CONFLICTOS NORMATIVOS Y DECISIONES *CONTRA LEGEM*: UNA EXPLICACIÓN DE LA DERROTABILIDAD NORMATIVA A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS *

Thomas Bustamante

Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil)

RESUMEN. El presente trabajo constituye un esfuerzo de explicación del fenómeno de la derrotabilidad de las normas jurídicas y de las diferentes formas de interacción entre reglas y principios jurídicos. Tras la adopción de la clasificación de las normas jurídicas propuesta por R. Alexy se espera construir un modelo para explicar la estructura de las decisiones *contra legem*.

Palabras clave: conflictos normativos, derrotabilidad, principios, reglas, decisiones *contra legem.*

ABSTRACT. The present paper is an effort to explain both the phenomenon of the defeasibility of legal norms and the different forms of interaction between legal rules and principles. By adopting R. Alexy's classification of the legal norms I expect to develop a model to analyse the structure of *contra legem* decisions.

Keywords: Normative conflicts, defeasibility, principles, rules, *contra legem* decisions.

* Fecha de recepción: 20 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2010.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN, titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial», dirigido por el profesor Pablo Raúl Bonorino Ramírez, que se integra en el Proyecto coordinado «Modelos de razonamiento, tipos de razonamiento y estructuras argumentativas en la decisión judicial», coordinado por el profesor Juan Antonio García Amado. Agradezco a David Ribeiro Dantas y Virgínia de Carvalho Leal, responsables de la traducción del trabajo al castellano; a Carlos Bernal Pulido, por las críticas constructivas y las detalladas sugerencias, y a Josep Aguilló Regla, por las sugerencias en la etapa final de redacción de este trabajo.

PLANTEAMIENTO

Para efectos del presente ensayo, la derrotabilidad debe entenderse como una propiedad de las reglas jurídicas, pero no de los principios jurídicos. Toda decisión que derrota una regla, si esa regla está fundada en un enunciado legislativo, es una decisión *contra legem*. Dicha decisión puede ser justificada de manera adecuada si se aceptan las siguientes premisas, que serán objeto de estudio a lo largo del presente trabajo: 1) el sistema jurídico es un sistema normativo dinámico que está siempre abierto a la incorporación de nuevas normas en el curso de las actividades de interpretación y aplicación del Derecho; 2) en cuanto a su naturaleza, las normas jurídicas pueden ser Normas-principio (cuya estructura encierra un mandato de optimización) o Normas-regla (que permiten la subsunción de comportamientos en un enunciado condicional); 2.1) las reglas presentan una cláusula alternativa tácita (en el sentido de la Teoría de KELSEN) que permite que se les introduzcan excepciones; 2.2) dichas excepciones resultan de la(s) interacción(es) entre reglas y principios; 3) los principios proveen el fundamento para la derrotabilidad de las reglas; 3.1) los principios pueden ser descritos como preceptos morales que pasaron por un proceso de incorporación por el Derecho. Son, en ese sentido, una institucionalización de la moral; 3.2) además, proveen también los fundamentos axiológicos para las reglas jurídicas; 3.3) toda regla establece la prioridad de un principio ante un conjunto determinado de hechos. La actividad de creación de normas (incluso la legislación), en gran medida, es una actividad de concreción de principios; 3.4) existe la posibilidad, entre varios tipos de conflictos normativos, de colisión entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional. En esos casos, aunque exista la presunción de legitimidad de la regla jurídica en cuestión (R1), el principio puede generar razones para la creación de una nueva regla jurídica (R2) que exceptúa la regla anterior. La derrotabilidad, por tanto, presupone la existencia de decisiones *contra legem* que se fundamenten en principios constitucionales.

1. LA DERROTABILIDAD Y LA DINAMICIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

La existencia de normas derrotables sólo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación. Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado, en el que «hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible» [1]. Los juristas que comparten esa idea, aun cuando la adoptan como un ideal regulativo para la ciencia del Derecho, rechazan la derrotabilidad de las normas jurídicas porque, en su concepto, si dicha propiedad fuera admitida, «no podría derivarse a partir de ellas ninguna solución concreta respecto de un caso particular, dado que no podría descartarse que en tal caso se verifique justamente alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución consagrada» [2].

---

[1] C. ALCHOURRÓN, «Sobre Derecho y lógica», en *Isonomía,* núm. 13, 2000, 14.

[2] J. L. RODRÍGUEZ y G. SÚCAR, «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», en *Analisi e Diritto,* 1998, 278.

Parece no haber, para esos juristas, un término medio entre la regulación completa y su ausencia absoluta.

Aunque sean dignos de especial atención, los argumentos que defienden ese modelo de sistema jurídico no serán objeto de estudio en el presente trabajo. Lo que aquí se presupone es que el hecho de que una norma establezca condiciones «ordinariamente necesarias» y «presuntamente idóneas» para las consecuencias por ella previstas no impide que esa norma sirva de guía para la conducta de sus destinatarios [3]. Por tanto, se acepta que VIEHWEG [4] tiene razón al rechazar un sistema axiomático basado en el argumento de que dicho sistema sólo ofrece soluciones para un conjunto de problemas previstos de antemano, y por ello, no resulta apropiado para la argumentación jurídica [5].

Lo que aquí se admite es precisamente la premisa contraria a la que aceptan los defensores de un sistema estático y axiomático. La derrotabilidad no se justifica por la existencia de excepciones implícitas contenidas en una norma jurídica porque, si así fuera, la norma ya contendría también una delimitación completa de todos los casos en que debería ser aplicada. De esta manera, la derrotabilidad se explica por medio de un enfoque dinámico en que las excepciones al supuesto de hecho de las reglas jurídicas se establecen en el curso de la argumentación jurídica y encuentran justificación en otras normas individuales que el intérprete construye paulatinamente (ya sea ese intérprete el legislador al concretar normas constitucionales abstractas o el juez al aplicar normas generales con distintos grados de abstracción). Si utilizamos la distinción kelseniana entre sistema «estático» y sistema «dinámico» de normas jurídicas, podremos decir que la noción de derrotabilidad con la que aquí se trabaja presupone un sistema jurídico dinámico [6]. En un sistema dinámico, una norma no puede ser deducida de otra norma jurídica mediante una operación lógica. La relación entre una norma general (superior) y otra norma individual (inferior) se establece en el sentido de que esta última se *produce* de conformidad con aquélla. El acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto ésta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Y dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Sin embargo, la norma general (superior) dirige el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus sentidos posibles. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida en una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero ello no elimina la caracterización de la interpretación como un proceso crea-

---

[3] N. MACCORMICK, «Defeasibility in law and logic», en BANKOWSKI *et al.* (eds.), *Informatics and the foundation of legal reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 2005, 99 y ss.

[4] T. VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudencia,* trad. de T. S. Ferraz Júnior, Brasilia, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

[5] En ese sentido, debe resaltarse que el modelo de sistema axiomático, como el propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN, es uno de los pocos afectados por la crítica presentada por VIEHWEG al denominado «pensamiento sistemático» en el sentido de N. HARTMANN. Para un análisis completo de cómo el pensamiento tópico-problemático debe interactuar con la noción de sistema y de los distintos sentidos admitidos en la doctrina para la noción de «sistema jurídico», consultar, por todos: J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, 139 y ss.

[6] H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho,* trad. de R. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, 203-205.

tivo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establece la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento. En ocasiones, la norma general no especifica, por ejemplo, el régimen inicial del cumplimiento de la pena (si es cerrado o abierto), el tiempo y el lugar en los cuales la pena deberá ser cumplida, las circunstancias que se aplican al caso, etcétera.

La idea kelseniana de un sistema dinámico, aquí adoptada, presupone un constructivismo social según el cual todos los hechos sociales y todas las normas jurídicas son construcciones humanas, y no algo reductible a hechos naturales ni a otras normas jurídicas promulgadas anteriormente[7]. Ese constructivismo social, sin embargo, puede ser asociado a un constructivismo epistemológico[8]. Sin la pretensión de profundizar en

---

[7] Sobre el constructivismo social en KELSEN, consultar J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996; V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giapphichelli, 1999; y P. COMANDUCCI, «Kelsen *vs.* Searle: A Tale of Two Constructivists», en *Analisi e Diritto,* 1999, 101 y ss.

[8] En principio la teoría de la interpretación de KELSEN puede ser caracterizada como una teoría constructivista en ese sentido epistemológico, cuando sostiene que la interpretación «acompaña el proceso de aplicación del Derecho en el progresivo paso de un plan superior a un plan inferior» (KELSEN, 1979; VILLA, 1999: 142 y ss.). Sin embargo, el encuadramiento de la teoría jurídica de KELSEN como una teoría constructivista desde el punto de vista epistemológico no es pacífico. Por una parte, hay quien sostiene que KELSEN se aleja del constructivismo en su teoría de la interpretación del Derecho. Así, recuerda VILLA que cuando KELSEN discurre sobre la interpretación jurídica, este autor tiene en mente la interpretación realizada por los jueces y las demás autoridades dotadas de competencia institucional para aplicar el Derecho, y no la interpretación llevada a cabo por la ciencia del Derecho. En esta interpretación, la decisión acerca del significado de la norma individual es un acto de voluntad, y no un acto de conocimiento. La interpretación científica, por su parte, posee para KELSEN una relevancia limitada para la práctica jurídica, por cuanto a la ciencia del Derecho sólo le compete conocer el Derecho por medio de «proposiciones jurídicas», que son enunciados puramente descriptivos. En ese particular, KELSEN parece distanciarse de cualquier tipo de constructivismo (VILLA, 1999: 142). Por otra parte, J. A. GARCÍA AMADO, por ejemplo, sostiene que KELSEN es un constructivista también en sentido epistemológico, pues su antiabsolutismo filosófico lo obliga a serlo. KELSEN define el absolutismo filosófico como «la concepción metafísica de la existencia de una realidad absoluta, es decir, una realidad que existe independientemente del conocimiento humano» (H. KELSEN, «A essência e o valor da democracia», en *A democracia*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, 164). Como KELSEN no se conforma con el ideal platónico de que exista una realidad natural cuya existencia independe de los sujetos que la conocen y que es meramente reflejada en las teorías elaboradas con el fin de conocerla, él propone en sustitución al absolutismo filosófico un relativismo epistemológico. Al describir el Derecho como un sistema dinámico en que la aplicación de una norma general es al mismo tiempo creación de normas individuales, KELSEN argumenta que es necesaria una mediación subjetiva del intérprete para pasar de un nivel normativo a otro, es decir, para llegar a una norma individual desde una norma general. Por esa razón, GARCÍA AMADO sostiene que «KELSEN es relativista también en su teoría del conocimiento» (GARCÍA AMADO, 1996: 133), y eso incluye el conocimiento sobre normas. El sentido objetivo de una norma (es decir, el sentido que ella tiene para el ordenamiento jurídico) es determinado por las leyes que rigen el pensamiento y el conocimiento (GARCÍA AMADO, 1996: 133 y ss.). Las leyes lógicas y las exigencias pragmáticas presupuestas para un conocimiento intersubjetivamente compartido garantizan la objetividad del conocimiento y rechazan el solipsismo y el pluralismo, pese al hecho de que el conocimiento sea necesariamente creativo. El marco definido por las expresiones normativas empleadas por el legislador puede ser conocido por medio de estas leyes del pensamiento.

El debate sobre el constructivismo en KELSEN va más allá de los límites del tema de este ensayo, de modo que no es necesario aquí establecer cuál de esas dos interpretaciones de la teoría del conocimiento de KELSEN es más acertada. No obstante, aunque la interpretación de la teoría jurídica de KELSEN que nos ofrece GARCÍA AMADO fuera la más correcta, aun así la teoría de la interpretación de KELSEN merecería ser revista en su aspecto epistemológico, ya que su constructivismo tiene alcance limitado. La idea de que todo lo que no puede ser conocido de manera objetiva es necesariamente arbitrario, es decir, que las valoraciones jurídicas son únicamente actos de voluntad, puede en buena hora ser sustituida por un constructivismo ético que intente ofrecer

intrincadas cuestiones metateóricas, es posible mencionar aquí la propuesta jurídico-epistemológica de un constructivista como V. VILLA, que critica la idea, dominante en el pensamiento jurídico contemporáneo, de una «oposición mutuamente excluyente» entre la ciencia del Derecho, definida como una «actividad descriptiva objetivamente connotada», y las valoraciones jurídicas o actos de creación del Derecho, entendidas como «tomas de posición de carácter meramente subjetivo». En efecto, ese autor relata que gran parte de la doctrina jurídica contemporánea, especialmente en el paradigma positivista, permanece vinculada a una visión dicotómica entre los discursos jurídicos descriptivos y los discursos jurídicos evaluativos o prescriptivos. Esa postura teórica merecería ser sustituida, por razones epistemológicas, por una *imagen constructivista del conocimiento* [9]. Con la adopción de esa postura epistemológica, el Derecho pasa a ser encarado como una práctica social y se torna necesariamente reflexivo; su contenido no es completamente independiente del proceso intelectual que utilizamos para conocerlo.

La aserción de que la actividad de interpretación del Derecho es también un acto de su aplicación puede ser admitida desde que se reconozca que el acto de interpretación no sólo es un acto de voluntad, como quería KELSEN, sino también un acto de conocimiento del Derecho. Dicho acto de interpretación se parece a un proceso hermenéutico en que podemos revisar nuestras precomprensiones iniciales y, de esa manera, reconfigurar el objeto de la interpretación. El resultado de la interpretación puede llevar así a normas individuales que creen excepciones a alguna de las normas generales inicialmente admitidas. Las excepciones a una norma están contenidas en nuevas normas que se insertan gradualmente en el sistema dinámico. Un sistema dinámico está constantemente abierto a la modificación.

Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por tanto, reconocer dos circunstancias importantes: i) inicialmente, es inviable suponer la existencia de una «norma perfecta», capaz de proporcionar una descripción completa de todas las circunstancias en las que debería ser aplicada. Tal hipótesis es poco realista, de modo que, al lado de un *discurso de justificación* en que se elevan pretensiones de validez para las normas generales, es conveniente tener un *discurso de aplicación* del Derecho [10] al caso concreto que justifique la revisión y reinterpretación de dichas normas [11]; ii) en

---

al menos algunos parámetros para justificar las tomas de posición y las valoraciones que los juristas suelen hacer en el proceso de aplicación del Derecho. El constructivismo de KELSEN no va más allá de la definición del marco de posibilidades semánticas de un texto normativo, y por eso desemboca en un no cognoscitivismo ético y en una teoría de la interpretación del Derecho que se acerca del realismo jurídico (*vid.*, por ejemplo, J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas-Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990).

[9] VILLA, 1999.

[10] K. GÜNTHER, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núms. 17-18, 1995, 274 y ss.

[11] En un discurso de aplicación no se discute la validez de una norma sino su adecuada aplicación a un caso concreto: «discursos de aplicación combinan la pretensión de validez de una norma con el contexto determinado, dentro del cual, en cada situación, una norma es aplicada» (K. GÜNTHER, *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação,* trad. de Cláudio Molz, São Paulo, Landy, 2004, 79). La alusión a un discurso de aplicación hace necesario aclarar algo más. Cuando K. GÜNTHER distingue entre esos dos tipos de discurso, sostiene también que en el discurso jurídico cabrían sólo los discursos de aplicación, pues las decisiones sobre la validez de las normas jurídicas anteceden al proceso de argumentación judicial. Puede decirse que GÜNTHER está en lo correcto cuando diferencia los problemas de justificación y los problemas de

segundo lugar, ninguna norma jurídica regula por sí misma su aplicación. De acuerdo con ALEXY, el sistema jurídico tiene tres niveles, divididos en un costado pasivo y otro activo. El costado pasivo está formado por los niveles de los principios (1) y de las reglas (2), que son las dos clases de normas utilizadas en el discurso jurídico. El costado activo, a su turno, está formado por el nivel de la teoría de la argumentación jurídica (3), que «dice cómo, sobre las bases de ambos niveles (1 y 2), es posible una decisión racionalmente fundamentada» [12]. Una teoría de la argumentación jurídica debe contener «normas para la fundamentación de normas» [13].

Esta concepción de la derrotabilidad trae como consecuencia la inseparabilidad entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación jurídica. Las reglas y procedimientos establecidos por la teoría de la argumentación jurídica —principalmente cuando se hallan institucionalizadas (al menos de forma implícita) en las constituciones de los Estados democráticos de Derecho, como cree ALEXY— ingresan en el sistema jurídico y pretenden buscar, aunque sin la pretensión de alcanzar una certeza concluyente acerca de cuestiones prácticas, parámetros para determinar una decisión racional y (jurídicamente) correcta.

Al analizarse la derrotabilidad de las normas jurídicas, debe tenerse en cuenta dos cuestiones que se refieren respectivamente a la teoría del Derecho y a la teoría de la argumentación. La primera consiste en explicar su surgimiento o demostrar su funcionamiento. Esa cuestión es fundamental para cualquier avance en la comprensión del funcionamiento del sistema jurídico y pertenece a la dimensión analítica de la filosofía del Derecho. La segunda cuestión consiste en establecer cómo es posible justificar las decisiones que «derrotan» una determinada norma jurídica. Este problema se sitúa

---

aplicación de las normas morales (o, asimismo, de normas jurídicas). No obstante, es inexacto imaginar los discursos de aplicación y los discursos de justificación como disociados e independientes, como aparecen en la teoría de GÜNTHER. Un ejemplo extraído del debate entre GÜNTHER e ALEXY sobre la tesis del caso especial puede ser especialmente útil para ilustrar ese argumento. Puede imaginarse un conflicto entre las normas N^1, según la cual «debe cumplirse con las promesas que hechas a un amigo», y N^2, que establece el «deber de ayudar a personas enfermas que necesiten de asistencia». En un supuesto concreto, el conflicto puede manifestarse de la siguiente forma: A promete a B que irá a su fiesta, pero C, gravemente enfermo, le pide asistencia. En esa situación, son necesarias «nuevas interpretaciones» de las situaciones fácticas, que llevan a la «mudanza, modificación o revisión» del contenido semántico de las normas en cuestión (R. ALEXY, «Justification and Application of Norms», en *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 1993, 163; GÜNTHER, 2004: 79). Para que se pueda hacer una aplicación adecuada del sistema normativo, es necesario, como resalta ALEXY, modificar una de las normas que, en teoría, podría ser utilizada para la solución del caso. Una posible solución sería establecer la norma N^1_k, cuyo contenido sería: «alguien que haya prometido hacer algo tiene la obligación de hacerlo, excepto si, posteriormente, descubre que un amigo en dificultades necesita de ayuda al mismo tiempo» (ALEXY, 1993: 164). Sin embargo, al examinar el ejemplo más detenidamente, se observa que N^1_k revela un contenido normativo adicional en relación con N^1 y N^2 (ALEXY, 1993: 165). La situación de aplicación que lleva a la derrota de N^1 sólo se soluciona con la creación de una *nueva nova norma concreta* (N^1_k), que también necesita ser justificada. Esa conclusión llevó ALEXY a rechazar, a mi juicio correctamente (consultar T. BUSTAMANTE, «Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy», *Revista de Informação Legislativa*, núm. 171, 2006, 81 y ss.), la tesis de GÜNTHER de que el discurso jurídico no sería un caso especial de discurso práctico, sino un caso especial de discurso de aplicación, por cuanto no habría lugar para discursos de justificación de normas en la argumentación jurídica. El contraargumento de ALEXY es que los discursos de justificación necesariamente tienen lugar en todos los discursos de aplicación, lo que desmonta el argumento de GÜNTHER.

[12] R. ALEXY, «Sistema jurídico, principios y razón práctica», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1988, 148 y ss.

[13] R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica,* trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007a, 178.

en la dimensión normativa de la filosofía del Derecho, la cual busca ir más allá de las dimensiones empírica y analítica para «llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial» [14].

El segundo grupo de cuestiones no puede ser enfrentado sin que se tenga claridad analítica acerca del funcionamiento de las normas. Cuando se indaga qué tipo de razonamiento puede ser invocado para rechazar la aplicabilidad de una norma jurídica mientras se mantenga intacta su validez, es necesario comprender el funcionamiento y la estructura de los sistemas jurídicos para contestar a esta pregunta.

En la siguiente sección serán tratadas inicialmente las cuestiones analíticas vinculadas a la derrotabilidad, lo que presupone tanto un esclarecimiento acerca del carácter dinámico del sistema jurídico y de la estructura de las normas susceptibles de ser «derrotadas» como un análisis de las normas que pueden ayudar a fundamentar la derrotabilidad.

2. PRINCIPIOS, REGLAS Y DERROTABILIDAD

En la sección anterior se abordó la derrotabilidad como una característica de las «normas jurídicas» en general. La base de la derrotabilidad estriba en el carácter dinámico del sistema jurídico. Si al aplicar una norma general siempre se crea una norma individual y si, además de ello, también la autoridad que establece la norma individual (sobre la base de una norma superior) excepcionalmente puede apartarse de la norma superior, entonces tenemos que el sistema jurídico es abierto, provisional y nunca puede ser completo.

Sin embargo, describir el sistema jurídico como un sistema dinámico puede ser insuficiente para un análisis adecuado de la derrotabilidad. Es necesario hacer todavía una breve especificación para dilucidar cómo la diferencia entre reglas y principios, que se refiere a la estructura de las normas jurídicas, incide en la justificación teórica de la derrotabilidad.

2.1. La derrotabilidad como una característica de las reglas jurídicas

La referencia a un sistema dinámico remite inicialmente a la teoría pura del Derecho de H. Kelsen. En su teoría jurídica, además de la idea de que el sistema jurídico tiene un aspecto dinámico, hay dos aserciones que nos interesan para los fines de este trabajo. La primera es que todas las normas jurídicas tienen una estructura condicional-hipotética y, por tanto, todas especifican ciertas condiciones en las cuales deben aplicarse. La segunda es que todas las reglas pueden ser exceptuadas.

En el primer argumento, que puede ser designado como «tesis de las reglas», Kelsen considera que sólo hay dos tipos de normas en cuanto al aspecto estructural: normas *categóricas* y normas *condicionales* [15]. Las primeras —*categóricas*— serían normas

[14] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007b, 15.

[15] Kelsen, 1979: 115 y ss.

que «prescriben un determinado comportamiento humano sin imponer condiciones previas», o, en otras palabras, que prescriben la conducta «en todas las circunstancias». Las omisiones parecen ser previstas en ese tipo de normas (categóricas) por cuanto, al parecer, prescriben el comportamiento humano de manera incondicional, «o lo que es el mismo, en todas las circunstancias» [16]. Sin embargo, para KELSEN, incluso estas normas son normas hipotéticas, y no categóricas, pues no pueden ser prescritas de manera incondicional, dado que de lo contrario ellas podrían ser cumplidas o violadas de manera incondicional, lo que en realidad no ocurre [17]. En consecuencia, las normas que establecen una omisión también hacen referencia a determinados supuestos. Así, no se puede matar o hurtar en todas las circunstancias, sino sólo en circunstancias bien determinadas [18]. Una vez excluida la existencia de normas categóricas, KELSEN afirma la tesis de que en el sistema jurídico sólo existen normas hipotéticas:

> «La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción es la suma de las circunstancias bajo las cuales la acción es posible. A ello se agrega que en una sociedad empírica no puede darse ninguna prescripción de omisión que no admita alguna excepción. Aun los mandamientos más fundamentales, como el de no matar; el de no sustraer a nadie un bien de su propiedad sin su consentimiento o su conocimiento; el de no mentir, sólo valen con ciertas limitaciones. Los sistemas sociales positivos deben siempre establecer las condiciones bajo las cuales no está prohibido matar, privar de la propiedad o mentir. Esto también muestra que todas las normas generales de un sistema social empírico, incluso las normas generales que prescriben omisiones, sólo pueden prescribir determinada conducta bajo muy específicas condiciones, y que, por tanto, *toda norma general establece una relación entre dos hechos que puede ser descrita en un enunciado según el cual, bajo determinada condición, debe producirse determinada consecuencia*» [19].

Cuando KELSEN sostiene que sólo existirían normas hipotéticas, es decir, que contienen determinaciones acerca de una determinada acción que se exige, prohíbe o permite, deja claro que el sistema normativo sólo puede incluir normas que caen bajo la definición contemporánea de «reglas».

La segunda tesis —la «tesis de la derrotabilidad»— puede ser claramente vislumbrada cuando KELSEN explica la posibilidad de un «conflicto de normas de diferentes escalones». Sabemos que para KELSEN el orden jurídico presenta una estructura escalonada de normas *supra* e *infra* ordenadas unas a las otras. La autoridad judicial, cuando «aplica» una norma general establecida por el legislador, está creando una norma individual cuyo contenido es determinado por las normas generales. La decisión judicial no es meramente declaratoria de las normas jurídicas generales concretadas por el juez, sino que posee un carácter constitutivo: «la norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente» [20]. El problema surge cuando se verifica un conflicto entre una norma de un escalón inferior y otra de un escalón superior. Para KELSEN, la hipótesis de una «norma contraria a las normas» es una *contradictio in terminis:* «una norma en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma

---

[16] H. KELSEN, *¿Qué es justicia?,* trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, 253.
[17] KELSEN, 1982: 253.
[18] KELSEN, 1979: 115.
[19] KELSEN, 1979: 274 y ss.
[20] KELSEN, 1979: 248.

jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho»[21]. Así:

> «Afirmar que una sentencia judicial, o una resolución administrativa son contrarias a Derecho, sólo puede querer significar que el procedimiento en que la norma individual fue producida no corresponde a la norma que determina ese procedimiento, o que su contenido no corresponde al contenido de la norma general determinante, producida por vía legislativa o costumbre. [...] La sentencia del tribunal de primera instancia —y ello quiere decir, la norma individual producida con esa sentencia— no es nula, según el Derecho tenido por válido, aun cuando el tribunal competente para resolver la cuestión la considere "contraria a Derecho". Sólo es anulable, es decir, puede solamente ser anulada mediante uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico».

Las normas en conflicto con normas superiores que forman su base de validez sólo son susceptibles de anulación mediante un proceso determinado (en el caso de una decisión judicial, un recurso de casación; en el caso de una Ley infraconstitucional, una acción de inconstitucionalidad). Lo más importante para el presente trabajo es la solución planteada por KELSEN para el problema de una decisión judicial proferida por un tribunal de última instancia. KELSEN tiene que admitir la posibilidad de que ese tribunal decida en sentido contrario a lo que establece la norma general, sin que ello necesariamente implique la pérdida de la validez de su decisión: «El tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien una norma jurídica individual cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia». En síntesis: «Una sentencia judicial, mientras mantenga validez, no puede ser contraria a Derecho»[22].

Cabe señalar que KELSEN admite la tesis de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas, incluso de las normas de más alto rango jerárquico en el sistema de fuentes formales del Derecho. La doctrina en general denomina la posibilidad del juez decidir *contra* el contenido de una norma superior de «cláusula alternativa tácita», cuya consecuencia sería la siguiente: «En virtud de la cláusula alternativa tácita que acompañaría a todas las normas aplicables para la creación normativa pueden adquirir validez normas individuales cuyo contenido resulte incompatible con el contenido [expreso] de las normas generales correspondientes»[23].

2.2. La distinción entre reglas y principios y la tesis de la derrotabilidad

2.2.1. La relación entre principios y reglas y la institucionalización de los derechos fundamentales

Más allá de la mención a las dos tesis kelsenianas arriba expuestas, lo más probable es que la teoría jurídica contemporánea acerca de la derrotabilidad de las normas jurídicas esté mayormente apoyada en la distinción entre reglas y principios. Esa clasifica-

[21] KELSEN, 1979: 274.
[22] KELSEN, 1979: 275-276.
[23] RUIZ MANERO, 1990: 86.

ción estructural de las normas puede enriquecer de modo significativo el análisis de la derrotabilidad. La tendencia de la doctrina contemporánea es aceptar la segunda tesis de KELSEN (la de la derrotabilidad) pero rechazar la primera (la de las reglas), de tal manera que aparece una tercera categoría de normas que no fue pensada originalmente por KELSEN: los principios. Una vez incorporados los principios a las constituciones con el más elevado grado de normatividad, ellos pasan a ejercer un «efecto de irradiación» sobre el ordenamiento jurídico y de esa manera actúan como las razones más relevantes para la justificación de las decisiones que juegan en contra de la aplicación de una determinada norma jurídica en situaciones en las que debería ser aplicada ordinariamente. La distinción entre reglas y principios juega, como veremos, un importante papel en la construcción de un modelo teórico que justifique la derrotabilidad. Una de las más sofisticadas propuestas teóricas de diferenciación entre esas dos clases de normas jurídicas es la formulada por R. ALEXY. En el ámbito del presente trabajo, su teoría será utilizada para explicar cómo la derrotabilidad se articula en el razonamiento jurídico y para ofrecer un modelo argumentativo para justificarla cuando la aplicación de una norma se vuelve problemática.

Como es sabido, este autor define a los principios como «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes». De esa forma, «los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas». La gama de posibilidades jurídicas es determinada por las otras normas (reglas y principios) que actúan en sentido contrario. Las reglas, a su vez, son «normas que sólo pueden ser cumplidas o no». Si una regla es válida, «entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible» [24].

Esa clasificación es metodológicamente relevante porque implica diferentes *modos de aplicación* para las dos clases de normas. Mientras los principios deben ser optimizados de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a fin de establecer las posibilidades reales y jurídicas en que ellos deben ser aplicados —de modo que la operación básica para su aplicación es la *ponderación*—, las reglas contienen mandatos definitivos y la operación básica para su aplicación es la *subsunción.*

El modelo de ALEXY, a pesar de establecer un criterio ontológico fuerte para diferenciar las dos clases de normas, presupone la existencia de relaciones estrechas entre los principios y las reglas, especialmente cuando esas normas se sitúan en distintos niveles jerárquicos, como en el caso de la expedición de reglas legislativas que definen el ámbito de aplicabilidad de los derechos fundamentales [25]. Cuando considera el ori-

[24] ALEXY, 2007b: 67-68.

[25] ALEXY sólo acepta un modelo mixto de principios y reglas. Sin embargo, pueden encontrarse en la doctrina varios modelos puros de principios o de reglas. La reciente discusión acerca de la derrotabilidad normativa, en la tradición ibérica y latinoamericana, suele presumir o un modelo puro de principios, como el de A. GARCÍA FIGUEROA, o un modelo puro de reglas, como el de J. A. GARCÍA AMADO. El primer modelo no reconoce una distinción fuerte entre principios y reglas, sino sustenta que todas las normas jurídicas pueden comportarse como principios y someterse al método de la ponderación (*cfr.* A. GARCÍA FIGUEROA, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en R. ALEXY *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico

gen de las normas de derecho fundamental, ALEXY concibe dos clases en las que ellas pueden ser agrupadas. Por una parte, hay normas de derechos fundamentales «directamente estatuidas» por el texto constitucional. Por otra parte, existe también una clase de normas de derecho fundamental no establecidas directamente en la ley fundamental, pero que son constitucionalmente relevantes porque ofrecen un remedio para la apertura semántica y estructural de las normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución [26]. ALEXY denomina a ese segundo grupo «normas de derecho fundamental adscritas». La relación entre una norma directamente estatuida y una norma adscrita es una relación de precisión (en la medida en que ésa determina el contenido semántico de la primera y favorece su aplicabilidad) y una relación de fundamentación (en la medida en que la primera fornece el fundamento de validez de la segunda). «Una norma adscrita», argumenta el autor, «tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible aducir una fundamentación iusfundamentalmente correcta» [27]. Cuando se da ese caso, la importancia de la norma adscrita es crucial porque resultaría imposible aplicar un derecho fundamental sin atender a la norma adscrita que establece su ámbito de protección.

En el modelo teórico de ALEXY existe una íntima relación entre la diferenciación de las normas de derecho fundamental en cuanto a su origen (normas directamente estatuidas o normas adscritas) y en cuanto a su estructura (principios o reglas). Esa relación es más nítida cuando se tiene en cuenta la regla acerca de las colisiones de principios constitucionales que ALEXY denominó «la ley de la colisión». Una colisión de principios constitucionales sólo puede ser resuelta por medio del establecimiento de ciertas relaciones de prioridad condicionada entre los principios en colisión. Dichas relaciones son establecidas mediante reglas de precedencia entre los principios constitucionales que pueden ser caracterizadas como normas adscritas. ALEXY llega, por tanto, a una importante conclusión: Las colisiones de principios son resueltas únicamente por la creación de normas adscriptas que tienen la naturaleza de reglas. Ése es el contenido de la llamada «ley de la colisión», que fue elaborada por ALEXY para ex-

---

Europeo, 2007, 333 y ss.; *ibid.*, «Neoconstitucionalismo y derrotabilidad: el Derecho a través de los derechos», en P. BONORINO RAMÍREZ (comp.), *Teoría jurídica y decisión judicial*, Madrid, Bubok, 2010, 147 y ss. Disponible para descarga gratuita en http://www.bubok.com/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial). El segundo modelo, a la inversa, sustenta que todas las normas jurídicas tienen la estructura propia de las reglas. La derrotabilidad, en este segundo modelo, se fundamentaría no en la ponderación, sino en normas excepcionales que son elaboradas por los órganos de aplicación del Derecho con fundamento en convenciones interpretativas aceptadas por los juristas (*cfr.* J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en T. BUSTAMANTE, *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 15 y ss.; *ibid.,* «Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas», en BONORINO RAMÍREZ, 2010: 179 y ss.). Ninguno de estos modelos, sin embargo, me parece convincente. El modelo puro de principios debe ser rechazado porque no toma suficientemente en serio las decisiones del legislador democrático, pues no reconoce la prioridad de las ponderaciones hechas por el legislador sobre aquellas realizadas por la jurisdicción constitucional. El modelo puro de reglas, a su vez, debe ser rechazado porque su tesis de que no existen principios jurídicos obliga al intérprete a clasificar muchas normas constitucionales como «programáticas» y despidas de obligatoriedad. Además, como ese modelo cuenta sólo con convenciones sociales para establecer excepciones a las reglas jurídicas, carece de un criterio para la crítica a estas convenciones. Para una crítica a esos modelos puros de reglas y de principios, *vid.* T. BUSTAMANTE, «Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*», en BONORINO RAMÍREZ, 2010a: 205 y ss., esp. 229-262.

[26] ALEXY, 2007b: 49.

[27] ALEXY, 2007b: 53.

plicar la relación entre principios y reglas. Esa ley de colisión puede ser canónicamente enunciada de la siguiente manera: «las condiciones bajo las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»[28].

Otra importante conclusión que puede ser extraída de la ley de colisión y que ayuda a comprender el fenómeno de la derrotabilidad es que las «reglas, cuando son racionalmente justificables, son el resultado de una ponderación entre principios»[29]. Cuando el legislador establece una regla, ésta puede ser presentada como el resultado de una elección (obviamente dentro de un margen de discrecionalidad fijado por la constitución) acerca de la precedencia de determinado principio constitucional en la situación que figura como supuesto de hecho de esa regla. La legislación ocupa un lugar central en el modelo teórico de ALEXY porque ella *universaliza* la solución para las colisiones de principios y establece una prioridad de las decisiones democráticas del legislador en todas las situaciones oscuras del texto constitucional[30]. Si, por una parte, toda regla debe ser formulada en un leguaje universal, por otra parte todas las reglas mantienen una relación con los principios que las justifican. Como A. PECZENIK bien observa, si la distinción entre principios y reglas de ALEXY es aceptada «toda regla jurídica puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios realizada por el legislador»[31].

Esa relación entre los principios y las reglas es un presupuesto de la teoría de ALEXY y debe ser preservada si se quiere vincular la teoría de los principios al discurso práctico en general, como pretende ALEXY. En efecto, la vinculación entre la teoría de los principios y el discurso práctico general es un aspecto nuclear de su teoría. Es por esa vía que se establece una teoría de la argumentación iusfundamental, la cual convierte el modelo de ponderación de un «modelo de decisiones» acerca del peso

---

[28] ALEXY, 2007b: 75.

[29] R. ALEXY, «Apêndice núm. 6: Resposta de Alexy à carta núm. 5», en T. BUSTAMANTE, *Argumentação «contra legem» - a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 323 y ss.

[30] La exigencia de universalizabilidad no es, en absoluto, incompatible con la derrotabilidad de las reglas jurídicas. Cuando se introduce una excepción en una norma jurídica, esta excepción debe constituir el supuesto de hecho de una nueva norma introducida por el juzgador en el caso concreto. Dicha norma deberá ser enunciada en términos universales y aplicada a todos los casos semejantes, a menos que existan fuertes razones en sentido contrario. Como lo explica N. MACCORMICK, aun cuando el juez decide por equidad la decisión debe decorrer de una norma universal. Pese el hecho de corregir el exceso de generalidad de las reglas jurídicas, la equidad no afecta la característica de la universalizabilidad de esas normas. Aun según MACCORMICK, basado en las enseñanzas de R. M. HAR, la palabra *universal* tiene un sentido más exacto que la palabra *general*; cuando utilizamos la palabra *general*, señalamos una diferencia de grado, y no de lógica (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 2.ª ed., 1994). Así, «la proposición "toda discriminación entre personas está prohibida" es más general que la proposición "toda discriminación entre personas fundada en los orígenes nacionales está prohibida"; pero todas las dos son universales» (MACCORMICK, 1994, 78). Eso se aplica también para los juicios de equidad, pues ellos también necesitan ser justificados. La exigencia de *justicia formal* hace con que todas las decisiones judiciales deban ser justificadas en una regla universal (MACCORMICK, 1994, 97-99). Incluso cuando el juez está en posición de apartar la incidencia de una regla por exceso de generalidad, eso sólo es posible si la regla excepcional, creada para el caso concreto, es igualmente aplicable a todos los casos análogos. El modelo que pretendo establecer para las decisiones *contra legem* camina, por tanto, en una dirección contraria a cualquier tipo de particularismo jurídico. Si una excepción a una determinada regla no puede ser universalmente establecida, entonces esta excepción no puede ser justificada de forma correcta.

[31] A. PECZENIK, «Saltos y lógica en el Derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?», trad. de E. Garzón Valdés, en PECZENIK, *Derecho y Razón*, México, Fontamara, 2000, 78.

de los derechos fundamentales en un «modelo de fundamentación», es decir, de un modelo voluntarista (en que la ponderación puede ser presentada como el resultado de una simple decisión) en un modelo en el que las reglas adscritas de una disposición de derecho fundamental pueden ser presentadas como el resultado de un proceso argumentativo racional. En su teoría de la argumentación jurídica, ALEXY sostiene la tesis de que en todos los actos de habla regulativos, incluso los jurídicos, hay implícita una pretensión de corrección que, aunque no se limita a, incluye la exigencia de una corrección en el sentido moral. De la pretensión de corrección, el autor extrae una afirmación correlativa que posee gran relevancia a la hora de determinar los argumentos que pueden ser empleados en el discurso jurídico: la tesis del caso especial, de acuerdo con la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esa idea es justificada de la siguiente manera:

> «(La tesis del caso especial) se fundamenta (1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo ciertas condiciones de limitación (entre las cuales, especialmente, figura la exigencia de que la decisión esté fundamentada en el marco del ordenamiento jurídico)» [32].

Es con base en la tesis del caso especial que se sostiene, por ejemplo, la «unidad del discurso práctico», según la cual el discurso jurídico no puede prescindir de argumentos morales que se encuentren imbricados en la argumentación judicial. Una decisión judicial que no cumpla con las exigencias de una moralidad procedimental universalista (que presupone un constructivismo ético al estilo de HABERMAS) es considerada como una decisión defectuosa por razones conceptuales [33]. La característica más destacada de la teoría de ALEXY es esa conexión entre el discurso práctico y el

---

[32] ALEXY, 2007a: 205.

[33] La conexión que se establece por la vía de la tesis del caso especial es una conexión entre el Derecho y una moral constructivista. No es una moral objetiva que tenga contenidos predeterminados y que exista independientemente del discurso. Es una moral para cuya fundamentación la religión o cualquier otra especie de factor potencialmente constrictivo o autoritativo no puede jugar ningún papel, pues sus normas sólo pueden ser el producto de un discurso racional conducido bajo ciertas condiciones que se acercan de la idea regulativa de una situación ideal de habla en que los puntos de vista morales pueden ser criticados y revisados por todos en un proceso que garantice la igualdad de acceso y participación en el discurso. Esa situación ideal de habla sirve para fundamentar una serie de reglas procesales por el método que HABERMAS denominó de «pragmático-universal». Como explica HABERMAS, la tarea de la pragmática-universal es «identificar y reconstruir las condiciones universales del mutuo entendimiento posible» (J. HABERMAS, «What is Universal Pragmatics?», en *On the Pragmatics of Communication*, Reprinted, Cambridge, Polity Press, 2003, 21 y ss.). Cualquier persona que actúe *comunicativamente* «debe, al realizar un acto de habla, sostener pretensiones de validez universales y suponer que ellas puedan ser fundamentadas (*vindicated; einlösen*)» (HABERMAS, 2003: 22). Una de las reglas de argumentación más importantes fundamentadas por esa vía es el principio U, que fue enunciado de la siguiente manera: «U: una norma es válida cuando todas las consecuencias y efectos colaterales previsibles de su observancia general bajo los intereses y orientaciones valorativas de *cada individuo* puedan, sin cualquier forma de coerción, ser conjuntamente aceptados por *todos* los afectados por ella» (J. HABERMAS, «A genealogical analysis of the cognitive content of morality», en *The inclusion of the other: Studies in Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1999, 42). «U» desempeña, para HABERMAS, la función de una *regla de argumentación* que especifica como normas morales pueden ser construidas y justificadas. Este principio está, por tanto, en el centro de la «ética del discurso». El modelo ético-discursivo de justificación «consiste en la derivación del principio fundamental U a partir del contenido implícito de las presuposiciones universales del discurso» (HABERMAS, 1999: 43). Si ALEXY presupone una conexión entre el Derecho y la moral, él presupone con ello que las normas jurídicas están conectadas a las normas que pueden ser construidas con la ayuda de U.

discurso jurídico: el Derecho se abre a una moral procedimental de carácter universalista. Los principios fundamentales de la constitución son la expresión positivada de la *institucionalización* de la moral por parte del Derecho.

No obstante, es evidente que una concepción de moral procedimental como la que propone HABERMAS encuentra varias limitaciones. Resulta imposible alcanzar un consenso racional motivador para ciertos problemas prácticos que, pese al hecho de permanecieren insolubles por la moralidad crítico-procedimental, tienen que ser resueltos por el Derecho. En este punto específico, ALEXY reafirma la importancia de las reglas y del principio democrático en la justificación y en la aplicación del Derecho. La necesidad de un discurso específicamente jurídico, en caso de que se admita la tesis del caso especial, puede ser fundamentada en deficiencias del discurso práctico general como los «problemas de conocimiento» (o sea, las dificultades para se determinar la acción correcta a la luz de los principios morales aisladamente considerados) y los «problemas de cumplimiento» (la dificultad de garantizar efectividad a las decisiones alcanzadas por la vía del discurso práctico). El discurso jurídico —y, añadimos, especialmente la argumentación jurídica en el contexto de la legislación— resuelve cuestiones que permanecen abiertas en el discurso práctico. La necesidad del discurso jurídico deriva del propio discurso práctico en la medida que aquél es un «medio necesario para la realización de la razón práctica» y, de esa manera, un «elemento necesario de la racionalidad discursiva realizada» [34]. Ahora bien, la misma relación que se establece entre el discurso práctico y el discurso jurídico se desarrolla también entre los principios establecidos en la constitución y las reglas creadas en el proceso legislativo democrático. Los principios padecen los mismos problemas que el discurso práctico, especialmente los problemas de conocimiento, y, por ello, sus soluciones para los problemas jurídicos concretos son tan indeterminadas como las que se presentan en el discurso práctico. Es ahí donde surge la necesidad de concreción legislativa para garantizar efectividad a los derechos fundamentales. Las reglas que derivan de ese proceso no pierden, sin embargo, sus conexiones con los principios que las fundamentan y no pueden ni ser interpretadas sin una referencia explicita a tales principios ni tampoco pueden ser construidas de modo que traspasen los límites al marco discrecional que ellos establecen para el legislador.

ALEXY necesita, por tanto, de una clara distinción entre principios y reglas para seguir afirmando al tiempo la tesis del caso especial y el correlativo carácter vinculante de las normas establecidas por la vía del proceso legislativo democrático. Las excepciones a los supuestos de hecho de las reglas jurídicas no pueden ser justificadas por la simple realización de una nueva ponderación de principios aplicada al caso concreto, como si las reglas establecidas por el legislador fuesen también principios. En el caso de una colisión entre una regla válida y un principio constitucional, es posible ponderar el principio que justifica la existencia de una regla con otros principios directamente estatuidos en la constitución, pero no se puede descuidar la relevancia del hecho de que la existencia de una regla «atribuye consecuencias a casos de un tipo particular en la forma especificada en sus condiciones», de suerte que el legislador eleva una pretensión de haber dado la «última palabra» sobre los casos-tipo establecidos en esta regla [35].

---

[34] R. ALEXY, 2007a: 315.

[35] A. PECZENIK y J. HAGE, «Law, morals and Defeasibility», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, 2000, 210.

La existencia de una regla implica, por tanto, la existencia de una pretensión de estabilidad para el resultado de las ponderaciones de principios realizadas por el legislador, es decir, una pretensión de que esos resultados tienen carácter definitivo.

2.2.2. *Sobre la derrotabilidad de las reglas jurídicas*

La pretensión de estabilidad de las reglas jurídicas anteriormente mencionada no es una garantía de su carácter definitivo [36]. Cuando se habla de una pretensión, obviamente se hace referencia a algo que debe ser reivindicado o fundamentado discursivamente. Pero no siempre habrá éxito en esa labor de fundamentación, y por, ello se puede afirmar que las reglas poseen la característica de la derrotabilidad.

Como ALEXY sostiene con claridad, su distinción entre reglas y principios no implica que las reglas sean normas de cumplimiento obligado en el modelo del «todo o nada», como había sugerido DWORKIN en sus ensayos de la década de 1960 [37]. Según ALEXY, no todos los conflictos entre reglas y principios son resueltos con el reconocimiento de la invalidez de una de ellas ya que, en algunas circunstancias, es posible establecer una excepción a una de esas reglas. En otras palabras, no toda colisión entre reglas jurídicas se da en el nivel abstracto de la validez. Como consecuencia, es razonable suponer también que hay conflictos concretos que se dan en el nivel de su aplicación práctica.

Es precisamente eso lo que ALEXY tiene en mente cuando resalta que no es correcto afirmar que todos los principios tienen «el mismo carácter *prima facie*» y que todas las reglas poseen «el mismo carácter definitivo», como tampoco es correcto afirmar que por consiguiente las reglas son aplicadas según el modelo del «todo o nada». El modelo teórico de DWORKIN es demasiado sencillo para explicar el carácter *prima facie* de las reglas y los principios y, por ello, es necesario construir un modelo teórico

---

[36] Sólo podría pensarse en una garantía absoluta de estabilidad si el Derecho fuera comprendido en el sentido que J. RAZ lo define, es decir, como un sistema de razones excluyentes que permiten al destinatario de las normas jurídicas decidir una cuestión jurídica *sin realizar ninguna valoración propia*, o sea, actuando en conformidad con una ponderación de razones ya realizada por una autoridad. Según el autor, las razones jurídicas —elegidas por las autoridades con competencia para crear el Derecho positivo— *sustituyen* las razones propias de los individuos que actúan en conformidad con el Derecho. Los destinatarios de las normas jurídicas actúan según reglas que pueden ser identificadas y cumplidas sin que se realice cualquier consideración de naturaleza moral o política. Tener autoridad, para RAZ, significa tener el poder de predeterminar por completo (*pre-empt*) las razones que pueden ser utilizadas por otras personas (*cfr.* J. RAZ, *The Authority of Law*. 2.ª ed., Oxford, OUP, capítulos 4 y 5, 2009; *id.*, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon, 1995, 196 y ss.). Como se percibe, RAZ reduce el Derecho a la noción de autoridad, sosteniendo exactamente el contrario de lo que piensa ALEXY, ya que este autor atribuye al Derecho una naturaleza dualista que se infiere de la conexión argumentativa entre el Derecho y la Moral, que se deriva de su pretensión de corrección. Como lo explica ALEXY, puede derivarse de la pretensión de corrección implícitamente erigida en los actos jurídicos una «obligación jurídica de prolatar decisiones moralmente correctas» (R. ALEXY, «Law and Correctness», en *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, 205 y ss.). El Derecho tiene una naturaleza dualista, dice ALEXY, porque hay en él una dimensión ideal (constituida por la idea de corrección moral) y una dimensión fáctica o institucional (R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2009). Para una crítica que, en mi opinión, desmonta las tesis de RAZ sobre la naturaleza del Derecho, *vid.* también G. POSTEMA, «Law's Autonomy and Public Practical Reason», en R. GEORGE (comp.), *The Autonomy of Law-Essays on Legal Positivism*, Oxford, OUP, 1996, 79 y ss.

[37] R. DWORKIN, «Is law a system of rules?», en R. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1968, 25 y ss.

diferenciado que sea capaz explicar satisfactoriamente el fenómeno. Dicho sistema diferenciado es necesario porque siempre es posible introducir en la motivación de una decisión jurídica una cláusula de excepción en una regla jurídica. Si ello acontece, entonces la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso concreto [38]. La principal diferencia que se establece entre la teoría de ALEXY y los escritos iniciales de DWORKIN está en que el autor alemán, al contrario del americano, admite y considera imprescindibles tanto la interrelación entre las reglas y los principios como la derrotabilidad de las reglas jurídicas, como se puede comprobar en la explicación de C. BERNAL PULIDO:

> «(L)a aplicación de la manera "todo o nada" implica necesariamente que todas las excepciones a las reglas puedan ser reconocidas de antemano. ALEXY sostiene que en los complejos sistemas jurídicos modernos no es posible conocer siempre todas las excepciones a las reglas, entre otras razones, porque en las específicas circunstancias de cada supuesto concreto en que las reglas deban ser aplicadas, pueden aparecer nuevas excepciones. Además, en todo caso, si fuera posible conocer de antemano todas las excepciones a las reglas, también sería posible conocer y prever todas las excepciones que pueden formularse a los principios. Como consecuencia, la diferencia entre principios y reglas sería solo una diferencia de grado [...]. Como consecuencia, según ese criterio de distinción, tanto los principios como las reglas se aplicarían de la misma manera: de forma todo o nada, y no existiría una diferencia lógica entre ellos [39].

Problemas como éstos llevan a ALEXY a rechazar de manera expresa la clasificación propuesta por R. DWORKIN [40], aunque conservando la idea general de que los principios poseen una dimensión de peso o importancia. Así, la distinción entre principios y reglas se mantiene como una cuestión empírica u ontológica: ALEXY afirma que existen normas que contienen determinaciones en relación con una conducta (reglas) y otras que tan sólo establecen un estado ideal de cosas que debe ser obligatoriamente buscado en la mayor medida posible (principios). Del hecho de que éstas permitan que se justifique el incumplimiento de aquéllas es que se deduce la derrotabilidad de las reglas jurídicas.

Como consecuencia, la derrotabilidad se presenta como una característica de las reglas jurídicas, que son las normas más rígidas del sistema jurídico. Curiosamente, la teoría de ALEXY permite sostener que las normas derrotables son reglas, y no principios, pues sólo es posible derrotar o establecer excepciones a una norma que haya especificado una serie de consecuencias que deben ser aplicadas en un caso concreto [41]. Como los principios jurídicos no hacen ese tipo de previsión (no establecen una

---

[38] ALEXY, 2007b: 79 y ss.

[39] C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 579.

[40] *Vid.* ALEXY, 1988: 141 y ss.

[41] Esta conclusión es incompatible con una tesis que defendí en un trabajo anterior. En efecto, yo sostenía que la derrotabilidad era una propiedad tanto de los principios como de las reglas jurídicas. Los principios serían normas cuya derrotabilidad es inmanente, mientras que las reglas serían normas cuya derrotabilidad está reservada para casos excepcionales (T. BUSTAMANTE, *Argumentação contra Legem*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 220-229). Esta tesis es semejante al pensamiento de H. ÁVILA, para quien «las reglas tienen un carácter *prima facie* fuerte y su derrotabilidad es más rígida», mientras que los principios tienen un carácter *prima facie* débil y su derrotabilidad es más flexible» (*cfr.* H. ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 11.ª ed., 2010, 105). La principal razón por la cual me aparto de esta explicación de la derrotabilidad es que ahora creo que dicha explicación no lleva en cuenta el hecho de que

consecuencia determinada para un supuesto de hecho), ellos no pueden ser sometidos a excepciones. Los principios tienen que ser convertidos en reglas para que sus consecuencias en un caso concreto sean conocidas. Únicamente después de la ponderación de principios es que se llega a una regla en que se permite subsumir el caso concreto para determinar la conducta exigida por el Derecho [42]. Ese proceso de concretización

---

los principios son normas cuya institucionalización es *parcial* (pues les falta la determinación de los comportamientos concretos exigidos por esas normas), y, por consiguiente, ellos no pueden ser derrotados porque no establecen ningún supuesto de hecho. Los principios establecen sólo un mandato para optimizar. Si definimos la derrotabilidad como la posibilidad de *se inserir* excepciones en una norma jurídica, entonces necesariamente debe presumirse que esa norma tiene la estructura de una *regla* que permita la subsunción de ciertos hechos o comportamientos en su supuesto de hecho. La tesis de que la derrotabilidad es una propiedad de las reglas, y no de los principios, es también sostenida recientemente por C. BÄCKER (*cfr.* C. BÄCKER, «Rules, Principles and Defeasibility», en M. BOROWSKI (comp.), *On the Nature of Legal Principles*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 80 y ss.

[42] Uno de los presupuestos del análisis de las relaciones entre reglas y principios realizado *supra* es la tesis de que los principios «exigen la aceptación de ciertas normas particulares como definitivamente válidas» (J.-R. SIECKMANN, «Las estructuras lógicas de los argumentos normativos», trad. de Carlos Bernal Pulido, en J. SIECKMANN, *El modelo de los principios del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 84), es decir, ellos funcionan como razones para la producción de reglas. Esta idea es admitida tanto por ALEXY como por sus críticos. Cuando J.-R. SIECKMANN propone definir los principios como «argumentos normativos que tienen la estructura de mandatos reiterativos de validez» (SIECKMANN, 2006: 82), este autor sostiene que el procedimiento de ponderación y sopesamiento de principios acaba siempre en una norma (regla) individual que se establece como válida, de modo que «los principios implican la pretensión de que una norma N debe ser aceptada como definitivamente válida» (SIECKMANN, 2006: 86). Asimismo, ALEXY sostiene en su «ley de colisión» que al final de toda ponderación se llega a una norma adscripta que establece cuál de los principios tiene prioridad en el caso concreto. Como resultado de una ponderación o una argumentación a partir de un principio siempre se establece una regla. Podemos concluir, por tanto, que los procesos de aplicación y ponderación de principios constituyen procesos de creación de reglas individuales, tal como KELSEN ya había indicado en su análisis de la dinámica jurídica. Como es necesaria esa «transformación» de los principios en reglas antes de su aplicación concreta, la tesis de que lo que se derrota son las reglas, y no los principios, parece plausible.

Sin embargo, esa tesis (de que los principios no son derrotables porque no se puede establecer de antemano sus consecuencias normativas) puede ser objetada si se toma en cuenta las críticas que A. AARNIO y J.-R. SIECKMANN han dirigido contra la teoría de las normas propuesta por R. ALEXY. Argumenta AARNIO que cuando se define los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la máxima medida posible, «este mandado tiene en realidad un carácter definitivo», ya que «sólo puede ser cumplido o incumplido, y siempre está ordenado cumplirlo plenamente» (R. ALEXY, «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 108). «O se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios, se debe armonizar los principios de manera óptima y sólo de manera óptima» [AARNIO, «Taking rules seriously», en W. Hofer y G. Sprenger (eds.), *Proceedings of the 14th IVR World Congress (Edinburg)*, *ARSP-Beiheft 42*, 1990, 187; ALEXY, 2003: 108]. Así, la clasificación de los principios como mandatos de optimización no implicaría la existencia de diferencias estructurales entre principios y reglas. Si esta objeción estuviera fundada, entonces podría decirse que los principios tienen la misma estructura que las reglas, pues la exigencia de optimizar sería apenas la consecuencia normativa que ellos prevén. Nada obstaría, así, a que se introdujese una excepción en los principios, de modo que en el caso *x* no sería más necesario optimizar el principio P. No obstante, ALEXY aborda la poderosa objeción de AARNIO al establecer una distinción entre los principios en cuanto «mandados que se optimizan» (esto es, deberes ideales que deben ser optimizados) y las normas que establecen el «mandato para optimizar» (R. ALEXY, «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, 300). Si esta distinción es correcta, entonces parece razonable sostener que en todos los sistemas jurídicos donde hay principios existe una meta-norma (del tipo regla) según la cual los principios deben ser optimizados siempre en la máxima medida. Dicho de otro modo, «si P es un principio dotado de validez en el sistema jurídico S, entonces S contiene una meta-regla R^{Opt} que establece el deber de optimizar P en todos los casos a los cuales P sea aplicable» (*vid.* que la estructura de esta regla es idéntica a la de la máxima de proporcionalidad). Surge entonces una importante pregunta: ¿Puede R^{Opt} ser excepcionada? O aun: ¿Es R^{Opt} derrotable? Si quisiéramos mantener intacta la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY y la ley de colisión, entonces la respuesta parece ser negativa, pues si no fuera así los principios perderían su dimensión de peso y no podrían más ser definidos como normas que ordenan que algo

de los principios impone que se fundamenten enunciados formulados en un lenguaje universal, o sea, reglas de derechos fundamentales adscritas [43]. La existencia de normas del tipo de los principios es por tanto plenamente compatible con las reglas J.2.1 y J.2.2 de la *Teoría de la argumentación jurídica* de ALEXY, que disponen que «para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal» y, de modo correlato, «la decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones» [44].

Como puede observarse, hay una mutua dependencia entre los principios y las reglas en la teoría de la argumentación iusfundamental de ALEXY: de un lado, los principios sólo adquieren eficacia si de ellos se puede extraer reglas formuladas en lenguaje universal; y de otro, las reglas no pueden ser aplicadas sin atención a los principios que les fundamentan.

El efecto de irradiación de los principios es lo que constituye el fundamento para el carácter *prima facie* de las reglas y para su derrotabilidad. Aplicase en ese campo la técnica de la reducción, que consiste en la eliminación de una parte del «núcleo lingüísticamente no controvertido» de una norma jurídica [45], es decir, en la introducción de una «cláusula de excepción» en una norma establecida por el legislador con base en un principio. Sin embargo, se establece una carga de argumentación especial para quien quiera defender la no aplicación de una regla a una situación cubierta por su supuesto de hecho, pues siempre habrá *principios formales* (o, como se les puede llamar, principios institucionales) que juegan a favor del mantenimiento de las consecuencias de la regla establecida por el legislador [46]. Para crear una excepción a una regla que

---

sea realizado en la máxima medida posible. Una de las características más esenciales de los principios es que ellos conservan su normatividad incluso para los casos en que son superados por otros principios, de modo que admitir la existencia de excepciones en el mandato para optimizarlos sería tratarlos como reglas, y no más como principios. Como explica ALEXY, «existe una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, entre el principio como tal, y el mandato de optimización, en cuanto regla» (ALEXY, 2003: 109). Siempre que se clasifica una norma como un principio, se establece un mandato incondicional para optimizarla. R^{Opt} es, por tanto, lo que KELSEN llamó una «norma categórica», esto es, una norma que prescribe una conducta humana «bajo cualquier condición» (KELSEN, 1979: 115). Sólo si la validez incondicional de R^{Opt} es presupuesta se puede decir al mismo tiempo que hay un deber jurídico de optimizar los principios jurídicos y que estos principios tienen una estructura diferente de la de las reglas (agradezco a C. BERNAL PULIDO por haber atraído mi atención sobre este problema).

[43] Con ello no se niega que principios constitucionales puedan establecer un marco o límite al poder de concreción de los derechos fundamentales del legislador. Hay posiciones y condiciones que pueden ser fundamentadas mediante un discurso inmediatamente referido a las normas directamente instituidas en la Constitución. El control de constitucionalidad es una instancia en la que las decisiones legislativas que se encuentran más allá del margen de libertad determinada por el constituyente son sometidas a un control de racionalidad. Los tribunales constitucionales, por tanto, establecen también una serie de reglas adscritas que ayudan a establecer el ámbito de aplicación de cada derecho fundamental, de suerte que la distinción entre las reglas y los principios presupone también un cierto grado de vinculación para los precedentes judiciales de las cortes constitucionales. Sobre ese tema, he tenido la oportunidad de hacer una reflexión más profunda en T. BUSTAMANTE, «Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases», en M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie - Beiheft,* 119, 2010b, 63 y ss.

[44] ALEXY, 2007a: 215.

[45] A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, 51.

[46] ALEXY, 2007b, 81. Mucho podría decirse sobre los denominados principios formales. Sin embargo, la característica más sobresaliente de estos principios es que ellos aseguran un «comprometimiento *prima facie* con el resultado de un procedimiento» (*cfr.* J. R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 137; y M. BOROWSKI, «The Structure of Formal Principles - Robert

contiene una enumeración de tipo *numerus clausus* es necesario incluir en el proceso de ponderación principios formales como el principio democrático, el principio del Estado de Derecho y todas las reglas que definen el proceso legislativo, demostrando que existen razones incluso para superar el peso del material institucionalmente establecido por el legislador.

El establecimiento de excepciones casuísticas a las reglas jurídicas existentes en un dado espacio y tiempo implica decisiones *contra legem* que, según A. PECZENIK y J. HAGE, son en verdad «creación del Derecho por vía de la interpretación» [47], en la cual se impone al jurista práctico una pesada carga de argumentación. Los supuestos de derrotabilidad de reglas jurídicas válidas encuentran justificación en el hecho de que —por más de que las reglas estén caracterizadas por la presencia de un componente descriptivo que permite la deducción (después de su interpretación) de un comportamiento debido— ellas «sólo están basadas en un conjunto finito de informaciones» [48]. Hay que introducir, por tanto, una distinción entre la *exclusión* de una regla (la cual implica el establecimiento de una excepción a su supuesto de hecho) y su *invalidación*: «Si una regla es inválida, eso significa —en cierto sentido— que ella no existe y que, por tanto, ni siquiera puede generar cualquier tipo de razones (para un comportamiento)». Por otra parte, la exclusión sólo tiene cabida delante de un caso particular: «Una regla sólo puede ser excluida si es válida» [49]. Los casos de derrotabilidad de una norma jurídica son siempre casos de decisiones *contra legem.* Son casos trágicos en el sentido de M. ATIENZA, por cuanto sólo pueden ser resueltos correctamente si suponen una excepción al ordenamiento jurídico. En esos casos, escribe ATIENZA, «no existe ninguna respuesta correcta» [50]. No sería exagerado decir que éstos son algunos de los casos más difíciles que se pueden hallar en la argumentación jurídica.

3. LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES *CONTRA LEGEM*

Como ya vimos, en un sistema jurídico de carácter dinámico, las normas de la legislación infraconstitucional no pueden ser normas absolutas, es decir, normas para un supuesto de hecho cerrado al que no es posible añadir ninguna excepción. Si el modelo regla/principio es adoptado, entonces hay que reconocer que las reglas son normas derrotables. No se puede, sin embargo, sostener la derrotabilidad de los principios,

---

Alexy's "Law of Combination"», en *On the Nature of Legal Principles - Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 19 y ss.). En el epílogo a su *Teoría de los Derechos fundamentales,* ALEXY sostiene una «Ley de combinación» según la cual los principios formales se suman al menos a un principio material cuando colisionan con otro principio jurídico. El peso de este último principio, para que pueda justificar la introducción de una excepción en una regla jurídica, debe superar los pesos cumulativos del principio que está por detrás de esta regla y del principio formal que exige el respeto a las decisiones del legislador. Para un estudio más profundizado sobre esos problemas, que contiene una crítica a la «Ley de combinación», *vid.* BOROWSKI, 2010.

[47] PECZENIK y HAGE, 2000: 313.

[48] J. HAGE, *Reasoning with Rules - An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1997, 4 y 85.

[49] HAGE, 1997: 109.

[50] M. ATIENZA, *As Razões do Direito - Teorias da argumentação jurídica,* trad. de María Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000, 34.

pues sólo lo que puede ser subsumido en una regla puede constituir una excepción a su supuesto de hecho. Como los principios no contienen determinaciones acerca de la conducta que se debe asumir en un supuesto, no se aplican por subsunción, y por eso no pueden ser derrotados.

Sin embargo, no se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que irá derrotar a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización *imperfecta* de la moral, ya que sólo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas. Analicemos estas características con más detalle.

3.1. Los principios como institucionalización imperfecta de la moral

Una de las cuestiones prácticas que la filosofía del Derecho debe responder es: ¿Por qué algunas normas de la Constitución pueden ser clasificadas como principios? La existencia de normas-principio, tal como las define la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, es una *cuestión empírica* que debe ser respondida con la mirada hacia el ordenamiento jurídico, y no sólo una cuestión metodológica. Para dar una respuesta a esa pregunta, tomemos un dispositivo de la Constitución brasileña de 1988, que establece las políticas debidas en materia de política agrícola:

> «Art. 187. La política agrícola será planeada y ejecutada según lo que establezca la ley, con la participación efectiva del sector de producción, incluyendo productores y trabajadores rurales, así como de los sectores de comercialización, de almacenamiento y de transportes, llevándose en cuenta, especialmente:
>
> I. Los instrumentos crediticios y fiscales.
> II. Los precios compatibles con los cuestos de producción y con la garantía de comercialización.
> III. El incentivo a la investigación y a la tecnología.
> IV. La asistencia técnica y extensión rural.
> V. El seguro agrícola.
> VI. El cooperativismo.
> VII. La electrificación rural y la irrigación.
> VIII. La habitación para el trabajador rural».

Obsérvese que estas disposiciones imponen al legislador y a la administración la obligación constitucional de implementar una serie de políticas públicas, pero no hace mención a los medios para alcanzar esas finalidades o al contenido concreto de estas políticas, es decir, no hay una *determinación* de lo que debe hacerse para promover el estado ideal de cosas deseado por el constituyente. Se establece, tanto para el legislador como para la administración, el deber de aplicar una política agrícola que: i) permita el acceso de los agricultores al crédito; ii) promueva una ecuación razonable entre los precios y los costes de producción; iii) desarrolle las áreas de tecnología de producción, etcétera.

El texto no permite inferir directamente una norma (del tipo regla) que contenga una prescripción de un comportamiento concreto (con la determinación de la conducta que se debe adoptar, ya sea la administración, ya sea el particular, para alcanzar esos objetivos), pero es suficiente para llegar a una norma que establece el deber de alcanzar un estado ideal de cosas, en la medida de lo posible. Por tanto, sólo hay dos alternativas para la interpretación de la disposición constitucional transcripta: *a)* interpretarla como estableciendo una serie de principios jurídicos que deben realizarse en la máxima medida posible, o *b)* interpretarla como disposición que engendra «normas programáticas» que carecen de fuerza jurídica o aplicabilidad. Esta última opción la adoptó el Tribunal Supremo brasileño al decidir que «el art. 187 de la Constitución Federal es norma programática en la medida en que prevé especificaciones en ley ordinaria»[51].

Creo que la primera opción (extraer normas-principio del mencionado dispositivo) sería la más correcta, por garantizar un mínimo de fuerza vinculante al referido precepto constitucional, aunque en cada caso de aplicación el administrador tenga que ponderar cada uno de los principios que pueden eventualmente entrar en colisión para determinar la política que ha de ser adoptada.

Como se nota, los diversos principios jurídicos incluidos en el art. 187 de la Constitución brasileña se encuentra en un *nivel intermedio* entre la completa falta de coercibilidad de los preceptos morales y el carácter decisivo y comprensivo de las reglas jurídicas que determinan no sólo un estado de cosas, sino también conductas concretas que deben ser adoptadas por sus destinatarios.

Para aclarar el significado normativo de los principios jurídicos puede trazarse un paralelo entre el Derecho y la moral a partir de algunas ideas de J. HABERMAS. De hecho, para este autor hay una relación de complementariedad entre el Derecho y la moral. Los dos sistemas normativos tratan de *problemas similares* (por ejemplo, el de «cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas»), pero de *manera distinta*: «pese al común punto de referencia la moral y el Derecho se distinguen *prima facie* en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el Derecho cobra a la vez obligatoriedad en un plano institucional. El Derecho no es un sistema de símbolos, sino un sistema de acción»[52]. La diferencia fundamental entre el Derecho y la moral residiría en el hecho de que las normas jurídicas pasaron por un proceso de institucionalización.

Resulta que esta institucionalización, al revés de lo que opina el propio HABERMAS[53], también puede realizarse en diferentes intensidades, lo que implica que la eficacia o la aplicabilidad de algunas normas jurídicas pueden tener diferentes grados. Los principios consagrados en el art. 187 de la Constitución brasileña son normas que institucionalizaron el deber de lograr un determinado propósito o valor, pero que todavía no determinan los medios para hacerlo, lo que requiere una ponderación para que se les establezca.

---

[51] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1.330 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. F. REZEK, DJ de 20 de septiembre de 2002, vol. 2.086, 142.

[52] J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 4.ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005, 171 y ss.

[53] HABERMAS, 2005: 263-308.

La institucionalización parcial de una norma (faltando la determinación de la conducta concreta debida para su cumplimiento) es por tanto una buena razón por qué debemos interpretar ciertos enunciados normativos como estableciendo normas-principio y, en consecuencia, ponderar esas normas con otras del mismo tipo en el momento de la aplicación del Derecho. En resumen, hay normas-principios no porque así lo queremos, sino porque tales normas no han pasado por un proceso de institucionalización lo suficientemente fuerte para que exista una determinación concreta del comportamiento exigido, como pasa en las reglas.

3.2. El contenido valorativo de los principios y el fundamento de las reglas jurídicas

En la teoría de los principios de ALEXY, el punto central está en su caracterización como mandatos de *optimización*. La «posibilidad de cumplir principios en diversos grados, mayores o menores, es la propiedad más esencial de los principios» [54]. Esta propiedad se debe a una coincidencia estructural que los principios comparten con los valores. Así como los principios, valores como el «bien», el «mal», lo «justo», etc., tienen una dimensión de peso y pueden ser protegidos o restringidos en diferentes intensidades. Los principios tienen el mismo contenido que los valores. Lo que los diferencia es únicamente su fuerza jurídica. Principios son valores que fueron incorporados por el Derecho. En lugar de determinar lo que es bueno o mejor, determinan lo que es debido. En otras palabras, mientras que los valores tienen un carácter *axiológico*, los principios tienen un carácter *deontológico* [55].

Se puede decir, pues, como lo hizo PECZENIK, que «la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores» [56].

Comprender el contenido valorativo de los principios —que obviamente no nos obliga a comprenderlos como valores «objetivos» o «verdaderos», en la medida en que se adopta el constructivismo jurídico y el constructivismo moral— es esencial para establecer un método apropiado para la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas.

Tal como he señalado anteriormente, la ley de colisión de ALEXY implica que cada colisión de principios sólo puede resolverse mediante el establecimiento de una *regla* que establezca un orden de prioridad condicionado entre los principios en colisión. De modo semejante, toda regla puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios.

Esta relación entre las reglas y los valores también ha sido apreciada en la teoría pura del Derecho de KELSEN. Una norma jurídica válida, en la teoría de KELSEN, «funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico» [57]. Cada norma, en el

---

[54] A. PECZENIK, «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992, 331.

[55] ALEXY, 2007b: 117.

[56] PECZENIK, 1992: 331.

[57] KELSEN, 1979: 30.

pensamiento de KELSEN, es el resultado de una valoración efectuada por quién la ha establecido. Sin embargo, este autor creía que todas las valoraciones serían necesariamente arbitrarias, por lo que las normas serían también actos de voluntad necesariamente arbitrarios[58]. Esta interpretación escéptica de la argumentación jurídica, típica del positivismo metodológico irracionalista, trae serias consecuencias para la práctica jurídica. La interpretación teleológica, por ejemplo, sería siempre arbitraria, ya que estaría guiada por valores también considerados arbitrarios. No podría jamás ser justificada de modo racional.

En la teoría de ALEXY, por el otro lado, la interpretación de las reglas jurídicas es siempre guiada por principios que también son jurídicos, a pesar de su contenido moral. La intersección entre el discurso jurídico y el discurso moral ocurre porque el contenido de estos principios está determinado por una argumentación constructivista que sigue pautas morales. Los principios actúan pues como los cánones más importantes para la interpretación y aplicación de reglas jurídicas, ya que en un sistema de reglas y principios jurídicos son éstos los que constituyen el fundamento jurídico y axiológico de aquéllas.

3.3. Los tipos de conflictos entre normas jurídicas en el Estado constitucional

Después de haber visto la interrelación entre reglas y principios, ya estamos en condiciones de analizar los conflictos entre las normas jurídicas que pueden dar lugar a la derrotabilidad (de las reglas jurídicas). Hay dos tipos de conflictos normativos en sentido amplio: el conflicto en sentido estricto y las colisiones.

Un *conflicto en sentido estricto* entre normas jurídicas ocurre cuando no se puede admitir la *validez* simultánea de las normas en conflicto en el mismo tiempo y en el mismo lugar. Puede haber conflictos en el sentido estricto en que participen tanto las reglas como principios jurídicos. Por ejemplo, una sociedad que consagre el principio de igualdad entre todos los seres humanos no puede aceptar un principio de discriminación racial que sostenga la superioridad de un grupo étnico sobre otro. Los conflictos de normas en sentido estricto se producen en la dimensión de la validez y sólo pueden ser resueltos por medio de la invalidación de una de las normas en conflicto.

Una *colisión*, por otra parte, es un tipo de conflicto en sentido amplio que es resuelto en la dimensión de la *aplicabilidad* y no más en la de la validez. Ambas normas superan la situación de conflicto manteniendo intocada su validez. El ejemplo clásico es la ponderación de los principios. Cuando el Tribunal Constitucional decide si está correcta o no una decisión que establece la obligación de pagar una indemnización por una ofensa al honor cometida en el ejercicio de la libertad de expresión, debe necesariamente ponderar los derechos fundamentales en ruta de colisión para establecer la regla a ser utilizada el caso en particular.

Como se muestra a continuación, las reglas no pueden entrar en colisión con otras reglas, ya que los conflictos entre este tipo de normas se resuelven con base en los criterios tradicionales de jerarquía, de la especialidad y de la norma más reciente. Esta

[58] KELSEN, 1979: 31.

circunstancia no excluye, sin embargo, la posibilidad de que una regla jurídica entre en colisión con un principio. Cuando eso ocurre, puede admitirse, eventualmente, la derrotabilidad de una regla jurídica. Por tanto, la derrotabilidad de las normas tiene un alcance mucho más limitado que la doctrina le ha comúnmente atribuido.

Existen diferentes tipos de conflicto en sentido estricto y de colisiones entre las normas jurídicas, que varían en función de la estructura de una norma jurídica y del nivel jerárquico de sus fuentes.

3.3.1. Conflictos normativos en el mismo nivel jerárquico

Los casos más sencillos se refieren a los conflictos normativos en sentido amplio que ocurren entre normas del mismo nivel jerárquico. En tales casos, los más frecuentes conflictos normativos en sentido amplio son los siguientes supuestos:

1. Conflicto (en sentido estricto) entre un principio y una regla.
2. Colisión entre un principio y otro principio.
3. Conflicto (en sentido estricto) entre dos reglas.
4. Conflicto (en sentido estricto) entre dos principios.

El primer supuesto (un conflicto entre un principio y una regla del mismo nivel jerárquico) suele ser resuelto por el predominio de la regla sobre el principio de igual jerarquía. La *pretensión de estabilidad* presente en las reglas jurídicas se manifiesta en su forma más intensa, vez que el legislador que ha establecido los principios jurídicos relevantes para el caso —el principio que justifica la regla y el principio con el cual él colisiona—, también ha establecido una relación de prioridad entre estos principios en el supuesto abarcado por la regla jurídica. La existencia de una norma del tipo regla implica, en sí misma, una decisión sobre la prioridad entre principios en colisión.

El segundo supuesto (en regla, una colisión de principios constitucionales) necesariamente es resuelta por el método de la ponderación. El resultado de una ponderación se determina por una serie de factores que incluyen: i) el grado de protección de un principio y el grado de restricción en el otro; ii) el peso abstracto de los principios que colisionan entre sí; iii) el grado de confiabilidad (a la luz de los parámetros de la ciencia y del conocimiento en un momento definido) de las premisas empíricas utilizadas para concluir que un principio particular está protegido o restringido; iv) el número de principios que justifican una u otra decisión, y v) en la hipótesis iv, la manera como interactúan los principios que apoyan a una decisión en particular (si sus pesos se suman o si se refuerzan mutuamente) [59].

[59] En sus escritos más contemporáneos, ALEXY desarrolló su modelo de ponderación y añadió a la versión primitiva de la ley de ponderación (según la cual el grado de interferencia en un principio debe estar compensado por al menos el mismo grado de fomento de otro principio) dos otros factores que deben entrar en el juego de la ponderación: el peso abstracto de los principios en colisión y la confiabilidad de las premisas empíricas utilizadas en la ponderación. Además, ALEXY explica también que puede volverse problemática la ponderación cuando dos o más principios interactúan en una única dirección y se suportan mutuamente (R. ALEXY, «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», *Revista Española de Derecho Constitucional,* trad. de C. Bernal Pulido, año 22, núm. 66, 2002, 13 y ss.). Tuve oportunidad de discutir dos de estos problemas (el problema de los pesos abstractos y el problema de la interacción unidireccional de principios) en un trabajo anterior [T. BUSTAMANTE, «Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: Um modelo funcional para

El tercer supuesto, a su vez, puede dividirse en dos. En el caso de los conflictos aparentes de normas jurídicas, el problema debe ser resuelto mediante el uso de los criterios de especialidad o, en el caso de enmiendas a la Constitución o de leyes posteriores, mediante el criterio cronológico. Por otra parte, en la hipótesis de un genuino conflicto —que no pueda ser resuelto mediante la aplicación de estos criterios— el intérprete puede valerse de los principios constitucionales generales para tratar de encontrar una solución conciliatoria y una interpretación que elimine la antinomia.

El cuarto supuesto, finalmente, suele ocurrir con más frecuencia en el plano de la legislación ordinaria y es relativamente raro en el nivel constitucional. Se aplican, aquí, las mismas directrices utilizadas para solucionar los conflictos entre reglas jurídicas, aunque sea más difícil identificar un conflicto en sentido estricto entre principios que un conflicto entre reglas. Un conflicto en sentido estricto entre principios jurídicos sólo tiene lugar cuando es imposible establecer un equilibro reflexivo (*cfr.* J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Belknap Press, 1970) entre las exigencias establecidas por esos principios, es decir, cuando la incompatibilidad entre dichos principios sea tal que la coherencia del ordenamiento se torne imposible mientras ambos principios permanezcan válidos. En el campo del Derecho laboral, por ejemplo, difícilmente podría admitirse la compatibilidad entre el principio de protección procesal de la parte mas débil, adoptado por muchos ordenamientos jurídicos, y un principio de interpretación de los contratos laborales que estableciera una prioridad de los métodos lingüístico y gramatical en la interpretación de las cláusulas contractuales. El primer principio sólo se armoniza con un principio de interpretación contractual que establezca una prioridad a la intención de los contrayentes y a la verdad real sobre la literalidad del texto de las cláusulas contractuales.

3.3.2. Los conflictos normativos en diferentes niveles jerárquicos

En caso de diferentes niveles jerárquicos, la admisión de la existencia de principios jurídicos genera un complejo problema, ya que el criterio jerárquico sólo funciona para resolver de manera conclusiva los conflictos que surgen en la dimensión de la validez.

Si nos limitamos a las situaciones de conflicto entre las normas consagradas en la Constitución y las normas consagradas en la legislación infraconstitucional (dejando de lado los precedentes judiciales y las normas emitidas por la Administración en el ejercicio de su potestad administrativa), podemos imaginar, al menos, las siguientes situaciones de conflicto en sentido amplio:

1) Conflicto (en sentido estricto) entre una regla constitucional y una regla infraconstitucional.
2) Colisión entre una regla constitucional y un principio infraconstitucional.
3) Conflicto (en sentido estricto) entre un principio constitucional y un principio infraconstitucional.

---

a argumentação jurídica?», en T. BUSTAMANTE (org.), *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 257 y ss.]. Sin embargo, el más completo análisis de estos problemas que conozco se encuentra en C. BERNAL PULIDO, «The rationality of balancing», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 92, 2006, 195 y ss.

4) Colisión entre un principio constitucional y un principio infraconstitucional.
5) Conflicto (en sentido estricto) entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional.
6) Colisión entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional.

Los casos 1), 3) y 5) se refieren a los conflictos en la dimensión de la validez de una norma jurídica (conflictos normativos en sentido estricto).

Los supuestos 1) y 3) se resuelven de manera relativamente sencilla: se aplica el criterio jerárquico y se desvalida por completo la norma infraconstitucional.

El supuesto 5), a su vez, se resuelve también por medio de la invalidación de la normas infraconstitucional, pero su solución no es obvia. Identificar un conflicto entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional es uno de los más difíciles desafíos para la de argumentación jurídica, porque la regla infraconstitucional suele ser considerada una norma de derecho fundamental adscrita que es producto de una colisión entre principios constitucionales. El *quid* de la dificultad radica en el hecho de que los principios constitucionales admiten expresamente su restricción por parte del legislador infraconstitucional. Si bien el legislador puede violar este principio si lo restringe de forma irracional o incompatible con los requisitos procedimentales establecidos por la máxima de la proporcionalidad, el principio democrático establece una presunción de legitimidad en favor de las restricciones establecidas por el legislador.

Cualquiera que defienda la inconstitucionalidad de una restricción a un principio constitucional debe demostrar que el legislador, al comparar este principio con el principio que justifica la regla restrictiva, ha ido más allá de los límites del margen de libre apreciación fijado por la Constitución. Este margen de acción, como hemos visto, está determinado por los principios que intervienen en la ponderación. Debe considerarse, por tanto, los principios en curso de colisión (el principio restringido, así como el principio que fundamenta la regla restrictiva), y esta ponderación puede llevar a tres situaciones: i) la restricción está concluyentemente determinada por la Constitución en este caso, es decir, puede inferirse directamente de la Constitución la conclusión de que el principio P1 debe ser restringido con base en P2; ii) la restricción es concluyentemente prohibida por la Constitución, es decir, en el momento de la ponderación de P1 y P2 se puede determinar con seguridad que el principio restringido tiene peso superior al principio que justifica su restricción, y iii) la restricción no está ni concluyentemente prohibida ni tampoco concluyentemente permitida por las normas de derecho fundamental establecidas por la Constitución. En este último caso, que incluye la gran mayoría de los supuestos, nos enfrentamos al *margen de libre apreciación del legislador*, y, por tanto, la regla infraconstitucional debe prevalecer sobre el principio constitucional que con ella aparentemente ha entrado en conflicto.

Las supuestos 2), 4) y 6), a su vez, se refieren a cuestiones de aplicabilidad de las normas jurídicas, por lo que la decisión de excluir la aplicación de una norma no afecta su validez.

El caso 2) se refiere a una delimitación del ámbito de aplicabilidad del principio infraconstitucional. La regla constitucional excluye la aplicación del principio en los casos delimitados por ella, aunque el principio permanezca capaz de generar razones contributivas para la decisión de los casos no cubiertos por el supuesto de hecho de la regla.

El caso 4) normalmente se resuelve por la regla de prioridad del principio constitucional sobre el principio infraconstitucional. Esta directiva, sin embargo, no es absoluta. Lo que se puede tomar como una regla general es que *el peso abstracto del principio* constitucional es considerablemente mayor que lo del principio infraconstitucional que entra en colisión con él. Aunque sean raros los casos en que un principio infraconstitucional aisladamente considerado pueda prevalecer sobre un principio constitucional [60], el principio infraconstitucional puede tener una importante relevancia cuando se asocia con un principio constitucional que contribuye a la misma decisión por él sugerida. Es posible que este principio, especialmente en los casos de omisión u oscuridad en la legislación positiva, contribuya de forma decisiva a la solución de una colisión entre principios constitucionales.

El caso 6), por último, se refiere a los casos típicos de derrotabilidad. El principio constitucional P1 no genera ninguna razón para que sea declarada la invalidez de la regla R, sino apenas para introducir una excepción en su hipótesis de incidencia. En este caso, puede hablarse de una ponderación entre P1, que fundamenta la excepción, y el principio P2, que se encuentra por detrás de R y le sirve de base axiológica. P2 tendrá siempre a su lado los principios formales como el principio de la seguridad jurídica y el principio de la democracia, que establecen la regla de la vinculación del juez al legislador positivo. Sin embargo, los casos anormales o genuinamente extraordinarios pueden justificar la creación de una regla excepcional que derrote la norma R.

El supuesto 6), que comprende los casos auténticos de derrotabilidad, sólo puede resolverse con la prioridad del principio constitucional sobre la regla infraconstitucional cuando se admita una decisión *contra legem* [61]. Consideremos, pues, las características definitorias de este tipo de decisiones.

3.4. La derrotabilidad y las decisiones *contra legem*

Podemos decir que admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas implica admitir, sin tabúes y eufemismos, la existencia de decisiones *contra legem*. Aunque pesa

[60] Aunque raramente, puede imaginarse la hipótesis de que un principio infraconstitucional sea vulnerado en una extensión grave o gravísima y el principio constitucional sea apenas arañado, de suerte que la interferencia en su ámbito de aplicación sea considerada leve o levísima. En un caso de esta naturaleza no es absurdo imaginar que un principio infraconstitucional pueda prevalecer sobre un principio de jerarquía superior.

[61] Es posible pensar también en colisiones (y no sólo conflictos en sentido estricto) entre principios y reglas que se hallan en el mismo nivel jerárquico, cuando ambas pertenezcan a la misma Constitución. La solución para este tipo de colisión debe favorecer, con rarísimas excepciones, la regla jurídica establecida en la Constitución. Admitir la derrotabilidad de una regla constitucional implica no sólo una decisión *contra legem*, sino una decisión *contra* el sentido literal de la Constitución. ¿Es posible justificar jurídicamente este tipo de decisión? Para los lectores que estén convencidos de las tesis defendidas en este ensayo, esta cuestión probablemente es un tema interesante para futuras investigaciones. Mi impresión inicial es que la diferencia entre los casos de colisiones entre principios y reglas constitucionales, por una parte, y las colisiones entre principios constitucionales y reglas infraconstitucionales, por otra parte, está en el hecho de que se impone sobre los primeros una carga de argumentación mucho más elevada. No obstante, aunque teóricamente fuera admitida la posibilidad de decisiones contra una regla constitucional con fundamento en un principio constitucional, la carga de argumentación que pesaría sobre la pretensión de decidir contra una regla de la Constitución sería tan intensa que difícilmente podría encontrarse un ejemplo de este tipo de caso en la jurisprudencia de los tribunales.

sobre este tipo de decisión una pesada carga de la argumentación, los muchos ejemplos citados en la literatura jurídica y encontrados en las decisiones judiciales dictadas en los casos difíciles demuestran que ellas son parte del universo de problemas jurídicos que enfrentan los juristas prácticos.

Si se acepta la tesis del caso especial y el argumento de que la pretensión de corrección de una norma jurídica abarca tanto su validez con arreglo a criterios jurídico-institucionales cuanto su corrección práctico-racional, es posible imaginar una serie de situaciones donde la aplicabilidad de una norma puede ser rechazada debido a que el grado de injusticia que vendría de su aplicación mecánica hace que el componente sustancial (práctico-discusivo) de la pretensión de corrección del Derecho prevalezca, en el caso particular, sobre el componente formal (institucional en el sentido estricto).

Si toda regla es el resultado de una ponderación de principios y en consecuencia trae consigo un principio que es su *ratio* o justificación, entonces no es razonable aplicar esta regla cuando puede concluirse de forma segura que esta justificación o fundamento no tendría prioridad en este caso si hubieran sido previstas ciertas peculiaridades que no eran y no podían ser conocidas por el legislador en el momento de la promulgación de la ley. Una decisión *contra legem* puede ser justificada si se puede establecer que, aunque una regla R no sea inconstitucional, su *aplicación* en este caso particular conduce a una inconstitucionalidad [62].

Una decisión *contra legem* puede definirse como una decisión que establece una excepción a una regla jurídica N, en presencia de las siguientes condiciones: i) N es una norma de tipo regla, no un principio jurídico; ii) N está expresa en una ley o en otra fuente formal del Derecho con nivel jerárquico equivalente; iii) los significados mínimos o literales de las expresiones utilizadas por el legislador no permiten extraer del texto que sirve de base a N una norma alternativa que no sea desafiada por esta decisión; iv) la decisión no reconoce la invalidez de N, sino que aleja su aplicación a una situación en la que es aplicable; v) no hay duda de que los hechos que condujeron a la decisión puedan ser subsumidos en N; vi) la autoridad que adopta esta decisión establece una norma individual formulada en términos universales, y vii) la decisión plantea una pretensión de juridicidad para esa norma individual.

Conviene una breve explicación de los elementos de esta definición. Cuando se dice que la regla derrotada es una norma del tipo regla i), se refiere a la mencionada circunstancia de no poseyeren los principios un supuesto de hecho determinado, por lo que no se puede hablar de una excepción a su supuesto de hecho. Un principio establece un valor que ha de ser buscado o un fin a concretizar. Por tanto, ellos deben ser optimizados antes de que pueda determinarse con seguridad las consecuencias que les siguen. La característica ii), a su vez, se refiere a la jerarquía de la fuente formal del Derecho en que la norma derrotada debe estar establecida. Sólo se vuelve problemático decidir en contra del texto de una norma jurídica cuando se reconoce una vinculación general a esta norma. Una decisión *contra legem* es siempre una decisión difícil, porque a favor de la legislación juegan el principio democrático y la presunción de legitimidad de las leyes. El carácter problemático desaparece, sin embargo, si no está presente la característica iii). Una decisión *contra legem* sólo se hace necesaria

[62] J. S. M. Borges, *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, São Paulo, Malheiros, 1999, 93.

cuando no es posible interpretar el dispositivo legal que prevé la norma rechazada de manera que se extraiga una norma distinta que permita decidir de forma correcta el caso particular sin forzar los límites semánticos determinados por el texto que constituye el objeto de la interpretación. La circunstancia iv), a su vez, limita el universo de los conflictos que pueden ocurrir en una decisión *contra legem*. Un conflicto normativo en sentido estricto, que ocurre en la dimensión de la validez, genera la eliminación de una norma, mientras que una colisión comprende conflictos que surgen en la dimensión de la aplicabilidad. La decisión deja de ser *contra legem*, para convertirse en una declaración de inconstitucionalidad, cuando pasa a discutir la validez general de la norma alejada v), del mismo modo, es una característica constitutiva de las decisiones *contra legem*. Sólo se puede decidir *contra* una regla si no hay dudas de que los hechos del caso son subsumibles en la moldura de la norma jurídica. La circunstancia iv), por otro lado, se refiere al principio de la universabilidad. Toda decisión judicial, para ser justificada, debe ser redactada en términos universales. Deben presentarse sus conclusiones como emanando de una regla que puede ser generalizada y debe ser repetida en todos los casos similares, bajo pena de grave vulneración de los principios generales de la imparcialidad y de la justicia formal. La norma especial establecida para justificar la derrotabilidad es una regla que se repite por fuerza de vinculación al precedente judicial. Por último, la circunstancia vii) es lo que determina el carácter jurídico de una decisión *contra legem*.

Una decisión *contra legem* deja de ser un caso de «aplicación del Derecho» para convertirse en una usurpación de las prerrogativas de la autoridad que la profiere si falta la pretensión de juridicidad para una norma excepcional que se formula (en términos universales) para derrotar a la regla legislativa en el caso particular. Esta pretensión de juridicidad es algo que tiene que ser *fundamentado* o *rescatado* en un discurso o en una argumentación racional a partir de un principio que ofrece una serie de *razones contributivas* para la decisión que acepta una excepción [63]. Como se trata de una pretensión, no hay ninguna garantía de que esta decisión pueda ser considerada legítima al final del proceso de argumentación. Para reconocer la posibilidad de decisiones *contra legem* —sin lo que no se puede hablar de derrotabilidad de las normas jurídicas— es necesario reconocer no sólo que HART tenía razón al describir el Derecho como *práctica social* [64], sino que DWORKIN también tiene razón al calificar esta práctica social como una práctica *argumentativa* [65].

Decir que el Derecho es argumentativo implica que sus contenidos no están completamente determinados ni son «descubiertos» según un método empírico o analítico que nos permite reconocer las convenciones sociales o derivar enunciados por la vía de la deducción lógica. Una práctica social argumentativa reflexiona necesariamente sobre sí misma y está abierta a incorporar las críticas que se le dirijan. Es a través del reconocimiento del carácter argumentativo del Derecho que los principios se vuelven relevantes. Y ésta es la diferencia fundamental entre, por ejemplo, KELSEN y ALEXY. KELSEN considera las normas como resultado de un acto de voluntad que no puede ser racionalizado (no existe razón práctica), mientras ALEXY ve las normas como re-

[63] PECZENIK y HAGE, 2000.
[64] H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, OUP, 1994.
[65] R. DWORKIN, *Law's Empire*, 11.ª ed., Cambridge, MA, Belknap, 2000.

sultado de un discurso de justificación racional que obedece a un conjunto de reglas de argumentación que garantizan un cierto grado de racionalidad para las decisiones. Este proceso de argumentación, sin embargo, es guiado y dirigido por principios que, a pesar de su elevada dosis de indeterminación, la cual brota de su contenido moral, poseen el más alto grado de normatividad.

Sin duda los principios hacen que la ciencia jurídica se vuelva mucho más compleja de lo que imaginan los positivistas, y los casos de aplicación del Derecho más difíciles de lo que parecen en los libros de teoría jurídica tradicional. Hacen también que la aplicación de las normas sea mucho más problemática. En ese sentido, recordemos los casos de «ilícitos atípicos» que han sido recientemente objeto de un importante estudio de M. Atienza y J. Ruiz Manero. Para estos autores, los ilícitos atípicos son conductas que, aunque se conformen a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico y no planteen problemas desde el punto de vista formal, «son contrarias a un principio»[66]. Ilícitos atípicos como el «abuso de Derecho», el «fraude de ley» o el «desvío de finalidad» se presentan necesariamente en conformidad con la literalidad de una regla jurídica, pero deben ser invalidados porque un principio superior, que suele estar positivado en la Constitución (aunque su contenido sólo puede determinarse por medio de un discurso práctico de justificación), es suficientemente importante en el caso para justificar una nueva regla adscrita que excluye un determinado conjunto de circunstancias fácticas del marco genérico de una norma jurídica.

La existencia de decisiones *contra legem* es inevitable en cualquier estado neoconstitucionalista. Su justificación es el problema más difícil de la filosofía del Derecho. Y la práctica jurídica, por supuesto, también es sensible a los argumentos que predominan en el discurso filosófico acerca de la derrotabilidad.

[66] M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.