacía y eficacia vinculante.

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

<sup>141</sup> En este sentido puede asignarse al *common law* la condición de constitución del derecho inglés. Pese a que el parlamento puede ignorar o no tener en cuenta las reglas del *common law*, los tribunales ingleses, mediante “presunciones interpretativas” en este caso, intentan acotar las contravenciones del *common law* tanto como sea posible. En este sentido, el *common law* constituye un orden normativo que antecede a las leyes del parlamento, pero sin primacía sobre ellas. Con todo, hay otras concepciones del *common law* como constitución, como la concepción de Dicey del “*rule of law*” como vinculación de los poderes públicos a los derechos individuales desarrollados en el *common law*, o la concepción según la cual el *common law* predetermina la “*manner and form*” de la legislación.

- *La constitución como orden dotado de primacía.* Esta concepción asigna primacía a la constitución sobre el derecho ordinario. Ello presupone que la constitución contiene normas con las cuales las regulaciones de derecho ordinario pueden entrar en conflicto. La noción de primacía constitucional ha de diferenciarse, por tanto, de la de vinculación del legislador a la constitución.<sup>142</sup> La validez jurídica que en principio tienen los principios de la moral política vincula al legislador, pero no es suficiente para establecer la prioridad de estos principios en el orden jurídico.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

##### 1. *Bibliografía Citada*

- AARNIO, Aulis, “Las reglas en serio”, en Aarnio, A., Garzón, E. y Uusitalo, J. (comps.). *La normatividad del derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic en *Studia Lógica*, vol. 57, 1996.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1975 (orig. *Normative Systems*. Springer, Wien-New York, 1971).
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “The Expressive Conception of Norms” en R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht 1981.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, “Pragmatic Foundations for a Logic of Norms” en *Rechtstheorie*, vol. 15, 1984.
- ALCHOURRÓN, Carlos, E. y BULYGIN, Eugenio, “Permissions and Permissive Norms” en W. Krawietz et al. (eds.). *Theorie der Normen*. Berlin 1984 (trad. “Permisos y normas permisivas” en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991).
- ALEXY, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Suppl. 1: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979.

<sup>142</sup> La concepción de la vinculación constitucional no presupone que en el plano constitucional estén ya incluidas normas sustantivas definitivas con las que las regulaciones de derecho ordinario puedan entrar en conflicto. En este modelo, la vinculación constitucional se deriva tan sólo de principios que vinculan las decisiones ponderativas estatales.

- \_\_\_\_\_, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” en *ARSP*, Beih. NF 25, 1985.
- \_\_\_\_\_, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997 (orig. *Begriff und Geltung des Rechts*. Alber, Freiburg-München, 1994).
- \_\_\_\_\_, “On the Structure of Legal Principles” en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000.
- \_\_\_\_\_, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Deber ideal” en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011.
- ARANGO, Rodolfo, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" en Clérico, L., Sieckmann, J., Oliver-Lalana, D., *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Comares, Granada, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*. vol. 1, 4.ed., London, 1873.
- ÁVILA, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- BAYÓN, Juan C., *La normatividad del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BEADE, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación. Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2011.
- BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press. Oxford, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2.ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- BINDER, Julius, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Deichert. Leipzig. 1912.

- \_\_\_\_\_, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*. Deichert, Leipzig, 1927.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BRANDOM, Robert, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, & Discursive Commitment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 1994.
- BUCHWALD, Delf, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Prinzipien des Rechtsstaats*. Shaker, Aachen, 1996.
- BULYGIN, Eugenio, "On Norms of Competence" en *Law and Philosophy*, vol. 11, 1992.
- \_\_\_\_\_, "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición" en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- BURLEY, J. (ed.), *Dworkin and his Critiques*. Oxford, Blackwell, 2004.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad*. Eudeba, Buenos Aires, 2009 (orig. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 2001).
- CLÉRICO, Laura, „Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Capaldo, G., Sieckmann, J y Clérico, L., *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- COHEN, M. (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Duckworth, London, 1983.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1977.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1986.
- \_\_\_\_\_, *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2006.
- \_\_\_\_\_, *Is Democracy Possible Here?* Princeton University Press, Princeton, 2006.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3ed. Mohr, Tübingen, 1974.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Luchterhand, Berlin-Neuwied, 1964.

- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit*. Suhrkamp, Frankfurt/M., 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. Trotta, Madrid, 1998.
- HAGE, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*. 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994 (*El concepto del Derecho*. [Trad. Genaro R. Carrió] Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).
- , “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” [1958], en el *Idem, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, 1962.
- HEIDEMANN, Carsten, *Die Norm als Tatsache*. Nomos, Baden-Baden, 1997.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1942.
- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.
- HORTY, John F., *Agency and Deontic Logic*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2001.
- HURLEY, Susan, *Natural Reasons*. Oxford University Press, Oxford, 1989.
- JANSEN, Nils, *Die Struktur der Gerechtigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945.
- , *Reine Rechtslehre*. 2.ed. Deuticke, Wien, 1960.
- , *Teoría Pura del Derecho*. (Trad. Roberto Vernengo) Porrúa, México, 1979.
- KOCH, Hans-Joachim. “Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht“ en Schilcher, B.; Koller, P., y Funk, B.-C. (ed.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000.
- KRAMER, Matthew H. “Rights without Trimmings” en Kramer, M.; Simmonds, N.E. y H. Steiner. *A Debate over Rights*. Oxford University Press, Oxford, 1998.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5.ed. Berlin *et al.*, Springer, 1983.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law*. Reidel, Dordrecht, 1985.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon, Oxford, 2001.
- NORTMANN, Ulrich, *Deontische Logik ohne Paradoxien*. philosophia Verlag, München, 1989.

- OPALEK, Kazimierz y WOLENSKI, Jan, “On Strong and Weak Permissions” en *Rechtstheorie*, vol. 4, 1973.
- PATZIG, Günther, “Satz und Tatsache” en *Idem, Tatsachen, Normen, Sätze*, Reclam, Stuttgart 1980.
- PAULSON, Stanley, “La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica” en Clérico, L. y Sieckmann, J. (eds.). *La teoría del derecho de Hans Kelsen*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- PECZENIK, Aleksander, *On Law and Reason*. Klumer, Dordrecht, 1989.
- POSCHER, Ralf, “Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles” en *Ratio Juris*, vol. 22, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- , *Constitucionalismo y Positivismo*. 2a. ed., Distribuciones Fontamara, Mexico, 1999.
- QUINE, W.O.V., *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs, NJ, 1970.
- RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. Comares, Granada, 1999 (orig. *Rechtsphilosophie*, 1932).
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of Law” en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- , *The Authority of Law*. Clarendon, Oxford, 1979.
- , *The Concept of a Legal System*. 2. ed., Clarendon, Oxford, 1980.
- , *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999.
- RIEHELMANN, Frank, “Sind Grundrechte keine Normen?” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- RIPSTEIN, A. (ed.). *Dworkin*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, “Trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho” en Bayon, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan, London, 1968.
- SCHAUER, Frederick, “Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico”. En Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.). *Desafíos a la ponderación*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- SCHERZBERG, Arno, *Grundrechtsschutz und “Eingriffssintensität”*. Dunker & Humblot, Berlin, 1989.

- SCHINKEL, B., “Prinzipien, Regeln und Modelle: Eine Analyse des Kanons der zivilprozessualen Maximen” en *Rechtstheorie*, vol. 37, 2006.
- SIECKMANN, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- \_\_\_\_\_, “Why non-monotonic logic is inadequate to represent balancing arguments” en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 11, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Principles as Normative Arguments” en *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005, pp. 197-210.
- \_\_\_\_\_, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente” en *ARSP*, vol. 97, 2011.
- \_\_\_\_\_, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.
- STEIFF, Johannes, *Rechtsfindung im Umweltrecht*. Nomos, Baden-Baden, 2006.
- TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights?” en *I-Con*, vol. 7 2009.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, “Deontic Logic” en *Mind*, vol. 60, 1951, pp. 1-15.
- \_\_\_\_\_, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963.
- WEINBERGER, Ota, “The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms” en *Law & Philosophy*, vol. 4, 1985.
- \_\_\_\_\_, “Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts ” en Schiller, B.; Koller, P. y Funk, B.-Ch., *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Böhlau, Wien 2000.
- WALUCHOW, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*. Clarendon, Oxford, 1994.
- ZULETA, Hugo, *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Marcial Pons. Madrid *et al.*, 2008.

## 2. Bibliografía seleccionada

- ALEXANDER, Larry y Kress, Ken, “Against Legal Principles” en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, 1995.
- ALEXY, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips” en *Rechtstheorie*, Suppl. 1: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979.
- \_\_\_\_\_, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” en *ARSP*, Beih. NF 25, 1985.
- \_\_\_\_\_, *Concepto y validez del derecho*. 2.ed. (Trad. Jorge M. Seña) Gedisa, Barcelona, 1997
- \_\_\_\_\_, “On the Structure of Legal Principles” en *Ratio Juris*, vol. 13, 2000.

- \_\_\_\_\_, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” en *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Sobre la estructura de los principios jurídicos” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Deber ideal” en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación*. Comares, Granada, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 3.ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2005
- ÁVILA, Humberto Bergman, *Theorie der Rechtsprinzipien*. Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- BAYON, Juan Carlos y RODRÍGUEZ, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*. Giapichelli, Torino, 1958.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan y OLIVER LALANA, Daniel (eds.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Comares, Granada, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1977.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- HAGE, Jaap, *Studies in Legal Logic*. Springer, Dordrecht, 2005.
- HARRIS, James W., *Law and Legal Science*. Clarendon, Oxford, 1979.
- HART, H.L.A., *Postscriptum a “El Concepto del Derecho”*. (Trad. R. Tamayo) UNAM, Mexico, 2001.
- MORESO, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- PERRY, Stephen, “Two Models of Legal Principles” en *Iowa Law Review* vol. 92, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- RAZ, Joseph, "Legal Principles and the Limits of Law" en *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- \_\_\_\_\_, *Practical Reason and Norms*. 3.ed. Clarendon, Oxford, 1999.
- RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SIECKMANN, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Nomos, Baden-Baden, 1990.
- \_\_\_\_\_, "Principles as Normative Arguments" en *Rechtstheorie*, Beiheft 21, 2005.
- \_\_\_\_\_, *El modelo de los principios del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- \_\_\_\_\_, "Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente" en *ARSP*, vol. 97 2011.
- \_\_\_\_\_, *The Logic of Autonomy*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012.
- SIECKMANN, Jan (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

### 3. *Lecturas de Apoyo*

- ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*. Fontamara, Mexico, 2007.
- AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras*. Paidós, Barcelona, 1991 (orig. How to Do Things with Words. Clarendon, Oxford, 1962).
- BERNAL PULIDO, Carlos, "Estudio introductorio" en Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, XXVI-LVI.
- BULYGIN, Eugenio, "Lógica deóntica" en Alchourrón, C.E. Mendez, J.M. y Orayen, R. (dir.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7, Trotta, Madrid, 1995.
- HANSSON, Sven Ove, *The Structure of Values and Norms*. Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2001.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law* 2.ed. Clarendon, Oxford, 1994 [1991], (*El concepto del Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).
- HILPINEN, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*. Reidel, Dordrecht, 1971.
- \_\_\_\_\_, (ed.) *New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions, and the Foundation of Ethics*. Reidel, Dordrecht, 1981.

- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, New Haven, 1923.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Trad. Roberto Vernengo). UNA, México, 1979.
- , *Allgemeine Theorie der Normen*. 1979 (posthum) (en Castellano: *Teoría General de las Normas*, trad. Delory Jacobs, H. Trillas, Mexico, 1994).
- MACNAMARA, Paul, “Deontic Logic“ en *Stanford Encyclopedia in Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/logic-deontic/> (28/2/2012).
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan, London, 1968 (en Castellano: *Lógica de las normas*. Tecnos, Madrid, 1971).
- SOBREVILLA, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy” en *Isonomía*, 1996.
- WRIGHT, Georg Henrik von, *Norm and Action*. Routledge & Kegan, London, 1963.
- ZULETA, Hugo, “Deontic Logic” en *IVR-Encyclopaedia of Legal Theory, Jurisprudence and Philosophy of Law*, [http://ivr-enc.info/index.php?title=Main\\_Page](http://ivr-enc.info/index.php?title=Main_Page) (28/2/2012).