

XIII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA
EMPRESA

11/06/2010

FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

PONENCIA: PRINCIPIOS, REGLAS Y OTROS MISTERIOSOS POBLADORES DEL MUNDO JURÍDICO. UN ANÁLISIS (PARCIAL) DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY

Prof. Dr. Juan Antonio García Amado



**Fundación
Internacional
de Ciencias
Penales**

**PRINCIPIOS, REGLAS Y OTROS MISTERIOSOS POBLADORES DEL MUNDO
JURÍDICO. UN ANÁLISIS (PARCIAL) DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY.**

Dr. Juan Antonio García Amado. Universidad de León

SUMARIO.

0.- Explicación preliminar. 1. La Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy paso a paso. 1.1.- Concepto semántico de norma y normas adscritas.- 1.2.- Principios y reglas. Una diferencia tan crucial como evanescente. 1.2.1.- Conflictos entre principios y reglas. 1.2.2.- Más colisiones y mayores misterios. 1.2.3.- ¿Reglas o principios? A gusto del aplicador. 1.2.4.- “Ley de colisión” y colisiones sin ley. 1.2.5.- Un ejemplo de Alexy: la Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre incapacidad procesal. 1.2.6. El vaivén de las reglas adscritas. 1.3.- ¿Cómo mandan las reglas y los principios? 1.4.- ¿Existen las reglas? 1.5.- ¿De dónde vienen los principios? 1.6.- ¿Hay principios absolutos e imponderables? 2.- Algunas dudas sobre el constructivismo de Thomas Bustamante.

0. Explicación preliminar

En su trabajo “Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones contra legem”, contenido en este libro, mi buen amigo Thomas Bustamante realiza una esmerada y detallada crítica tanto de mi escrito sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas (también recogido en este volumen), como, más allá, de las ideas que he plasmado en diversos trabajos anteriores y que dan cuenta de mi escepticismo ante el neoconstitucionalismo y el principialismo que hoy inspira buena parte de la teoría jurídica, bajo la destacada influencia de Robert Alexy. El escrito del profesor Bustamante está lleno de sugerentes consideraciones que merecen la mayor atención y, sin duda, un buen debate. Desde luego, es mi propósito continuar tal discusión, que no es nueva y que, en lo que a mis ideas concierne, me aclara y me enriquece. Sin embargo, aquí y ahora me parece más oportuno seguir lo que podríamos llamar una estrategia indirecta, que paso a justificar.

En el fondo de nuestra amable discusión tiene presencia central la teoría de las normas y su aplicación de Alexy, autor que es sustento muy principal de la postura de Thomas Bustamante y respecto del cual, al menos en lo que a esos concretos asuntos respecta, mantengo una considerable distancia crítica. De ahí mi preferencia, en este instante, por entrar de frente en el análisis crítico de la teoría alexyana de las reglas y los principios y en el examen de algunas de sus consecuencias. Pienso que así quedarán más claras las razones que a Thomas Bustamante y a mí nos separan, sin perjuicio, por supuesto, de que en algún momento debamos proseguir nuestro debate particular sobre los argumentos de cada uno de nosotros. Solamente dedicaré aquí un breve apartado final al comentario de algunas dudas fundamentales que me suscita la doctrina presentada por el profesor Bustamante, dejando otros pormenores de su postura y la mía para sucesivas entregas de nuestro intercambio.

Explicado así el plan de este artículo, he de hacer algunas aclaraciones adicionales. Lo que aquí anticipo es el resultado parcial de un trabajo en curso sobre la obra de Alexy. Por razones prácticas, de tiempo y de extensión, mi análisis en este momento se presenta circunscrito a lo que Alexy expone en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, pero ni siquiera en toda su extensión, sino sólo en referencia a sus tres primeros capítulos, si bien tampoco entraré en el detalle del último de los epígrafes del capítulo tercero, referido a “La teoría de los principios y la teoría de los valores”. Procederé pegado al análisis de los textos de Alexy en los referidos capítulos y no me detendré en el contraste con o los matices de otros escritos del mismo autor. Igualmente, me abstendré aquí de la cita de cualquier bibliografía secundaria, de la mucha e importante que sobre el tema existe. Por último, procuraré no repetir, salvo en aspectos que considero esenciales, lo que sobre otros extremos de la doctrina de Alexy sobre los principios, y especialmente sobre la ponderación, he expuesto en otros lugares, a los que me permito remitir al lector interesado.

1. La Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy paso a paso

1.1. Concepto semántico de norma y normas adscritas

En su *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy establece el que denomina un “concepto semántico de norma” (TDF, 33ss). Su punto esencial está en la distinción entre norma y enunciado normativo. La norma sería “el significado de un enunciado normativo” (TDF, 34).

Como ejemplo de enunciado normativo trabaja Alexy con el siguiente, correspondiente al artículo 16 párrafo 2 frase uno de la Ley Fundamental alemana:

(1) “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”

Dicho enunciado, según Alexy, “expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de alemanes al extranjero” (TDF, 34). “La misma norma -explica Alexy- puede ser expresada por medio de diferentes enunciados normativos” (TDF, 34). Por ejemplo, esa norma contenida en el mencionado enunciado normativo puede también expresarse mediante los siguientes enunciados normativos (TDF, 35):

(1´) “Está prohibido extraditar alemanes al extranjero”

(1´´) “Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero”.

En esos enunciados se contienen expresiones deónticas como “prohibido” o “no pueden”, pero también cabe que las normas sean “expresadas sin recurrir a tales términos”, por ejemplo así:

“Los alemanes no serán extraditados al extranjero”.

En consecuencia, parece que un enunciado encierra una norma cuando es traducible a otro enunciado que contiene “modalidades deónticas” como prohibido, permitido u obligatorio. ¿Cuándo podemos decir que un enunciado expresa una norma? Según Alexy, por razón del contexto; es decir, son “criterios pragmáticos” los determinantes “para identificar a algo como una norma”. O sea, “lo que hay que identificar es una entidad semántica, es decir, un contenido de significado que incluye una modalidad deóntica” (TDF, 36). En los anteriores enunciados (1), (1´) y (1´´) la norma expresada será la misma, pues es la misma la “entidad semántica”.

La relación entre enunciado normativo y norma se corresponde con la que se da entre enunciado proposicional y proposición (TDF, 37).

En la actual Teoría del Derecho es relativamente común distinguir entre enunciado y norma, aunque no siempre con el alcance que Alexy establece. Por ejemplo, la llamada Escuela de Génova sigue a Tarello, al diferenciar entre enunciado y norma. La norma sería la proposición que atribuye al enunciado (normativo) un concreto significado, de modo que la norma resulta de la interpretación del enunciado. Para esta doctrina no hay

correspondencia biunívoca entre enunciado y norma (proposición), pues una misma norma puede expresarse mediante distintos enunciados y un mismo enunciado puede dar lugar a distintas normas, tantas como interpretaciones posibles del mismo. Alexy subraya lo primero, pero no hace referencia a lo segundo. Luego examinaremos el porqué y las posibles consecuencias de ese planteamiento de Alexy.

Alexy pretende en su Teoría de los derechos fundamentales elaborar una teoría de las normas de derecho fundamental. Si se tratara nada más que de identificar los enunciados normativos de derechos fundamentales presentes en la Constitución, bastaría con ver cuáles se refieren a lo que la misma Constitución o la doctrina que se prefiera denomine derechos fundamentales. El problema estriba en la indeterminación semántica de dichos enunciados, pues muy a menudo no se sabe exactamente a qué aluden o a qué comprometen. Lo primero lo denomina Alexy apertura semántica y lo segundo lo llama apertura estructural. Trabaja Alexy con el siguiente ejemplo, sacado del art. 5 párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental, que dice así (a este enunciado lo llamaremos E):

(E) “[...] la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”

La apertura semántica alude a la indeterminación de expresiones como “ciencia”, “investigación” y “enseñanza”. La apertura estructural tiene que ver con que de ese mandato contenido en esa norma “no se infiere si este estado de cosas [la libertad de la ciencia, la investigación y la enseñanza] ha de alcanzarse mediante acciones del Estado o por medio de omisiones del Estado, ni si la existencia o la creación de este estado de cosas presupone o no la atribución a los científicos de derechos subjetivos relativos a la libertad científica” (TDF, 50).

¿Cuántas normas se contienen en el citado enunciado normativo recogido en el art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental? Desde una concepción muy estrictamente lingüística de las normas jurídicas, podría afirmarse que sólo una, la directamente expresada por ese texto. Sería sólo una norma, aunque sea una norma fuertemente indeterminada. Desde una doctrina que, como la italiana citada, diferencie entre disposición o mero enunciado normativo, y norma, como resultado de la elección de una interpretación posible de aquel enunciado originario o disposición, la respuesta sería así: en el aludido enunciado normativo caben tantas normas como interpretaciones posibles de sus términos.

Alexy no sigue ninguno de esos dos caminos, pues cree que en ese enunciado se contienen más normas que la directamente expresada en él: se contienen también normas adscritas. El problema es el siguiente: para poder solucionar, por ejemplo, la indeterminación estructural en nuestro ejemplo, es necesario concretar mediante afirmaciones como ésta, que Alexy toma de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán referida a una ley de educación superior integrada en Baja Sajonia (TDF 50-51). Llamaremos nosotros P a ese nuevo enunciado normativo:

(P) “El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el desarrollo libre de la ciencia y su transmisión a las futuras generaciones, para lo cual debe facilitar los medios personales, financieros y de organización”.

Para cualquiera de las doctrinas que hace un momento mencionábamos, se trata de un enunciado interpretativo. El tribunal que lo emite ha realizado una interpretación que precisa el enunciado originario (E) en lo que interesa para poder resolver el problema concreto que se plantea en el caso, el de los medios que ha de facilitar el Estado para la ciencia. Al margen de que, si se quiere, pueda verse ahí también un nuevo enunciado normativo contenedor de una norma, en lo que de norma tengan las sentencias. Otra cosa es la posible discrepancia terminológica, según a lo que se llame disposición, norma e interpretación. En cambio, Alexy no ve así las cosas. Para Alexy se trata de una norma adscrita. Y aquí es sumamente importante el matiz. Norma adscrita no es aquella que el intérprete construye eligiendo discrecionalmente una interpretación y tratando de apoyarla en las razones que a él lo convengan y que, al tiempo, estime convincentes para cualquier observador imparcial. No, las normas adscritas son normas que “están ahí”, que, como normas y en toda su extensión de normas, subyacen a aquellos enunciados normativos originarios. En (P), por ejemplo, el Tribunal habría dado con una norma adscrita, con una norma que es desarrollo lógico y necesario del enunciado normativo originario contenido en aquel artículo de la Ley Fundamental.

Dice Alexy de tales normas, que tienen “una relación más que casual con el texto de la Constitución”, “son necesarias cuando debe aplicarse a casos concretos la norma expresada por el texto de la Constitución. Si no se presupusiese la existencia de este tipo de normas, no sería claro qué es aquello que, sobre la base del texto constitucional (es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido.

La relación de este tipo, que tienen las normas mencionadas con el texto constitucional, será llamada <<relación de precisión>>” (TDF, 52).

¿Qué significa “relación de precisión”? Si yo le digo a un interlocutor “Dame el lápiz” y son varios los lápices, mi interlocutor me pregunta cuál debe darme, y yo le digo “Dame el lápiz rojo”, entre mis dos enunciados hay una “relación de precisión”, pues el segundo precisa o aclara el significado del primero. Pero el segundo no está implicado en el primero, salvo que lo que cuente sea nada más que mi intención, lo que no es el caso cuando hablamos de la relación entre enunciados jurídicos originarios y enunciados que los “precisan”. De la misma manera, entre (E) y (P) hay una “relación de precisión”, no en el sentido de que sea “precisamente” (P) la norma implícita en (E), sino que se trata de un enunciado interpretativo que el Tribunal realiza al optar por una de las interpretaciones posibles de (E). Si a (P) lo llamamos norma, es una norma adscrita, en el sentido de que el Tribunal la adscribe a (E), no en el sentido de que sea la norma que ya estaba presente en (P) y que el Tribunal descubre y meramente explicita. Salvo que entendamos que hay tantas normas adscritas de (E) como interpretaciones posibles de (E), con lo cual el concepto de norma adscrita pierde toda la fuerza que en la doctrina de Alexy se pretende y no sería más que un sinónimo de “norma que es posible extraer de (E) mediante una decisión interpretativa”.

La clave de lo que supone el concepto de norma adscrita en Alexy la brinda la siguiente afirmación: “Una norma adscrita 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 iusfundamental correcta” (TDF 53). ¿Qué significa “fundamentación iusfundamental correcta”?

Primeramente, veamos con qué alcance se puede hablar de normas adscritas (zugeordnet, en la terminología de Alexy). Diferenciamos varios supuestos. Pongamos un enunciado originario del tenor siguiente:

(E1) Se prohíbe la circulación de vehículos de motor por las calles de Madrid durante la noche.

Si alguien en un caso se planteara si a medianoche puede circular por las calles de Madrid un coche, tendría pleno sentido responder que está implícito que los coches, en

cuanto vehículos de motor, no pueden circular ni a las doce de la noche, ni a la una ni a las dos de la madrugada. ¿Y a las siete de la tarde un día de finales de octubre? Depende de cómo se interpreta “noche”. Si un tribunal afirma, al resolver este último caso, que por noche se ha de entender la franja de tiempo que va desde que el sol se pone tras el horizonte hasta el momento en que vuelve a aparecer por el horizonte, no podemos decir que la norma resultante estaba implícita en (E1), pues también cabría haber interpretado, sin vulnerar la semántica de “noche” en (E1) que por noche se entiende el periodo de tiempo en que no hay ningún tipo de luz solar. Según que la interpretación sea la una o la otra, será distinta la solución del caso en aplicación de E1. ¿Están esas dos normas, resultantes de las dos interpretaciones alternativas, implícitas en E1? No. A no ser que queramos afirmar que en E1 hay tantas normas implícitas como interpretaciones posibles de “noche” (y de “calles”, “vehículo de motor”, “circulación”...). Con la otra terminología, las dos normas alternativas pueden ser adscritas, pero ninguna de ellas es “la” norma adscrita. ¿Y cuál de las dos interpretaciones será más correcta? En principio, las dos son posibles y ninguna vulnera el Derecho por violentar la semántica de los términos de E1. Distintos sujetos o diferentes jueces pueden tener una u otra preferencia y se considerará correcta la interpretación que esté justificada mediante argumentos admisibles y válidos para alejar la sospecha de arbitrariedad del que decide. Mas parece que no es éste el punto de vista de Alexy, si bien sus consideraciones al respecto son particularmente oscuras.

Alexy, refiriéndose a las normas iusfundamentales (aunque seguramente hay que suponer que su tesis tiene alcance para todo tipo de normas jurídicas) señala, como hemos visto, que norma iusfundamental adscrita sólo será la que posea “una fundamentación iusfundamental correcta”, lo cual “depende de la argumentación de derecho fundamental que sea posible aducir a su favor” (TDF 53-54). Puede haber distintas normas candidatas a ser normas iusfundamentales adscritas, y esto “significa que, en muchos casos, existe incertidumbre acerca de qué normas son normas de derecho fundamental” (TDF, 54). Es más, “las reglas de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un único resultado” (TDF, 54). ¿Quiere decirse que depende de la decisión discrecional del juez la adscripción de una u otra norma? Parece que Alexy rechaza tal tesis. Oigámoslo:

“Puede, por lo tanto, presentarse el caso de que sean posibles fundamentaciones igualmente buenas para dos normas recíprocamente incompatibles N1 y N2. ¿Deben entonces valer tanto N1 como N2 como normas de derecho fundamental? Esta posibilidad debe rechazarse. Para poder fundamentar esta negativa, el concepto de fundamentación iusfundamental correcta, utilizado en el criterio presentado más arriba, debe entenderse en el sentido de que una fundamentación de la adscripción de N1 que, tomada en sí misma, sería correcta, pierde su carácter de correcta si N2 puede ser fundamentada de una manera igualmente correcta. En este caso, ningún candidato a la adscripción vale como norma adscrita. Por ello, un tribunal que considere que N1 y N2 están igualmente fundamentadas, no puede apoyarse en una norma a la que pueda considerar como válida, a causa de su capacidad para ser fundamentada correctamente, sino que tiene que adoptar una decisión dentro de un ámbito abierto desde el punto de vista de la validez” (TDF, 54, nota 56).

Es decir, si el juez decide discrecionalmente entre dos opciones interpretativas que caben por igual y pueden estar respaldadas por buenas razones, eso significa que no hay norma adscrita; pues si hay norma adscrita, el juez puede descubrirla al descubrir las mejores razones que la sostienen. No se trata de argumentar razonablemente la elección, sino de elegir la alternativa que en sí tiene las mejores razones. Vemos cómo la argumentación cobra tintes más demostrativos que puramente justificativos; ya no es el medio para la exclusión de la irracionalidad, sino para la plena efectividad de la racionalidad propia de una razón práctica entendida en sentido fuerte.

El parentesco con Dworkin comienza a hacerse patente. Y los problemas serán similares, salvando las distancias que haya que salvar, a los que plantea la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta. Si lo que Alexy quiere indicar es que el juez no puede limitarse a afirmar que las dos alternativas interpretativas son igualmente razonables, absteniéndose en consecuencia de preferir una u otra, estamos ante una pura trivialidad. Pero tampoco se pretende que el juez elija discrecionalmente una de las interpretaciones y dé las mejores razones que se le ocurran, pues en ese caso no estaría encontrando la norma verdaderamente adscrita, sino adscribiendo él la que razonablemente le parece mejor. El juez ha de destapar la norma que es verdaderamente “la” adscrita, y la encontrará comprobando la mayor potencia de las razones en su favor. Norma adscrita es la que está sustentada por la razón, y sólo ésa. En el caso de las

normas iusfundamentales, dice Alexy que se trata del “descubrimiento de nuevas normas de derecho fundamental” (TDF, 54, nota 57. La cursiva es nuestra).

En este marco reaparece el papel del “caso especial” dentro de la racionalidad práctica general. Recuerda también aquí Alexy que en el razonamiento habrá que tomar en consideración aspectos tales como “el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales” o “los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal”, pero también “los argumentos prácticos generales”. Esto, traducido a términos operativos, viene a decir que son dignas de consideración la letra de la disposición constitucional o lo que vengan opinando la doctrina o la jurisprudencia, pero que, en última instancia, en caso de contraste entre esos elementos (lo que diga la disposición o lo que vengan diciendo o decidiendo unos u otros) y la justicia, la justicia ha de ganar. Porque, a fin de cuentas, norma adscrita será la que demande la justicia, y la interpretación injusta no podrá engendrar una norma adscrita; pues el asunto no es, más allá de la superficie, un asunto de interpretación, sino de descubrimiento, a través de la razón práctica, de lo que como derecho fundamental imponga la justicia. También por eso llega a mantener Alexy que puede haber disposiciones de derechos fundamentales que no sean propiamente normas de derecho fundamental, por faltarles la fundamentación iusfundamental correcta. Hasta ese punto la letra (y la voluntad del legislador o del constituyente) cede ante la razón práctica, esto es, ante la justicia.

Alexy sintetiza su teoría de las normas iusfundamentales adscritas así: “Cada cual puede afirmar con respecto a cualquier norma, que ella debe ser adscrita a las disposiciones de derecho fundamental. No obstante, su afirmación acerca de la existencia de norma de derecho fundamental tendrá como objeto una norma de derecho fundamental, sólo si ella se lleva a cabo conforme a derecho. Esto será así, si a favor de esta adscripción es posible aducir una fundamentación iusfundamental correcta” (TDF, 56). Entendemos, pues, que una norma iusfundamental adscrita sólo es tal si es conforme a Derecho, y conforme a Derecho es sólo si reúne dos condiciones: que está dotada de una “fundamentación iusfundamental” y que sea “correcta”. Naturalmente, todo dependerá de en qué consista una auténtica “fundamentación iusfundamental” y de cuál sea el parámetro de su corrección.

1.2. Principios y reglas: una diferencia tan crucial como evanescente

1.2.1. Conflictos entre principios y reglas

Un asunto capital en Alexy es la relación entre reglas y principios. Después de definir los principios como mandatos de optimización, es decir, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible” (TDF, 67), afirma que “[E]l ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos” (TDF, 68). Es decir, lo que determina el grado en que en un caso un principio pueda cumplirse es, además de los datos fácticos, la colisión con otros principios o reglas. Y ésta es la explicación de tal limitación de los principios por las reglas: “En la restricción de la realización o satisfacción de principios por medio de reglas, hay que distinguir dos casos: (1) La regla R que restringe un principio P vale estrictamente. Esto significa que tiene validez una regla de validez R' que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de P. Puede suponerse que en los ordenamientos jurídicos modernos, en todo caso, no todas las reglas se encuentran bajo una regla de validez de este tipo. (2) R no tiene validez estricta. Esto significa que es válido un principio de validez P' que, bajo determinadas circunstancias, permite que P desplace o restrinja a R. Estas condiciones no pueden ya estar satisfechas cuando en el caso concreto la satisfacción de P es más importante que la del principio PR que, apoya materialmente a R, pues entonces P' no jugaría ningún papel. Se trataría sólo de saber cuál es la relación entre P y PR. P' juega un papel cuando para la precedencia de P se exige no sólo que P preceda al principio PR que apoya materialmente a R sino que P es más fuerte que PR junto con el principio P', que exige el cumplimiento de las reglas y, en este sentido, apoya formalmente a R” (TDF, 68, nota 24).

Analicemos las implicaciones de dicha tesis sobre la relación entre reglas y principios.

- Cuando una regla R restringe un principio P y, correlativamente, no puede ser restringida por P, se dice que dicha regla “vale estrictamente”. ¿Y por qué vale de ese modo? Porque existe una “regla de validez R' que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de P”. Lo decisivo, por tanto, es esa “regla de validez R'” ¿En qué parte del sistema jurídico se encuentra esa regla de validez R'? ¿Cómo se establece esa regla de validez R'? No es una propiedad que posean todas las reglas, pues, si así fuera, todas las reglas tendrían prioridad sobre los principios. Sólo algunas reglas están respaldadas por dicha “regla de validez”: las que pueden vencer a cualquier principio que entre en conflicto con ellas. No está, por tanto, dicha regla de

validez en la estructura de todas las reglas. Lo que se daría sería un modo diferente de “valer” unas reglas u otras: las unas incondicionalmente y las otras bajo condición de que no se enfrenten con un principio que “valga” más que ellas. Y, puesto que se trata de una propiedad de sólo algunas reglas, y mientras no se pueda -Alexy no puede- señalar una nota estructural dirimente, no queda más que una salida: es una cualidad moral la que marca la diferencia y dicha cualidad depende por entero de la atribución de valor moral que realice el analista, intérprete o aplicador. La cualidad de ser inderrotable por los principios se la imputa a una regla el intérprete en función de preferencias morales. En otros términos, una regla es inderrotable por un principio cuando está sostenida en un principio moral de carácter supremo.

- Frente a la afirmación, hoy tan corriente, de que las normas jurídicas son derrotables, Alexy vendría a poner de relieve que algunas normas son inderrotables, concretamente esas reglas respaldadas por “una regla de validez R”.

- Cuando un principio P se impone sobre una regla R, desplazándola o restringiéndola, se da un juego de pesos entre varios principios: el peso de P, el peso del principio que subyace a la regla (PR), el peso de un principio formal “que exige el cumplimiento de las reglas” y el peso de un principio P’ “que, bajo determinadas circunstancias, permite que P desplace o resgringa a R”. O sea, P debe pesar más que la suma del principio que soporta a R y del principio formal que opera en favor de la aplicación de las reglas. Sólo de ese modo queda justificada la excepción a la aplicación de la regla. Ahora, bien, ¿se trata del peso objetivo de P, P’ y PR? Parece claro que no, sino que se trata del pesaje que, a la luz de las circunstancias, ha de hacer el intérprete o aplicador. Pero como la de Alexy no es una teoría jurídica orientada a subrayar el carácter prioritariamente subjetivo de la decisión jurídica o la discrecionalidad del aplicador de las normas, no queda más vía que la de concluir que en su doctrina existe una escala de validez de las normas en general y para el caso concreto, escala de validez determinada por la relevancia material, moral, de las normas. Esa relevancia moral es la que con alcance general o para todo caso convierte algunas reglas en invulnerables, en inderrotables, y la que hace también que (i) las demás reglas se apliquen o no al caso concreto si concurren con un principio, y (ii) que cuando el conflicto acontece entre principios impere en el caso concreto uno u otro.

Expresadas las alternativas en otros términos, tenemos que la relación de prioridad entre las normas de un sistema puede depender: o bien de criterios formales o estructurales,

como las relaciones de jerarquía formal o las relaciones lógico-semánticas; o bien de la decisión discrecional de quien decide los casos; o bien de propiedades objetivas pero no formales, de propiedades objetivas materiales, especialmente de la relación de las normas con valores morales objetivos. Mientras el positivismo jurídico se queda con la combinación de las dos primeras alternativas, una doctrina iusmoralista como la de Alexy se basa en ese tercer punto de vista. De ahí, por ejemplo, y como ya se ha señalado, que en el caso de las reglas inderrotables, “la regla de validez R’ que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de P y cuán poco importante sea la satisfacción de R” sólo puede ser una norma moral: la que convierte en bien moral supremo e inatacable el bien protegido por R. Son normas morales, en consecuencia, las que otorgan a cada norma jurídica su grado de validez. Pues vemos que las normas jurídicas no valen o dejan de valer, sino que valen más o menos en función de que cuenten más o menos las razones morales que son su pilar material.

Expresado aún de otra manera, a la ponderación jurídica en el caso concreto (sea entre dos principios P1 y P2, sea entre una regla R (ponderándose aquí su principio PR de fondo) y un principio P, antecede siempre una ponderación previa y general: la que señala el peso de R para hacerla derrotable o inderrotable, desplazable por principios o no desplazable por principios. Dicha ponderación previa y general, independiente de las circunstancias concretas de cualquier caso, es una ponderación moral y, en la pretensión de Alexy, es necesariamente dicha ponderación el resultado de una moral objetiva, objetivamente verdadera. Pues afirmar que el “peso” es relativo a los valores de la moral personal del “ponderador” equivale a dejar la doctrina de Alexy en un tinglado tan pretencioso como prescindible; equivale a mantener fundamentalmente que el peso es lo crucial pero que no hay balanza mínimamente fiable para fijarlo.

1.2.2. Más colisiones y mayores misterios

Según Alexy, “los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado” (TDF, 68), dependiendo el grado de cumplimiento de las posibilidades fácticas y jurídicas. La diferencia entre reglas y principios, según Alexy, “se muestra de la manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas” (TDF, 69).

Cuando dos reglas colisionan, sólo se puede resolver el conflicto “mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” (TDF, 69). Por contra, cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios ha de ceder ante el otro, pero “esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro” (TDF, 70-71), pudiendo darse la precedencia inversa bajo otras circunstancias. Lo determinante en los conflictos entre principios es el peso, pues vence el de mayor peso a la luz de las circunstancias del caso. En suma “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios -como quiera que sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tienen lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso” (TDF, 71). Tendremos que someter a análisis crítico si es cierto tanto lo que Alexy dice para las reglas y sus conflictos como para los principios y los suyos.

Dice Alexy que el problema del conflicto entre reglas puede solucionarse “por medio de reglas tales como <<lex posterior derogat legi priori>> y <<lex specialis derogat legi generalis>>, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto” (TDF, 70). Tendremos que suponer que con la importancia se refiere a la jerarquía formal entre las normas enfrentadas, aunque quizá tenga sentido preguntarse por qué no lo menciona Alexy expresamente así y habla de “importancia” en lugar de jerarquía. Sea como sea, insiste en que “[L]o fundamental es que la decisión versa sobre la validez” (TDF, 70).

¿Versa realmente sobre la validez esa decisión? Cuando entran en juego el criterio cronológico o el de jerarquía, sí; cuando se trata del criterio de especialidad, no, sino que en este último caso es el alcance regulativo de las normas, su referencia a unos u otros casos, lo que se delimita. Pero, más allá de ese detalle, no se puede perder tampoco de vista que cuando se trata de reglas coetáneas, de idéntico grado de jerarquía y de igual alcance para el universo de casos, lo que el juez hace no es sentar la invalidez de una de ellas, sino decidir discrecionalmente cuál se aplica al caso concreto. La validez de las normas no es una cuestión que se establezca en el momento de su

aplicación, sino dependiente de factores previos. Si no, tendríamos que definir regla válida del siguiente modo: es aquella que el juez aplica a un caso.

¿Puede establecerse en el caso de las reglas una relación de precedencia como la que Alexy describe como característica de las relaciones entre principios? Acabamos de afirmar que, si operamos en términos del juicio de validez, la respuesta ha de ser positiva: tiene preferencia la regla válida sobre la inválida, precisamente por razón de validez y siempre que no exista una regla que disponga en cierto caso la aplicabilidad de la regla que ha perdido su validez. ¿Existe tal precedencia en términos generales entre principios? Ha de existir igualmente, como se muestra cuando comparamos principios de diferente jerarquía. Un ejemplo: preferencia del principio constitucional sobre el principio legal de contenido opuesto. Otro ejemplo: preferencia del principio posterior sobre el principio anterior de contenido opuesto. Entre una norma legal que diga “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional que diga “Los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión”, prevalece por razón de jerarquía (y, consiguientemente, de validez), la segunda. Entre una norma constitucional anterior que diga “Los ciudadanos no tienen derecho a la libertad de expresión” y una norma constitucional posterior (por ejemplo, resultante de una reforma de esa Constitución) que disponga que “Los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión”, tiene preferencia, por razón de validez, la segunda. Alexy dice que “sólo pueden entrar en colisión principios válidos”, pero no se ve cómo no pueda afirmarse lo mismo para las reglas.

Alexy responde a la objeción de que también puede haber colisiones de principios que se solventen mediante la declaración de invalidez de uno de ellos. Admite que “existen principios que, si aparecieran en un determinado ordenamiento jurídico, tendrían que ser declarados inválidos, al estrellarse con otros principios” (TDF, 85). Menciona como ejemplo el “principio de discriminación racial” y afirma que el mismo queda excluido del derecho constitucional de la República Federal Alemana, pues “[N]o existen casos en los cuales tenga preferencia y otros en los que deba ser desplazado; mientras valgan los principios del actual derecho constitucional, ellos desplazan siempre a este principio; ello significa que no tiene validez” (TDF, 85).

Lo primero que choca es que Alexy en este punto desvincula de nuevo los principios de los enunciados normativos. El principio de discriminación racial no tiene validez, en nuestra opinión, porque no se puede sostener con base en ningún enunciado del derecho alemán. Si apareciera en una norma infraconstitucional dicho “principio”, sería inválido por su choque con diversos enunciados constitucionales, comenzando por la prohibición de discriminación. Pero, puesto que en Alexy los principios pueden tener existencia independiente de los enunciados normativos y puesto que la contradicción que se toma en cuenta no es la contradicción lógico-semántica, sino la incompatibilidad sustancial o material, entre entes de naturaleza axiológica, excluye que pueda ser válido un principio opuesto al contenido axiológico debido. Sólo así parece explicable que mantenga que dentro del ordenamiento jurídico no puede darse contradicción entre principios válidos y principios inválidos, aunque sí puede haber tal contradicción entre reglas, y que afirme que “[l]as contradicciones de normas en sentido amplio que tienen lugar dentro del ordenamiento jurídico son siempre colisiones de principios y las colisiones de principios se dan siempre dentro del ordenamiento jurídico”, así como que “el concepto de colisión de principios presupone la validez de los principios que entran en colisión” (TDF, 86). Vemos, pues, que colisión de principios no significa contradicción entre principios, que dos principios que colisionan no son dos principios que se contradicen, seguramente porque no cabe contradicción entre dos normas que respectivamente dicen que X debe hacerse en la mayor medida posible y que Z debe hacerse en la mayor medida posible, aun cuando para el caso la norma primera y la segunda propongan soluciones opuestas. Mediante la definición de los principios como mandatos de optimización se ha eliminado la posibilidad de la contradicción lógico-semántica, pero lo esencial es que previamente se tienen que haber pasado los principios por una especie de test de validez no fundado en razones formales, de pertenencia formal del respectivo enunciado normativo al sistema jurídico, sino sustentado en razones de compatibilidad axiológica, razones basadas en que no cabe que forme parte de un ordenamiento jurídico un principio de contenido inmoral o injusto.

Admitamos como hipótesis que una constitución pudiera contener dos enunciados normativos catalogables como principios y de contenido contradictorio. P1 se contendría en el enunciado “Nadie puede ser discriminado por razón de raza” y P2 en el enunciado “A los efectos de X, tendrá preferencia y trato de favor la raza R”. ¿Cómo habría que resolver tal contradicción? Parece que en Alexy es claro que, más que

resolverse como conflicto entre normas formalmente válidas, se disolvería como pseudoconflicto porque P2 es por definición inválido por razones morales. Así pues, habrá que pensar que todas las normas de contenido racista de una constitución racista serían normas inválidas sin más.

Así pues, la colisión de la que hablamos sólo puede ser la colisión entre normas válidas, sean principios o reglas: entre normas de igual jerarquía y coetáneas. ¿Se resuelve esa colisión de manera diferente cuando se trata de reglas y de principios, siendo ésta la clave diferenciadora de unas y otros, como Alexy pretende? Vayamos por partes.

Parece necesario entender que en la doctrina de Alexy las reglas y los principios no se diferencian cuando se trata de su aplicación sin que surja conflicto con otras normas que para el mismo caso concurren. Si la única diferencia se muestra sólo en los casos de tales conflictos, quiere decirse que cuando no hay conflicto no existe o no es apreciable la diferencia. Porque, si la hubiera, Alexy tendría que dar una definición estructural, mostrar cuál es esa característica que hace distintas a las normas y a los principios y que es la razón de que los conflictos se solventen diferentemente. Pero, como dicha caracterización independiente de la manera de resolver los conflictos no se ve en Alexy, habremos de concluir que no se trata de que reglas y principios resuelvan distintamente sus conflictos porque tengan naturaleza estructural diferente, sino al contrario: tienen naturaleza estructural diferente porque resuelven sus conflictos distintamente. Por tanto, si se demuestra que esa diferencia en la manera de operar en los casos de conflicto no es distinta, estaremos socavando la esencia misma de la distinción alexyana entre reglas y principios.

1.2.3. ¿Reglas o principios? A gusto del aplicador

Tomemos las normas del Código Penal español que tipifican y prevén castigo penal para el robo con violencia e intimidación y para un supuesto agravado del mismo. El primero se define en el art. 242.1 del Código Penal español así: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”, mientras que un supuesto agravado se define en el art. 242.2 CP como aquel que el delincuente comete “haciendo uso de armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré ”. En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal

Supremo (Sala Segunda) de fecha 21 de febrero de 2001, los hechos eran los siguientes: un delincuente intenta atracar a un viandante y éste se resiste. En ese momento el atracador toma un grueso palo que casualmente se encontraba a los pies de ambos y lo enarbola contra la víctima, consumando de ese modo el atraco. El delito en cuestión encajará bajo el supuesto simple o el agravado, pero no podrá ser ambas cosas. Todo dependerá de cómo se interprete la expresión “que llevaré”, como significando portar o transportar. Lo que no tiene mucho sentido es entender que una de esas dos normas excepciona a la otra. Simplemente se refieren a universos de casos separados, si bien la delimitación concreta de algunos de los miembros del respectivo conjunto de casos tendrá que hacerse en el caso concreto y mediante la interpretación de los términos de una u otra norma.

Supongamos ahora que de N2 (art. 242.2 CP) hacemos una interpretación teleológica, a tenor de la cual su sentido -el sentido del tipo especial y su pena mayor- es proporcionar una mayor protección a la víctima de robos cuando los medios que para el robo se usan provocan una especial indefensión. Podríamos, pues, entender que el sentido último de N2 es que las víctimas de los robos con medios peligrosos estén lo más protegidas posible. Dado que la indefensión de la víctima es la misma tanto si el palo de nuestro ejemplo lo transportó el delincuente al lugar de los hechos o si lo encontró allí mismo, en ese fin de la norma y en su consiguiente traducción a un mandato de optimización hallaríamos una razón para aplicar la sanción de N2 y no la de N1 (art. 242.1 CP).

Pero también podemos echar mano del “principio” de legalidad penal en una de sus manifestaciones, contenida en el artículo 4.1 del Código Penal: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Creo que, en la terminología de Alexy, se trataría en realidad de una regla que nos indica que las normas penales, en lo que perjudiquen al reo, no deben aplicarse más allá del significado estricto de sus términos, descartando la analogía, por supuesto, pero restringiendo también muy fuertemente la interpretación extensiva. En otros términos, esa “regla” puede comprenderse así: “la aplicación de los tipos penales debe ser todo lo estricta que sea posible, en el sentido de afectar a la seguridad jurídica del reo lo menos que sea posible”. ¿Qué acabamos de hacer? Convertir a la regla en principio mediante una interpretación basada en su fin, o en el fin que se le imputa.

¿Cómo cabe observar o explicar la resolución de este caso? De dos formas. La primera posibilidad es pensando que mediante la interpretación se acota correlativamente el universo de casos, resolviendo si el hecho de atracar tomando un palo que no se ha transportado al lugar pertenece al universo de casos de N1 o al de N2. Uno de los argumentos a tal efecto importante será el teleológico, alusivo al fin que la norma pretende o que para la norma puede pretenderse. La otra posibilidad es “pesando” en el caso el mandato de optimización contenido en (o subyacente a) N2 y el contenido en (o subyacente a) N1. Pero lo absolutamente fundamental es lo que sigue: sea del modo que sea, va a ser una valoración del aplicador la que determine la solución del caso; o bien la valoración de cuál interpretación es preferible o bien la valoración de cuál fin u objetivo a optimizar ha de cobrar preferencia en el caso. No es la distinta naturaleza o la diferencia cualitativa entre las reglas y los principios, en cuanto normas jurídicas, lo que lleva a interpretar y subsumir o a ponderar, sino que se trata de una elección de método que busca ante todo justificar la decisión valorativa con argumentos de una clase o de otra.

1.2.4. “Ley de colisión” y colisiones sin ley

Alexy formula para los principios la que llama “ley de la colisión”, de la que dice que “es uno de los fundamentos de la teoría de los principios” que sostiene (TDF, 76). Esa llamada ley de la colisión viene a decirnos que cuando dos principios se hallen enfrentados para un caso, habrá que ponderarlos a la vista de las circunstancias concretas, para sentar cuál de los dos es para ese caso el prioritario. Se trata de una “relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente” (TDF, 73). Puesto que se usa la que Alexy llama “metáfora del peso” (TDF, 74), se debe aclarar en qué consiste exactamente esa preferencia basada en el peso de los principios a tenor de las circunstancias del caso. Según Alexy, “[E]l concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 tenga precedencia sobre P2 en las condiciones C dadas en el caso concreto” (TDF, 74).

Tenemos, pues, que: a) son las circunstancias del caso las que determinan el mayor peso de un principio o el otro; b) un principio tiene más peso cuando hay razones suficientes para atribuirle más peso. Por tanto, no cabe más que concluir que la diferencia de peso es la diferencia de las razones: prevalecerá en el caso el principio en favor de cuya prioridad puedan darse razones suficientes. Que queramos expresarlo diciendo que pesa más ese principio no es más que optar por una hermosa metáfora.

Las razones en cuestión han de ser razones que justifiquen la prevalencia. Ahora bien, ¿se trata de una prevalencia o de una preferencia del que decide el conflicto? Si es prevalencia objetiva de unas razones sobre otras, habrá que averiguar cuáles razones en sí y objetivamente valen más, “pesan” más, si las razones en favor de un principio o del otro. En cambio, si las razones lo son de una preferencia subjetiva, esas razones, por un lado, explican, dan cuenta de por qué el que decide prefirió un principio antes que otro y, por otro lado, tratan de justificar convincentemente dicha preferencia. El problema de la metáfora del peso es que, como mínimo, da la apariencia de prevalencia objetiva. Cuando yo digo “este objeto pesa más que este otro”, hay un matiz diferente de cuando digo “prefiero este objeto a este otro”. En el primer caso, si alguien discute mi juicio, podemos acudir a un aparato llamado balanza, que demuestra si estoy en lo cierto o yerro; en el segundo caso, cuando se trata de preferencias subjetivas, no hay tal balanza, aunque yo puedo tratar de hacer que el auditorio comparta mis razones, las razones de mi preferencia.

También cuando un juez opta por una de las interpretaciones posibles de la expresión “que llevare” en el art. 242.2 CP está estableciendo una “relación de preferencia condicionada”. La condición la ponen, también aquí, las circunstancias del caso: el delincuente encontró el palo a sus pies o a X metros, se agachó, lo tomó, amenazó con él a la víctima, el palo era considerablemente grueso, etc., etc. Y la preferencia se sienta poniendo esas circunstancias en relación con el fin protector de la norma y la correspondiente situación de la víctima ante esas circunstancias. Pero sigue siendo una preferencia subjetiva del juez, basada en la valoración que simultáneamente hace el juez del fin de la norma y de las circunstancias del caso. ¿Hay realmente diferencias entre esa preferencia interpretativa que resuelve la colisión inicial entre dos reglas y la preferencia que resuelve la colisión entre dos principios? No, a no ser que presupongamos que la opción entre interpretaciones expresa una preferencia subjetiva,

basada en razones con las que se intenta justificar, mientras que cuando se trata de resolver la colisión entre principios hay una prevalencia objetiva basada en razones demostrativas.

La “relación condicionada de precedencia” entre dos principios en un caso es expresada por Alexy formalmente así (TDF, 75):

(P1 P P2) C

La lectura de esta fórmula sería la siguiente:

Bajo las condiciones C, P1 tiene precedencia sobre P2.

De este modo, se habría sentado una regla de decisión del caso, regla que rezaría así (TDF, 75):

“Si la acción a cumple C, entonces pesa sobre a una prohibición de derecho fundamental”.

Esa regla significa que “la consecuencia jurídica que se deriva de P1 tiene validez cuando se dan las circunstancias C” (TDF, 75). Expresado de otra forma (TDF, 75):

“Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.

Ésa es la que llama Alexy “ley de la colisión” y de la que dice que es “uno de los fundamentos” de su teoría de los principios (TDF, 76).

Ahora juguemos con dos reglas válidas en conflicto para un caso, conflicto que ha de dirimirse mediante la interpretación de los términos de una de ellas, como ocurría con el conflicto entre N1 y N2 en el tema penal antes mencionado. A la vista de las circunstancias de aquel caso resuelto por el Tribunal Supremo, veíamos que éste también trazaba lo que podemos denominar una relación condicionada de precedencia, según la cual N1 prevalecía para el caso sobre N2. No perdamos de vista que, según la clasificación de Alexy, estaríamos hablando de reglas, por lo que las referiremos como R1 y R2.

Podemos expresar así el juicio del Tribunal:

(R1 P R2) C

¿Por qué esa preferencia del Tribunal? Porque en las circunstancias del caso y a la luz del sentido finalístico de la norma, le pareció mejor entender que era preferible entender “llevar” como portar que como transportar. En otros términos, habría “razones suficientes” o mejores razones para preferir para el caso la regla R1.

Podríamos parafrasear a Alexy de esta manera:

“Las condiciones en las cuales una regla (válida) tiene precedencia sobre otra (válida) constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica de la regla precedente”.

Si el anterior razonamiento es pertinente, tendríamos que todo conflicto en un caso entre normas válidas concurrentes como soluciones alternativas de ese caso, sean reglas o principios, puede reconducirse a la fórmula:

(N1 P N2) C

Pero, si fuera así, habríamos eliminado la que para Alexy es la base de la diferenciación entre reglas y principios, ya que la que llama “ley de colisión” se aplicaría por igual a las unas y los otros.

A la tesis anterior se le puede plantear una objeción: la decisión del conflicto entre R1 y R2 recae como decisión sobre la interpretación de la expresión “que llevar” en R2, mientras que las decisiones de los conflictos entre principios no están determinadas por decisiones interpretativas. Replicaremos a esta posible objeción que las decisiones que resuelven conflictos entre principios sí están esencialmente determinadas por decisiones interpretativas.

1.2.5. Un ejemplo de Alexy: la Sentencia del Bundesverfassungsgericht sobre incapacidad procesal

Vamos a trabajar seriamente con un ejemplo jurisprudencial que usa el mismo Alexy para ilustrar cómo funciona y lo bien que funciona, en su opinión, la “ley de colisión”. Se trata del que Alexy denomina caso de la “Sentencia sobre incapacidad procesal”, por referencia a una Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 19 de junio de 1979 (BVerfGE 51, 324).

Las cosas dependen también de cómo se cuenten. Así es en la vida ordinaria y así también sucede cuando en la teoría del Derecho se narran casos. Por un lado, depende de cómo se cuenten -qué se cuente, y con qué énfasis, y qué no- los hechos del caso. Por otro lado, al explicar una sentencia depende de qué expresiones de la misma se quieran tomar como decisivas del modo de razonar de los jueces y de a qué modelo se quiera reconducir el tipo de razonamiento presente en la sentencia. Como hemos comprobado en otros trabajos, Alexy es un maestro en reformular los términos y esquemas de sentencias para que parezca que sus autores hacen algo diferente de lo que en verdad hacen, que no es más, fundamentalmente, que elegir valorativamente entre interpretaciones posibles de las normas y entre calificaciones posibles de los hechos sometidos a prueba. En este ejemplo que vamos a comentar vuelve a ocurrir igual: Alexy relata el caso haciendo que parezca evidente en los hechos lo que el tribunal ha de concluir, selecciona unos pocos párrafos de la sentencia en los que, descontextualizadamente, da la impresión de que se usan las palabras que le parecen fundamentales para su teoría de la colisión entre principios y, por último, traduce otras expresiones de la sentencia a su terminología propia, manifestando que aquellos términos vienen a significar lo mismo que sus expresiones. Con ello, deja en el lector la impresión de que el tribunal de turno hizo algo distinto de lo que en verdad hizo, como muestra un análisis pormenorizado de la sentencia: que contrapuso normas que eran principios y que ponderó con gran método y rigor entre ellos.

Para no caer en vicios similares a estos que criticamos, deberemos dar aquí una extensión no escasa a la descripción y análisis de la referida sentencia BVerfGE 51, 324. Pero antes debemos oír a Alexy por extenso sobre este particular: “Las numerosas ponderaciones de bienes llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional Federal son un ejemplo de cómo se solucionan las colisiones de principios. Aquí, a manera de ejemplo, puede aludirse a dos decisiones: la Sentencia sobre la incapacidad procesal y la Sentencia del caso Lebach” (TDF, 71). “En la Sentencia sobre la incapacidad procesal, se trata de si es admisible llevar a cabo una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corre el peligro de sufrir un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe una <<relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionales garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental>>. Esta relación de tensión no

podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería <<prioridad sin más>>. Más bien, el <<conflicto>> debería solucionarse <<mediante una ponderación de los intereses contrapuestos>>. En esta ponderación, de lo que se trata es de establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto: <<Si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF>>. Esta situación de decisión responde exactamente a la colisión de principios (...) Es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios. Ella se da cuando se habla, por una parte, de la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible a la vida y la integridad física del acusado. Estos mandatos tienen una validez relativa en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas que existen para el cumplimiento. Si tan sólo existiera el principio de la aplicación efectiva del derecho penal, estaría ordenado, o por lo menos permitido, llevar a cabo la audiencia oral. Si existiera tan sólo el principio de la protección de la vida y de la integridad física, estaría prohibido llevar a cabo la audiencia oral. Tomados en sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. No obstante, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no se soluciona declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro, En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente” (TDF 71-73).

Es de justicia la larga cita, porque ahora vamos a comprobar que o bien no es así como el Tribunal operó en el caso, o bien -como mínimo- hay maneras más realistas y fiables de reconstruir el modo de razonar del Tribunal en el caso de referencia.

Ahora vamos con la lectura y comentario de la sentencia. Comencemos con los hechos del caso. Llamemos K al ciudadano que recurre al Tribunal Constitucional en demanda de amparo de sus derechos fundamentales. K tenía 71 años en 1979, cuando recae esta sentencia. Durante el nazismo había ocupado importantes cargos en la Gestapo y en las SS. En 1943 había llegado a SS Obersturmbannführer y luego ocupó un alto puesto en el Ministerio de Armamento, concretamente como encargado de la vigilancia de la fabricación de armas. Terminada la Segunda Guerra Mundial, K fue detenido en Marburgo por el servicio secreto soviético, juzgado por un tribunal militar soviético y condenado como criminal de guerra a veinticinco años de trabajos forzados. En 1953, mientras cumplía condena en Siberia, sufrió su primer infarto. En 1955 fue liberado y retornó a la República Federal Alemana, donde en 1957 padeció un segundo infarto.

En 1961 la fiscalía de Berlín formula acusación contra K por haber ordenado en Polonia, durante su desempeño de cargos de responsabilidad en el régimen nazi, el fusilamiento de varios polacos y judíos. La acusación, en concreto, es de asesinato. En el marco de esas investigaciones procesales, K permanece en prisión preventiva de mayo de 1965 hasta noviembre de 1967. Al final, en 1971, un tribunal de Berlín pone fin a la investigación porque no se han conseguido pruebas suficientemente contundentes. Pero en 1961 comenzó otra investigación criminal contra K, a impulso de las fiscalías de Essen y Colonia. Esta vez la acusación era de asesinato de presos de un campo de concentración que eran utilizados en las instalaciones de fabricación de armas que K. supervisaba. En este procedimiento se plantean por primera vez dudas sobre la aptitud de K. para ser sometido a un proceso penal, por causa de su delicado estado de salud. Varios médicos dictaminan que debido a su pasada experiencia en las prisiones rusas, sufre crisis nerviosas, se siente perseguido, reacciona a los estímulos negativos con subidas de la tensión sanguínea y pérdidas de conciencia y, en lo que a su situación coronaria se refiere, es alta la probabilidad de que sufra un nuevo infarto grave si se ve sometido, en esas condiciones físicas y psíquicas, al estrés de un proceso penal.

Así fue como dio comienzo toda una larga serie de intentos de procesar a K por sus, al parecer, numerosos crímenes como nazi, procesos que siempre estuvieron condicionados por ese debate sobre si, dada su quebradiza salud, resultaba conforme a Derecho o no someterlo al juicio oral. Se suceden los dictámenes médicos, siempre coincidentes en que la salud de K está en peligro, aunque discrepantes a veces en el grado de probabilidad con que cabría esperar un infarto si se le pone ante el juez en el juicio. Finalmente, en uno de esos procedimientos un tribunal de Hamburgo ordena la apertura de juicio oral contra K., basándose en algunos dictámenes médicos que afirman que la probabilidad del infarto no es superior al cincuenta por ciento y que, de producirse, no resultaría necesariamente mortal. Justifica tal tribunal la medida alegando que el principio de proporcionalidad impone que el juicio oral no se abra solamente en el caso de que estuviera acreditado que por causa de la mala salud del señor K resultara “muy probable” la reacción con alto riesgo para su vida. En opinión del tribunal, ese riesgo en torno al cincuenta por ciento no equivalía a hacer “muy probable” el desenlace contra la vida o la salud de K.

Comunicada la apertura de juicio a K., éste padece un deterioro de su estado y es ingresado en un hospital y los médicos certifican un inminente riesgo de infarto. K. interpone Verfassungsbeschwerde (equivalente al recurso español de amparo) ante el Tribunal Constitucional, a fin de que el juicio contra él no continúe debido al grave peligro en que pone su vida y su salud, derechos protegidos por el artículo 2 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental de Bonn, entre otros. Dicho precepto tiene el siguiente tenor: “Toda persona tienen derecho a la vida y a la integridad física” (Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit).

El Tribunal dará la razón al recurrente. Ahora nos toca examinar el fundamento de su resolución paso a paso, preguntándonos si en verdad trató las normas concurrentes como principios y los ponderó..., o si hizo lo de siempre: interpretar normas, valorar pruebas y calificar hechos, todo ello en ejercicio de su discrecionalidad y mejor o peor argumentado. Veamos.

Esta parte de la sentencia comienza resumiendo las alegaciones del recurrente, señor K, y del tribunal de Hamburgo que justificaba la apertura del juicio oral contra K. K aducía que aquel tribunal había vulnerado “el ámbito de protección” del art. 2 apartado 2

párrafo 1 LF, sin tener en cuenta que “el principio de proporcionalidad prohíbe abrir juicio oral contra el acusado cuando conlleva peligro para la vida y la salud de éste y son escasas las posibilidades de condena”. Según el recurrente, los dictámenes médicos muestran que en esa situación es alto el peligro de infarto. Por su parte, el tribunal de Hamburgo entendía que, en efecto, había de tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad en el caso en relación con el posible daño para el derecho a la salud de K. Se plantea el conflicto entre la obligación estatal de persecución penal y el derecho a la salud de K., pero, según el tribunal hamburgués, el límite para aquella obligación del Estado se alcanza sólo cuando hay certeza de que K sufrirá un infarto si hay juicio, y esa certeza plena no existe en el caso. Vemos, pues, a las dos partes manejando el principio de proporcionalidad y proponiendo distintas escalas o umbrales de peso para su aplicación.

Seguidamente se pasa a motivar el fallo favorable al recurso de K. Acompañemos paso a paso al Tribunal Constitucional en su motivación.

“La decisión recurrida vulnera el derecho fundamental del recurrente en amparo a la vida y la integridad corporal”. Es la primera afirmación en esta parte. A continuación se explica que “el aseguramiento de la paz jurídica por medio de administración de justicia penal es de siempre una importante tarea de los poderes públicos”. Existe un interés general en la garantía y adecuado funcionamiento de la administración de justicia penal, “sin la que la justicia no puede hacerse valer”. “El Estado de Derecho sólo puede realizarse si está asegurado que el autor de un delito es juzgado en el marco de la legalidad establecida y sometido a una pena justa”. Todo ello justifica que el procesamiento de un acusado no pueda depender de la voluntad de éste o de su disposición a someterse y colaborar con la justicia. Es más, ha de velarse porque el acusado no condiciones el desarrollo del proceso mediante, por ejemplo, el fingimiento o agravamiento deliberado de enfermedades. La propia normativa procesal (parágrafos 230 y 231 de la Ley Procesal penal -StPO-) permite que en ciertos casos el juicio oral se celebre en ausencia del acusado, incluso en supuestos en los que al acusado no se le ha podido aún notificar su procesamiento.

Pero “la obligación constitucional de una adecuada administración de la justicia penal no justifica la práctica del proceso penal en cualquier caso de sospecha de crimen”. Tal

ocurre cuando están en riesgo derechos fundamentales que también forman parte de la base del Estado de Derecho. En particular, así sucede cuando por el estado de salud de un acusado, “es de temer que en caso de prosecución del proceso penal pierda la vida o padezca graves daños de su salud. En tales casos surge una tensión (Spannungsverhältnis) entre la obligación del Estado de velar por el adecuado funcionamiento de la administración de justicia penal y el interés del acusado por mantener incólumes los derechos fundamentales que la Constitución le atribuye y a cuya protección está también el Estado obligado. Ninguno de esos dos bienes disfruta sin más de la prioridad sobre el otro. Ni puede la pretensión penal del Estado imponerse sin tomar en consideración los derechos fundamentales del acusado, ni justifica cualquier riesgo para dichos derechos la subordinación de aquella pretensión”.

Lo que aquí existe, según la sentencia, es un “conflicto” que, conforme al “principio de proporcionalidad”, debe ser resuelto mediante la “ponderación (Abwägung) de los intereses contrapuestos”. Si de esa ponderación resulta que pesan “esencialmente más” en el caso los intereses del acusado, prevalecerá su derecho a la vida y a integridad física. “Para el enjuiciamiento de esta cuestión debe atenderse ante todo al modo, alcance y duración previsible del proceso penal, al modo e intensidad del daño que se teme y a las posibilidades de evitar dicho daño”. “Si existe un peligro cierto y concreto de que la realización del juicio oral acabe con la vida del acusado o le cause graves daños a su salud, resultará que la prosecución del proceso vulnera su derecho fundamental del artículo 2 apartado 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental”. No se trata de que un mero peligro para el derecho fundamental impida la culminación del proceso, sino de atender a si existe efectivamente vulneración del mismo. “Tal vulneración en sentido amplio existe siempre que quepa seriamente temer que la continuación del proceso acabe con la vida del acusado o provoque graves daños a su salud”. En tal circunstancia predomina el derecho del acusado a la protección de su derecho a la vida y la salud.

Sentados así los supuestos normativos, pasa el Tribunal a valorar los hechos. ¿Se da tal grado requerido de peligro para la vida del acusado? Depende de la probabilidad del daño que se constate. La resolución judicial recurrida fijó dejar sin efecto el proceso si hay una probabilidad “fuera de toda duda” de tales daños para el acusado y, como no es tal el grado de certeza en el caso, determinó que se abriera el juicio oral. Tal

planteamiento ha rebasado el límite admisible y supone vulneración del derecho a la vida del acusado. No se ha aplicado, por tanto, el criterio adecuado para la protección del ese derecho fundamental.

La sentencia acaba con un párrafo que merece traducción y cita por entero: “Cuando el juez penal, como aquí, ha de juzgar la aptitud del acusado para ser sometido al juicio oral, para que su decisión se atenga a los parámetros constitucionales no basta que tome en cuenta de modo inobjetable el patrón resultante de las normas y principios de la Ley Fundamental. Más bien debe el juez en tales casos, al aplicar tal patrón, ponderar unos contra otros los puntos de vista determinantes para su decisión, con lo que el diferente peso de los elementos ponderables adquiere para el resultado final importancia decisiva (...). Ahí entra en juego la consideración de todas las circunstancias personales y fácticas del caso, especialmente la valoración conjunta de los dictámenes sobre los hechos de los que el tribunal disponga y que puedan ser relevantes para la decisión. Pero no es necesario decidir aquí si la resolución recurrida es constitucionalmente admisible bajo tal punto de vista, pues el mero empleo de un criterio decisorio contrario a la Constitución es razón bastante para dejarla sin efecto”.

¿Qué nos está diciendo este párrafo final? Que no es necesaria en realidad la ponderación, pues lo que invalida la resolución cuestionada es el hecho de que el tribunal ha aplicado un canon normativo inadecuado. ¿Cuál sería dicho canon o patrón decisorio? Sin duda, en mi opinión, un mal entendimiento, una mala interpretación de la norma contenida en el artículo 2 de la Ley Fundamental.

Lo que se está manteniendo en la sentencia es que el derecho a la vida y a la integridad física del ciudadano abarca una serie de supuestos que conforman lo que se puede llamar el ámbito de protección de tal derecho. Uno de esos supuestos es el consistente en el sometimiento a un proceso judicial que ponga en serio peligro la vida del acusado. Se está, pues, delimitando con carácter general el alcance del artículo 2 apartado dos párrafo 1, aunque ciertamente a partir del caso concreto que en la sentencia se analiza. En la terminología tradicional, se está optando por una interpretación extensiva de tal precepto. A partir de ahí, lo que el Tribunal hace es razonar sobre los hechos, para ver si son subsumibles bajo esa norma así interpretada, en cuyo caso no se puede procesar al acusado, porque lo protege tal derecho del art. 2, o si, por el contrario, no son los hechos

subsumibles bajo tal precepto, de manera que no opera éste como impedimento para el proceso.

Así pues, no se ponderan las circunstancias del caso para ver si pesa más un derecho y otro, sino que se analizan a fin de establecer si aquella subsunción cabe o no. No se pesan ni los derechos ni los concretos hechos, sino que el razonamiento del Tribunal sigue los pasos siguientes:

- a) Existe una norma constitucional, el art. 2 apartado dos párrafo 1 de la Ley Fundamental, que ampara, como derecho fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física de los ciudadanos.
- b) La ley procesal establece los mecanismos y garantías para que un ciudadano pueda ser acusado y procesado por delitos. Tal actuar del Estado está justificado por la función que a las instituciones públicas les compete para la protección de los ciudadanos y la salvaguarda de su seguridad.
- c) El conflicto normativo se plantea cuando, debido al estado de salud de un acusado, el desarrollo del correspondiente proceso penal contra él hace peligrar su vida con un elevado grado de probabilidad.
- d) Según el alcance que se confiera a la esfera de protección de dicha norma que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física, se podrá entender la misma vulnerada o no por la celebración del proceso judicial que hace peligrar la vida del acusado con un alto grado de probabilidad.
- e) El tribunal anterior razonó que la mera probabilidad, que no certeza, de que la salud del acusado sufriera grave quebranto, con posible muerte, por la celebración del juicio contra él no suponía vulneración del referido artículo protector del derecho a la vida. Por tanto, viene ese tribunal a decir que la puesta seria en peligro de la vida del acusado por causa del proceso no encaja bajo el ámbito protector del derecho a la vida y, por consiguiente, no es vulneración de aquel precepto.
- f) El Tribunal Constitucional realiza del artículo 2 una interpretación distinta, extensiva y no restrictiva, de manera que dicha puesta en grave riesgo de la vida del acusado se considera vulneración del derecho a la vida.
- g) Afirmada la interpretación anterior del “derecho a la vida y a la integridad física” del artículo 2, toca ver si en el caso existe el nivel de riesgo para la vida que suponga una tal vulneración del “derecho a la vida”, así entendido.

- h) Para esa valoración de los hechos a la luz de la norma así interpretada, el Tribunal Constitucional afirma que han de tomarse en consideración las siguientes circunstancias: tipo, alcance y duración previsible del proceso penal, tipo e intensidad del daño temible y posibilidades de evitación o aminoración de dicho daño (por ejemplo, mediante aplicación de medicación).
- i) Vistos los hechos del caso, y en particular los correspondientes dictámenes médicos, el Tribunal Constitucional concluye que la probabilidad del daño es alta y difícilmente evitable si el juicio sigue su curso.
- j) En consecuencia, y puesto que (i) la grave puesta en peligro de la vida de un acusado en un proceso penal se considera atentado contra el derecho a la vida reconocido en el artículo 2, apartado 1 párrafo 1, y que (ii) en el caso de autos se da una grave puesta en peligro de la vida de este acusado si el juicio oral se realiza, se llega a la conclusión: (iii) el someter a este acusado al proceso atenta contra su derecho a la vida y, por consiguiente, está constitucionalmente vedado, vedado por el citado artículo de la Constitución.

Ilustremos el razonamiento mediante un esquema aún más claro.

1. (Norma de referencia: art. 2...LF) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física.
2. (Enunciado interpretativo): Del derecho a la vida forma parte el derecho a que la vida de un sujeto no sea gravemente puesta en peligro con alta probabilidad al someterlo a un juicio penal.
3. (Enunciado fáctico) En virtud de las circunstancias a, b, c..., atinentes al estado de salud del sujeto K, someterlo a un juicio penal pone en grave peligro su vida
4. (Conclusión) El sometimiento de K al juicio penal supone vulneración de su derecho a la vida.

¿Hemos asistido a la resolución mediante ponderación de un conflicto entre principios perfectamente distinto de un conflicto entre reglas que haya que solventar excluyendo la validez o aplicabilidad al caso de una de ellas? En modo alguno. Lo que hemos visto es un caso perfectamente normal y corriente, el mismo que puede existir, por ejemplo, entre un sujeto A respaldado por su derecho de propiedad sobre una finca y el sujeto B que afirme que tiene derecho a pasar por esa finca porque sobre ella está constituida en su favor una servidumbre de paso. A invoca la norma N1 del Código Civil, que atribuye

a su derecho de propiedad sobre la finca el poder usarla y disfrutarla sin interferencia ajena no consentida. B apela a la norma N2, que reconoce la servidumbre de paso como supuesto de limitación del uso y disfrute no interferidos de la propiedad. Cualquier tribunal decidirá sobre la base de los siguientes pasos: a) aclaración de las dudas interpretativas de N1 y N2 relevantes para la resolución del caso; b) determinación de la realidad y significado de los hechos relevantes para el caso; c) subsunción de los hechos probados y valorados bajo las normas interpretadas, de manera que o bien no tiene base normativa o fáctica la reclamación del derecho de servidumbre, en cuyo caso prevalece el derecho de propiedad de A, o bien sí hay base normativa y fáctica para la reclamación de la servidumbre de paso, en cuyo caso prevalece el derecho de paso de B.

Por supuesto que si quisiéramos nosotros o quisiera un tribunal reconducir la disputa a un enfrentamiento entre principios, resultaría sumamente fácil. Bastaría afirmar que en favor de A cuenta el derecho/principio de protección de la propiedad y en favor de B el derecho/principio de libre circulación o de libertad de movimientos (o cualquier otro que la imaginación nos permita: el derecho a la salud de B, que se ve dañado si para llegar a su casa tiene que dar cada día un largo rodeo por no poder atravesar el fundo de A, etc., etc., etc.). Pero, de ese modo, lo que haríamos sería dejar sin sentido todos y cada uno de los preceptos del Código Civil o del sistema legal entero.

Repito, en el caso del Bundesverfassungsgericht que acabamos de resumir el Tribunal no pondera principios basándose en las circunstancias fácticas, sino que, movido por la necesidad de subsumir los hechos del caso bajo una norma u otra, realiza una interpretación del enunciado general del art. 2 apartado 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental y, en función de la misma, subsume tales hechos para extraer de esa norma la solución. Que para elegir de entre las interpretaciones posibles tenga el Tribunal que realizar valoraciones, que establecer preferencias valorativas y fundamentarlas, y que lo haga así teniendo como referencia los hechos del caso, no cambia absolutamente nada del proceder usual en cualquier caso ordinario y de aplicación de cualesquiera tipos de normas; no cambia nada respecto a o por comparación con lo que haría un tribunal en el litigio entre propiedad y servidumbre de paso que hace un momento mencionábamos.

1.2.6. El vaivén de las reglas adscritas

Al resolver un conflicto entre principios, el tribunal construye una regla adscrita. Cuando el tribunal dice que P1 tiene precedencia sobre P2 en las circunstancias del caso, que son, por ejemplo C1, C2 y C3, está sentando “una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido”. Si P1 es el principio prevalente en el caso y esa prevalencia resulta de que en el caso concurren las circunstancias C1, C2, C3, y si llamamos F a la consecuencia jurídica de P1, tendríamos la siguiente regla adscrita que habría sido sentada como base de la decisión:

$$C1 \text{ y } C2 \text{ y } C3 \rightarrow OF$$

Esto tiene una importante consecuencia: se trata de “una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido al igual que si fuera una norma legislada” (TDF, 79). Así pues, “como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso. Por tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente estatuidas tuvieran exclusivamente carácter de principios (...) existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios como otras que son reglas” (TDF, 79).

Dos comentarios revisten interés en este punto. El primero, que resulta muy discutible que la regla adscrita $C1 \text{ y } C2 \text{ y } C3 \rightarrow OF$ rija con carácter general, pues sería sólo la expresión de la regla decisoria de ese caso en el que se da el conflicto entre P1 y P2. Si el conflicto es, por ejemplo, entre P1 y P3, aunque se den íntegramente C1, C2 y C3, puede haber otras circunstancias que determinen un resultado diferente de la ponderación. Además, aunque en un nuevo caso el conflicto siga siendo entre P1 y P2, la concurrencia de una nueva circunstancia C4 puede hacer variar también el resultado de la ponderación, con lo que no se mantendría la implicación de que siempre que se den las circunstancias C1 y C2 y C3 se siga la consecuencia R, pues tendríamos que

$$C1 \text{ y } C2 \text{ y } C3 \text{ y } C4 \rightarrow \neg OF$$

Pero lo que, en segundo lugar y sobre todo, importa destacar es que la situación descrita por Alexy sería exactamente la misma cuando un tribunal interpreta una norma, pues la regla que aplica para la decisión final del caso no es el enunciado originario, sino que sería una norma adscrita con idéntica estructura: dadas las circunstancias C1...Cn, debe aplicarse la consecuencia F.

1.3. ¿Cómo mandan las reglas y los principios?

Nuestro autor atribuye distinto carácter *prima facie* a las reglas y a los principios. Al respecto, de los principios dice que “ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie* (...) Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas” (TDF, 80). En el caso de las reglas, su carácter *prima facie* se deriva de que casi siempre “es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una excepción” (TDF, 80). La introducción de una cláusula de excepción para una regla “puede llevarse a cabo en razón de un principio” (TDF, 80).

Si acertamos a reconstruir bien el planteamiento alexyano, las reglas y los principios rigen *prima facie*, pero de distinta manera. Las reglas contienen mandatos que o se cumplen o no se cumplen, en términos de todo o nada, pero pueden no cumplirse porque se introduce para ellas una excepción en un caso, ya sea esa excepción proveniente de otra regla o de un principio. En cambio, cuando un principio no se aplica, aunque ante unos hechos venga al caso, no es porque se excepcione desde otra norma, sino porque cede ante el mayor peso de otro principio. Las reglas vendrían a decir, por ejemplo, “En la situación S, obligatorio hacer X”, pero cuando se da la situación S, y X no se hace, no es porque la regla no gobierne, sino porque rige para el caso una excepción a la regla. En otros términos, en nuestra opinión e interpretando a Alexy, la regla no se incumple propiamente, porque en realidad la situación no sería S, sino S', y S' constituye el supuesto de otra regla, la que rige para el caso excepcionando la regla primera. Esto se debería al carácter terminante de las reglas. En cambio, con los principios las cosas no funcionan así, una vez que han sido definidos como mandatos de hacer algo “en la mayor medida posible”. El principio vendría a decir: “En la situación S, hágase X en la mayor medida posible”. Por tanto, si rige el principio y se da la situación S, la inaplicación del principio no se explica como introducción de una excepción al mismo, sino como imposibilidad, se explica porque esa mayor medida posible no ha tenido cabida. Por razones estructurales las reglas son derrotables, y son derrotadas cada vez que “pierden” porque se les hace una excepción desde otra norma, mientras que los principios también “pierden” ante otras normas, pero no son derrotables, ya que la

posibilidad de su inaplicación les es inmanente en razón de su cláusula “en la mayor medida posible”.

Sean el principio P1, según el cual “Todos tienen derecho a la libertad de expresión”, y el principio P2, a tenor del que “Todos tienen derecho al honor”. Sean los hechos de un caso que Juan dijo en público de José que es un idiota malnacido. Asumamos que en principio o prima facie, P1 y P2 colisionan en el caso. El tribunal establece que a) la expresión pública de Juan al decir que José es un idiota malnacido es un insulto; b) que el insulto atenta contra el derecho al honor y c) que, en consecuencia, la expresión de Juan no está amparada por P1 y vulnera P2. Esto puede explicarse de dos maneras: o como que con base en P2 se ha introducido una excepción a P1, o como que en el caso las razones de P1 han sido desplazadas por las razones opuestas de P2. Esta segunda es la versión de Alexy.

Ahora volvamos a nuestro anterior ejemplo del robo. Teníamos una regla (art. 242.1) CP según la cual “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años”, y otra (art. 242. 2) conforme a la que “La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevar...” Recordemos que en el caso tomado como muestra el delincuente había empleado un grueso palo que halló en el lugar del delito y en el momento mismo de perpetrarlo. Prima facie son aplicables las dos reglas, con su diferente medida posible en cuanto a la consecuencia. Al interpretar que “llevar” significa meramente portar al consumar el robo, la segunda regla se impone sobre la primera, lo cual puede ser explicado de dos formas: o que con base en la segunda regla se introduce una excepción a la primera o que en el caso las razones de la regla primera han sido desplazadas por las razones opuestas de la segunda.

¿Hay realmente diferencia en este punto entre reglas y principios? ¿Convertimos esas dos reglas en principios por el hecho de optar por la segunda interpretación? ¿Transformamos en reglas los dos principios del ejemplo del párrafo anterior si elegimos la explicación primera? De nuevo se podría repetir la objeción ya conocida: en el caso del ejemplo de las reglas, la decisión no depende de la ponderación de las razones subyacentes a esas normas, sino de la interpretación de “llevar”, a fin de ver si el palo fue “llevado”. Pero no parece difícil responder que en el caso del conflicto entre

los supuestos principios también es del mismo modo dirimente la interpretación de “honor”, a fin de ver si el insulto en cuestión atentaba o no contra el honor de José.

Ya sabemos que, según Alexy, “[U]n principio es desplazado cuando en el caso que hay que decidir, el principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavía no es desplazada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla. En este caso, además tienen que ser desplazados los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición. Estos principios deben ser llamados <<principios formales>>. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto más fuerte será el carácter prima facie de sus reglas” (TDF, 81).

El anterior fragmento merece algún comentario incidental y otros comentarios de fondo. El comentario incidental se refiere a la superpoblación normativa de los sistemas jurídicos, pues vemos que como principios con plena juridicidad los hay que mandan cosas tales como que “no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición”. ¿Es un principio positivo, contenido en algún enunciado normativo, o se trata de un principio jurídico suprapositivo? ¿Cuántos más de esos principios de incierta naturaleza existen en el cosmos jurídico de Alexy?

Pero vayamos con los aspectos más sustanciales. Vemos en ese párrafo de Alexy reflejados tres datos importantes. Uno, que a las reglas las pueden desplazar los principios. Dos, que cuando un principio desplaza a una regla, en el fondo lo que está desplazando antes que nada es el principio que subyace a tal regla. Y tres, que cuando un principio desplaza a una regla es por razón de una ponderación más compleja que cuando un principio desplaza a otro principio. Revisemos todo esto.

El desplazamiento de una regla sólo superficialmente es tal, pues en el fondo se tratará siempre de un conflicto entre principios. Por tanto, en última instancia, todo conflicto entre reglas y principios será un conflicto entre principios, si bien en el nivel más inmediato el conflicto puede presentarse en dos variantes:

a) Como conflicto entre reglas. Pero si bajo toda regla late un principio que es su razón de ser y que le da su sentido, ¿no cabría entender que cualquier conflicto entre reglas no es más que un conflicto entre principios y como tal debe ser resuelto, mediante la ponderación de esos principios?

b) Como conflicto entre reglas y principios. Pero acabamos de ver que, para Alexy, la regla puede ser desplazada por un principio cuando éste pesa más que el principio subyacente a la regla, sumado a los principios “formales”. Como todo son principios, tanto el sustantivo subyacente a la regla, como los “formales”, lo que se dirime en el enfrentamiento entre reglas y principios es una pugna entre principios.

Tomemos una regla, que dice “Obligatorio X”. Por debajo de esa regla, como su razón de ser y de sentido, estaría un principio que establecería que “Y debe ser realizado en la mayor medida posible”. Y la relación entre X e Y es necesariamente una relación de inclusión: X es un supuesto o elemento de Y. Por tanto, si X es obligatorio, según la regla, porque Y debe ser realizado en la mayor medida posible -según el principio subyacente-, deberíamos concluir que X debe ser realizado en la mayor medida posible. O sea, toda regla es en realidad un principio en lo que más importa.

Lo que parece que, según Alexy, diferenciaría el caso en que compiten reglas y principios es la mayor complejidad de la ponderación, pues no se pondera uno contra uno, un principio contra otro, sino uno contra varios: un principio opuesto a la regla contra el principio subyacente a la regla más el principio o los principios “que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello”. Pero la especificidad de este conflicto entre reglas y principios desaparece en cuanto se tiene presente que también caben casos en los que directamente, y sin mediación de reglas, compita un principio que propone una solución contra varios que avalan conjuntamente otra solución; o varios contra varios.

Ya se ha indicado anteriormente que, para Alexy, es distinto el carácter prima facie de los principios y de las reglas. El carácter prima facie de éstas se desprende, repetimos, de que casi siempre “es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una excepción”. Esa cláusula de excepción para el caso “puede llevarse a cabo en razón de un principio” (TDF, 80). Pero luego, a la hora de tratar de las reglas y los

principios “como razones”, nos dice Alexy que “Los principios son siempre razones prima facie; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son razones definitivas” (TDF, 82). Resulta muy curioso todo este razonamiento. Desde luego, razones definitivas serían en todo caso las reglas de validez estricta, pero Alexy no menciona tal cosa en este punto. ¿Qué otras reglas pueden ser razones definitivas? Solamente aquellas para las que otra regla o un principio no introduzca una excepción para el caso. Ya sabemos que, puesto que por detrás de cada regla hay, según Alexy, un principio, el principio de cada regla podría introducir en cualquier caso una excepción a otra regla (aunque no una excepción a su principio, pues los principios sabemos que, para Alexy, no tienen excepciones). Pero, además, una regla puede en el caso ser excepcionada directamente con base en un principio. Si eso es así, y en Alexy lo es, cabe alguna pregunta: ¿cuándo es definitiva una regla? ¿Cuándo se ha establecido que los posibles principios concurrentes no pesan tanto como para excepcionarla o en sí y antes de que se mida con ningún principio concurrente? Si se trata de lo segundo, serían sólo las reglas de validez estricta las que constituyen razones definitivas; si es lo primero, las reglas sólo son razones definitivas cuando mediante una ponderación se ha establecido que son definitivas, no antes y en cuanto reglas en sí. Da la impresión de que las reglas son razones definitivas prima facie, lo cual es perfectamente incongruente.

Por otro lado, si las reglas son razones definitivas cuando resulta que para el caso se ha afirmado previamente que no son objeto de excepción, ¿qué ocurre si en un caso concurre como única norma aplicable un principio? Habría que concluir que, entonces, un principio puede ser razón tan definitiva como una regla, aunque Alexy insiste en que “Los principios no son nunca razones definitivas” (TDF, 83-84). ¿Por qué no lo son cuando sólo uno resulta aplicable a un caso? ¿Está Alexy insinuando que para cada caso siempre van a comparecer varios principios, como consecuencia de que entre los principios iusfundamentales hay contradicciones esenciales y constantes?

Lo que parece claro en Alexy es que la regla adscrita que resulta de la ponderación de dos principios concurrentes para el caso es una regla definitiva. Como esas reglas son las que deciden el caso concreto, la regla que decide el caso concreto es razón definitiva de la resolución del caso concreto. Pero, entonces, ¿qué diferencia existe entre regla a secas y reglas adscritas -resultantes de la ponderación para el caso- que deciden el caso

concreto? A ambas las está caracterizando Alexy como razones definitivas. ¿Son igual de definitivas, o cuando dice que las reglas son razones definitivas está cayendo en la tautología de que son razones definitivas las reglas que son razones definitivas? Porque, al tiempo, afirma que “[t]ambién las reglas puede ser razones para reglas” (TDF, 83). ¿Una regla que es razón para una regla, sigue siendo una razón definitiva? ¿Cuál es la razón definitiva, la regla primera, que es razón para la otra, o esta otra? ¿Tal vez las dos? Y, sobre todo, ¿cómo se produce el paso de la regla que es definitiva y razón para la otra regla, a ésta que también es razón definitiva? Veamos cómo lo ilustra con un ejemplo: “Quien acepta como inconvencible la norma según la cual no se puede lesionar la autoestima de cada cual, ha aceptado una regla. Esta regla puede ser la razón para otra regla según la cual a nadie debe hablársele de sus fracasos” (TDF, 83). Ahora examinemos con algo de detenimiento dicho ejemplo.

En primer lugar, otra vez da la impresión de que el estatuto que como regla o principio tenga una norma no depende de propiedades estructurales de la misma, sino de lo que en ella quiera ver o aceptar el intérprete de turno. Si Alexy dijera que estamos ante una regla cuando según la misma algo es inconvencible, sería distinta tal impresión, pero resulta que sostiene que para que una norma sea una regla alguien ha de aceptar como inconvencible lo que ella establece; es decir, la condición de regla queda constituida por el tipo de acto de aceptación que de su contenido se hace.

En segundo lugar, y yendo a lo que ahora estábamos tratando, la pregunta decisiva es ésta: ¿qué tipo de relación existe entre la regla primera o antecedente, que dice que no se puede lesionar la autoestima de cada cual, y la regla de la que la anterior es razón y que establece que a nadie debe hablársele de sus fracasos? ¿Existe una implicación lógica entre esos dos contenidos? En modo alguno, salvo que presupongamos una premisa no enunciada que diría así: “hablarle a alguien de sus fracasos es lesionarle la autoestima”. Aunque parece más que obvio lo que decimos, detengámonos a aclararlo aún más. ¿Sería una inferencia correcta la contenida en el siguiente razonamiento?

1. No se puede lesionar la autoestima de X
2. A habló a X de sus fracasos
-
3. A lesionó la autoestima de X

Es evidente que este razonamiento sólo puede entenderse como entimemático y que sólo es correcto explicitando la premisa oculta:

1. No se puede lesionar la autoestima de X
2. Hablar a X de sus fracasos es lesionar la autoestima de X
3. A habló a X de sus fracasos
-
4. A lesionó la autoestima de X

¿Por qué Alexy no lo explica así? Quizá por la escasísima importancia que da a la interpretación propiamente dicha, consecuencia probablemente de que en su visión del Derecho, éste no se compone de enunciados con determinada carga semántica más o menos precisa, sino de algún género de entidades axiológicas entre las que las relaciones de implicación no son lógico-formales, sino materiales, de algún tipo de extraña y muy curiosa “lógica material”.

1.4. ¿Existen las reglas?

La extrema dificultad de dar entre las normas -o aunque sólo sea en las normas iusfundamentales- con un criterio de identificación de reglas y principios se vuelve a manifestar cuando Alexy insiste en que no es el grado alto de generalidad de la norma lo que determina la condición de principio, pues existen “normas de alto grado de generalidad que no son principios” (TDF, 84), y pone como ejemplo de esto la norma del art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental de Bonn, que sería una regla: “Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto”.

Sostiene que dicho “enunciado normativo” “formula una regla” al margen de que pueda presentar “una serie de problemas de interpretación y detrás de él se encuentra un principio al que puede recurrirse para su interpretación” (TDF, 84). ¿Por qué se trata de una regla, aunque suela denominarse principio? Respuesta de Alexy: porque “lo que exige es algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido” (TDF, 84). No nos libramos de los enigmas. Veamos unas pocas dudas.

Primera. Si esa norma es una regla porque su mandato “puede sólo ser o no ser cumplido”, qué sucedería por ejemplo con la norma que dijera “El domicilio es inviolable”? ¿Y con la que dijera “Todos tienen derecho a la intimidad”? ¿También serían reglas? Y, si no lo son, dónde se encuentra la diferencia entre estas normas y la del 103,2 LF?

Segunda. ¿Qué categorías intermedias existen entre “ser o no ser cumplido”? ¿Tal vez ser cumplido a medias? ¿Lo que diferencia la norma del 103, 2, regla, de la de la inviolabilidad del domicilio, que seguramente sería un principio en Alexy, es que la inviolabilidad del domicilio puede ser cumplida a medias o en dos quintos? ¿Alexy o alguien ha visto alguna vez una sentencia en la que se diga que el domicilio es inviolable sólo a medias o en dos quintos y que por eso es un principio?

Tercera. ¿Qué tipo de regla es ésta del 103, 2 LF, una regla de validez estricta o una regla de validez no estricta? Si es lo primero, conviene aclararlo expresamente, para no correr ciertos riesgos. Pues, si se trata de una regla de validez no estricta, puede ser derrotada por un principio, como ya sabemos. Y si puede ser derrotada por un principio, llegamos a dos conclusiones nuevamente sorprendentes. En primer lugar, que el llamado principio de legalidad penal, en este aspecto de “principio” de tipicidad, sólo protege relativamente, pues cuando un principio pese más, podría ser excepcionado por él. Y, en segundo lugar, que, si toda regla lo es porque “exige algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido”, toda regla, como ésta misma del ejemplo, tiene detrás de sí un principio, y toda regla -de validez no estricta- puede ser derrotada por un principio opuesto en el caso -es decir, puede ser derrotado su principio de fondo, sumado al principio de que las reglas conviene que se cumplan-, entonces tendríamos que, según Alexy, toda regla lo es porque “lo que exige es algo que siempre puede sólo ser o no ser cumplido”, pero ese cumplimiento dependerá de lo mismo que el de los principios: de que venza en la ponderación cuando hay un principio enfrente.

Además, y para colmo, si ya sabemos que toda regla se puede inaplicar en el caso en que un principio gane en la ponderación y justifique la introducción de una excepción a dicha regla, nos topamos con la conclusión preocupante de que la regla de este ejemplo de Alexy, que es nada menos que la regla que establece una de las manifestaciones del principio de legalidad penal, no se impone taxativamente y sin vuelta de hoja, sino sólo

cuando no haya buenas razones en algún otro principio para dejarla sin efecto. Aviados estamos en nuestra seguridad ante el Derecho penal.

Pero reparemos en otro detalle del juego conceptual de Alexy. Una regla, nos dice, lo es porque sólo puede cumplirse o no cumplirse. Pero cuando a una regla como esta se le introduce con base en un principio una excepción, Alexy no va a decir que la regla se incumplió, sino que a la hora de la verdad no regía para el caso. Por tanto, el incumplimiento de las reglas es imposible, pues no se incumplen, sino que se inaplican cuando no deben aplicarse y esa inaplicación no es incumplimiento de tal regla, sino aplicación de otra regla que viene al caso y que se fundamenta en un principio.

Y una secuela más de todo este galimatías desconcertante. Alexy nos había dicho que el conflicto entre reglas sólo puede resolverse en el terreno de la validez, es decir, entendiendo que una de ellas es inválida. Veamos como queda aquí el asunto. Llamemos R a esa regla del art. 103.2 de la Ley Fundamental que dispone que nadie puede ser castigado sin ley previa que tipifique expresamente el comportamiento en cuestión como delictivo y prevea para él una pena (*nullum crimen sine lege*). Con R (y sus principios de apoyo) puede enfrentarse para el caso un principio P y en tal caso habrá que ponderar. Supongamos que de tal ponderación resulta el mayor peso en el caso de P que de R (que los principios de apoyo de R). Entonces, el caso se decidiría, como ya sabemos, a partir de la regla resultante de esa ponderación en esas circunstancias, R'. ¿No estaríamos ante un conflicto entre reglas, R y R' que habría que entender resuelto en clave de validez y afirmando, conforme a lo antes expuesto por Alexy para tales enfrentamientos de reglas, que R es inválida? ¿Puede ser inválida aquella regla del art. 103.2 de la Constitución alemana?

De tamaño laberinto únicamente se puede salir mediante prestidigitación conceptual. En realidad, lo que está suponiendo Alexy es que no hay tal conflicto entre R y R', pues si en la ponderación P ganó a R, quiere decirse que R no es aplicable al caso y, por tanto, no hay para el caso pugna entre R y R'. Como el conflicto entre normas sólo es *prima facie*, no tiene por qué sufrir la validez de ninguna de ellas. Pero, entonces, ¿por qué nos había dicho Alexy que el conflicto entre reglas se solventa en el terreno de la validez? En todo caso, tranquilos todos: la “regla” del *nullum crimen sine lege* puede inaplicarse,

pero cuando se inaplica por razones “de principio”, no se incumple, simplemente no tocaba aplicarla. ¿Será ése consuelo bastante?

1.5. ¿De dónde vienen los principios?

La siguiente razón para nuestra desorientación en el proceloso mundo de las reglas y los principios nos la da Alexy cuando nos indica otras dos llamativas características que pueden adornar los principios: que puedan “surgir naturalmente” y que no necesiten ser “establecidos explícitamente”: “el hecho de que como normas <<surgidas naturalmente>> puedan ser contrapuestas a las normas <<creadas>> se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de expedición detallada de normas y, de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho” (TDF, 84-85). Busquemos una norma iusfundamental de las que, por lo que dice Alexy y los ejemplos que suele dar, sería sin duda un principio, la libertad de expresión. ¿Quiere decirse que esa norma no es una norma que sea tal porque haya sido creada por el constituyente, sino que éste propiamente no la creó, dado que ya existía antes y en sí, como norma iusfundamental, y el constituyente se limitó a reconocerla y transcribirla? ¿O es que hay unos principios que son creados y otros que surgen naturalmente, aunque no sean explícitamente establecidos? ¿Cómo se reconocerían esos últimos? Puesto que, al parecer, esos principios que son Derecho, normas jurídicas, aun cuando no estén explicitados, tienen tal condición en razón de “concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho”, ¿cuánto de difundidas y entre quiénes han de estar dichas concepciones engendradoras por sí de principios que son Derecho aunque no se hallen mencionados en ningún enunciado jurídico? Esto no será iusnaturalismo del de toda la vida, pero a ratos se le parece, reconozcámoslo.

1.6. ¿Hay principios absolutos e imponderables?

Se enfrenta Alexy con la cuestión de si pueden existir principios absolutos, es decir, “principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros” (TDF, 86), de modo tal que para esos principios no funcione la llamada ley de colisión, pues no serían mandatos de optimización, sino mandatos absolutos. El candidato que menciona es la norma del art. 1 párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental de Bonn, a tenor de la cual “La dignidad humana es intangible”. Y aquí vemos a Alexy realizar un extraño quiebro. Ahí

no habría una norma, regla o principio, sino dos: una regla y un principio. En lo referido a los componentes esenciales de la dignidad humana, se trataría de una regla. En lo referente a los casos que caigan en la zona de penumbra o ámbito de vaguedad de la expresión, estaríamos ante un principio. Habrá que suponer, en lo referente a la parte en que se trata de una regla, que es una regla de validez estricta, pues en caso contrario se admitiría que también puede perder frente a un principio que le introduzca una excepción, aunque esto no lo menciona así Alexy. Viene a decirnos que el contenido de la regla queda plasmado por la preferencia que se disponga al ponderar el principio de dignidad humana con otros principios, de forma que en lo que el principio de dignidad humana gane siempre, estaríamos ante la regla de la dignidad humana. ¿Se trata entonces de reglas adscritas que configuran la regla de la dignidad humana? No lo explica nuestro autor de esta manera, curiosamente. Más bien da la impresión de que en esos casos en que la dignidad humana vence siempre sobre otros principios, es porque se trata de la parte de regla de esa norma, mientras que cuando puede ganar o no, nos hallamos ante la parte del principio. Por tanto, lo que la norma de la dignidad humana tenga de regla no resulta de la ponderación, sino que condiciona la ponderación y hace que le regla gane siempre. Pero, entonces, ¿cómo podemos saber cuál es el contenido de la regla de dignidad humana como distinto del contenido del principio de dignidad humana?

Una explicación alternativa a la de Alexy podría consistir en sostener que toda norma de derecho fundamental tiene un núcleo esencial o que todo enunciado de derechos fundamentales tiene un núcleo de significado en el que la protección del respectivo derecho prima siempre, mientras que el alcance del derecho en lo que sea zona de penumbra queda al resultado de la interpretación. Esto sería común para cualquier norma de derecho fundamental, y el mismo Alexy reconoce que la tesis relativa a “la posición nuclear” de la dignidad humana “vale también para otras normas de derecho fundamental”. Pensemos nosotros en otro posible ejemplo. La norma que prescribe la inviolabilidad del domicilio tendría un núcleo de significado en lo referido a lo que indiscutiblemente es el domicilio de una persona, mientras que habría que delimitar a través de la interpretación si bajo la noción de domicilio también caen a esos efectos cosas tales como las habitaciones de hotel. En el Derecho constitucional español queda fuera de duda que el domicilio en sentido estricto no puede ser violado fuera de los casos que la Constitución expresamente prevé (mandamiento judicial, autorización del

titular y flagrante delito), lo que significa que ninguna ponderación con otro derecho fundamental puede legitimar la violación del domicilio fuera de esos supuestos. En cambio, en la Sentencia 10/2002, de 17 de enero, tuvo el Tribunal Constitucional que decidir si las habitaciones de hotel también era, a efectos de ese derecho, domicilio, y lo hizo extendiéndoles la protección mediante una interpretación extensiva de la noción de domicilio. Una vez recaída esa interpretación, y en razón de los efectos vinculantes de las interpretaciones del Tribunal Constitucional, queda desterrado que pueda haber ningún tipo de justificación constitucional para que se considere constitucionalmente legítima la violación de las habitaciones de hotel fuera de los casos constitucionalmente previstos como excepciones a la inviolabilidad del domicilio. Además, en dicha Sentencia del Tribunal Constitucional se aprecia perfectamente que el Tribunal no ponderó ese derecho contra otros posibles principios que pudieran justificar la opción contraria, sino que simplemente realizó un razonamiento interpretativo. Creemos que así ocurre siempre en realidad.

Pero Alexy no puede admitir que las cosas sean de tal manera, sino que tiene que retorcer la naturaleza de las normas y explicar en términos mucho más oscuros el razonar de los tribunales, pues, de no hacerlo así, tendríamos que desaparecer la diferencia entre reglas y principios y que todas las normas de derechos fundamentales (y todas las del ordenamiento jurídico) tienen idéntica estructura básica: son enunciados normativos con un núcleo de significado y una zona de penumbra, y rigen sin excepción en lo referente al núcleo de significado y son interpretadas en su zona de penumbra; y dicha interpretación delimita con carácter general el alcance de la norma, sin espacio para más ponderación que la simple valoración de las razones en pro de una u otra de las interpretaciones posibles.

2. Algunas dudas esenciales sobre el constructivismo de Thomas Bustamante.

Al cabo de tantas vueltas, lo que comprobamos es que la teoría de las normas de Alexy es un sofisticado artilugio para fundamentar la penetración de la moral en el sistema jurídico y el condicionamiento de la validez o aplicabilidad de las normas jurídicas por su compatibilidad con las normas morales, o con ciertas de ellas. Quizá para ese viaje no hacía falta tanta alforja, pero si lo decimos así, obviamos lo más sutil de la teoría iusmoralista de Alexy. En efecto, el iusmoralismo tradicional arranca de la afirmación

abrupta de que la moral verdadera es más importante y de más alto valor que el Derecho. A partir de esa afirmación inicial, al iusmoralismo poco le importa cuáles sean los tipos de normas jurídicas, pues todas ellas están sometidas a ese condicionamiento común. En cambio, la estrategia de Alexy sigue un camino inverso. Alexy parte de que en el sistema jurídico comparecen siempre dos tipos de normas, las reglas y los principios, y se dedica a glosar tal distinción con un método analítico, al menos en apariencia, si bien hemos visto que no consigue mostrar una diferencia estructural o propiamente analítica entre esas dos variantes de normas. Reglas y principios lo son por el modo como se aplican, y no al revés, no se aplican de una forma u otra por razón de su modo de ser. Es la decisión de someter la aplicación de una norma a ponderación lo que la vuelve principio, y no es que un principio, por ser tal estructuralmente, se tenga que aplicar mediante ponderación. Pero, más allá de esa carencia crucial de la teoría alexyana de las normas, lo decisivo aquí es que los principios tendrían una naturaleza esencialmente moral, puramente axiológica, por lo cual la presencia de la moral como condicionante de la aplicación de las normas jurídicas, o al menos de la de los principios, no se presenta como postulado de partida, sino como consecuencia inevitable del modo de ser de las normas, al menos de esas normas que son principios. El Derecho no estaría impregnado de moral porque se afirme que así ha de ser, como hace el iusmoralismo tradicional, sino que no puede ser de otra manera, para Alexy, porque así está configurada buena parte de sus normas jurídicas, las que son principios.

Mas al hacer de la decisión aplicativa de los principios jurídicos una decisión esencialmente moral, llegamos a la cuestión decisiva en la discusión que Thomas Bustamante hace de las tesis que mantengo en el trabajo sobre derrotabilidad que figura en este volumen y en otros anteriores. Yo sostengo que no tiene sentido someter la validez o aplicabilidad de las normas jurídicas a un condicionamiento por la moral que no sea un condicionamiento por la moral (tenida por) verdadera. Parece absurdo postular, en los rotundos términos de Alexy, el sometimiento de la vigencia de una norma jurídica en cada caso a su compatibilidad con una moral perfectamente subjetiva, personal, relativa a las meras preferencias del sujeto que decide. La teoría positivista afirma la existencia de amplios espacios para la discrecionalidad decisoria del juez, consecuencia de la indeterminación semántica inevitable de los enunciados legales, de la existencia de antinomias no resolubles con pautas normativas objetivas y externas (como el criterio temporal o el jerárquico) y de la existencia de lagunas. Y el

positivismo, por lo común, afirma que esos espacios de discrecionalidad insoslayable los colma el juez mediante sus personales valoraciones o, si se quiere hablar de moral o razón práctica, desde el sistema moral y la idea de razón práctica a la que cada juez se acoge. Mas no puede ser ésa la visión de Alexy pues, entre otras cosas, nos haría pensar que lo que llama ponderación no es más que sinónimo de valoración personal del juez al optar entre alternativas. Entonces sí que no tendríamos más que un cambio puramente terminológico, cosmético, y que vendría a cuento lo de que para ese viaje no hacían falta alforjas.

No, Alexy concede muy escaso espacio a la discrecionalidad judicial y está dando por sentado que aun en los casos en que la dicción de las normas deja la solución abierta, cabe que el juez halle la solución correcta para el caso. El método de ponderación sería, precisamente, un camino para encontrar esa solución correcta para el caso. No puede ser la ponderación de Alexy una simple manera de explicar que el juez pesa como mejor le parece, en razón de su ideología y sus personales preferencias, ni siquiera un simple esquema que se ofrece al juez para que, a la hora de argumentar la preferencia que ha puesto, lo haga de modo más completo y preciso. No, Alexy está presuponiendo, lo quieran sus exégetas admitir o no, que desde la razón práctica se proporciona al juez la solución correcta para todos o la mayor parte de los casos dudosos, y por eso el de la ponderación no es un mero método simplemente argumentativo o de mera explicitación de las premisas decisorias, sino un método de razón práctica para el hallazgo y la fundamentación de la decisión objetivamente correcta. De ahí que las ponderaciones realizadas por un tribunal sean calificadas por Alexy y los alexyanos de correctas o incorrectas en sí, y que no se limiten Alexy y los alexyanos a decir algo como esto: “está bien ponderado y, en consecuencia, bien decidido, pero yo habría ponderado de otra manera y llegado a un resultado diferente del pesaje”. Eso lo dirá de esa forma el positivista, pero no puede afirmarlo así el iusmoralista congruente. El iusmoralista congruente nunca duda de que sus ponderaciones son las verdaderas y desde ellas juzga el acierto o yerro de las ponderaciones ajenas, incluidas las de los jueces. Por eso suelen los iusmoralistas ser previsibles: conozca usted cómo piensan y cuál es su ideología, y sabrá lo que les va a salir de la balanza cada vez que sopesen normas o derechos en conflicto. Ellos podrán replicar que otro tanto pasa cuando conocemos la ideología de ese positivista que va a decidir discrecionalmente; muy cierto, pero con una sutil diferencia: el positivista no niega que la decisión es suya, no la atribuye a una

misteriosa balanza constructivista ni presume de haber dado con un método para trasmutar lo subjetivo en objetivo y lo discutible en demostrado por merecedor del consenso de todos.

Lo que el profesor Bustamante me critica es esa atribución a los iusmoralistas en la órbita de Alexy de la fe en la existencia y operatividad de la moral verdadera, de una moral con contenidos objetivos preordenados. Según Bustamante, no es necesario acogerse a ese objetivismo moral, sino que basta confiar en las virtualidades de una ética de corte constructivista. ¿Qué es ese constructivismo ético y qué nos aporta aquí?

Una ética o una concepción de la razón práctica de índole constructivista, del tipo de la que subyace a Rawls o a Habermas, y, en opinión de Bustamante, también a Alexy, se podría caracterizar de la siguiente manera. Para los problemas morales o de razón práctica en general, para aquellos asuntos en los que se ha de optar entre cursos de acción alternativos, se puede confiar en la existencia de soluciones objetivamente correctas aun cuando éstas no estén preestablecidas en un sistema moral que contenga por adelantado, en sus normas, las soluciones verdaderas para cada caso. No hace falta suponer una ética material predeterminada en sus contenidos o cabe desconfiar de que tal ética material exista o sea cognoscible en sus normas. Lo que sí existiría es un procedimiento racional para la correcta decisión de cada caso de razón práctica. Decisión correcta de cada caso será la que se atenga a dicho procedimiento. ¿Por qué? Porque la decisión que se alcance con pleno respeto a tales requisitos procedimentales podría y debería disfrutar del acuerdo de todo sujeto racional, ya que esos procedimientos garantizan la imparcialidad del resultado y lo hacen fruto de la razón común a todos y no de los intereses personales, las ideologías o las preferencias subjetivas de sujetos o grupos particulares. En un contexto ideal de decisión práctica, todos los interesados deberían poder argumentar sus puntos de vista y el acuerdo de todos sería viable desde el momento en que los intereses egoístas o los prejuicios de cada uno quedan contrapesados por la fuerza de las razones que todos habrán de atender si se avienen a conducirse argumentativamente como sujetos racionales y no como individuos puramente egoístas o con su visión de las cosas deformada por la subjetividad y el prejuicio.

Las éticas de corte constructivista proponen modelos ideales para medir el grado mayor o menor de racionalidad de las decisiones colectivas: una tal decisión será tanto más racional, cuanto más se acerque el procedimiento discursivo en que ha sido tomada a ese patrón ideal de debate colectivo no contaminado. Por eso estos modelos constructivistas tienen utilidad para el análisis crítico, por ejemplo, de las decisiones que en una comunidad política se tomen sobre los contenidos de la ley. Una norma legal será tanto más racional y legítima, cuanto más depurado sea el procedimiento democrático que ha llevado a su adopción, y la democracia se interpreta, desde tales parámetros, como democracia deliberativa, como democracia de libre argumentación.

Ahora bien, ¿sirve este modelo como canon de racionalidad de la decisión judicial? Supongamos un caso. En un país está reconocido el derecho de la embarazada a abortar libremente dentro de un determinado plazo, pero sólo dentro de ese plazo. Al día siguiente de cumplirse tal plazo, se descubre que la señora X, encinta, tiene una enfermedad que hará que, en caso de que continúe con la gestación, muera al dar a luz con altísima probabilidad. El conflicto entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la vida de la madre es claro. Ahora pongamos que un tribunal ha de decidir cuál de esos derechos enfrentados tiene que prevalecer en esta oportunidad. Valorará o ponderará, como queramos decirlo, y tomará una decisión, la que sea. ¿Qué nos aportaría la teoría ética constructivista, como la que goza del favor del profesor Bustamante? En mi opinión, nada más que esto: se le pide a los jueces que razonen del modo más objetivo e imparcial posible; es decir, que adopten aquella decisión que consideren que tomaría cualquier ser humano racional que se hallara en su posición, la de juez, y que argumenten su fallo como si con él hubieran de convencer honestamente a todo observador imparcial que examine críticamente su sentencia. Eso, por cierto, es lo mismo que a esos jueces les solicitaría un positivista no perfectamente cínico y no absolutamente escéptico respecto de la posibilidad de limitar en algo la arbitrariedad judicial. No en vano para los positivistas no son sinónimas discrecionalidad y arbitrariedad.

Pero una cosa son las actitudes y los propósitos y otra, bien distinta, los resultados. Ese juez decidió lo que de buena fe le parece que cualquier ser humano racional y razonable decidiría si estuviera en su lugar, decidió convencido de que sus razones eran las mejores y más merecedoras de general acuerdo. Pero no por eso su decisión será

objetivamente correcta, pues igual de correcta y acorde con esos postulados formales y argumentativos puede resultar la resolución contraria alcanzada por un juez que mantenga las convicciones opuestas con la misma buena fe. En el ejemplo anterior, un juez de ideología abortista y uno de ideología opuesta al derecho al aborto van a decidir de modo opuesto, y probablemente ambos lo harán con el convencimiento de que su punto de vista es el objetivamente acertado, de que cualquiera en sus cabales o no contaminado de malos prejuicios decidiría igual, y de que, por tanto, un auditorio universal como il faut les daría la razón sin dudar, pues, entre personas racionales, la verdad no tiene más que un camino. El constructivismo viene a decirnos que en nuestras decisiones prácticas debemos inclinarnos por aquellas alternativas que nos sintamos capaces de defender ante el auditorio universal y que nos parezca que serían aprobadas por todos en la situación ideal de diálogo. Así que tal parece que para echarse confiadamente en brazos del constructivismo ético hace falta ser o algo crédulo o bastante soberbio, pero, desde luego, nada modesto.

Así pues, el constructivismo, aplicado a la decisión judicial, o es poco menos que trivial o es engañoso. Es trivial si se reduce a solicitar que el juez decida y argumente como si tuviera que convencer al auditorio universal. En ese caso, se limita a solicitar del juez una actitud subjetiva de profunda honestidad, pero nada avanzamos sobre la posible corrección objetiva de la decisión. El juez ponderó desde las circunstancias del caso y decidió que pesaba más el derecho a la vida del feto o el de la madre, pero su decisión seguirá siendo su decisión discrecional y movida por sus convicciones personales, por mucho que él las entienda como perfectamente universalizables. Yo estoy convencido de que algunas de mis convicciones son las justas, verdaderas y universalizables, pero no por ello puedo pretender que todos acepten que las decisiones que yo tomo en aplicación de esas convicciones más son las objetivamente correctas y verdaderas. Salvo que yo sea un descarado y piense que mi método es perfectamente “constructivista” y que si los demás no prestan su consenso a mi decisión no es porque el constructivismo no sirva para nada, sino porque los demás se empecinan en el error y no son, ellos, tan constructivistas como deberían.

El constructivismo, por otra parte, es engañoso si lo que hace es camuflar un objetivismo moral no confeso. Estamos ante un objetivismo moral disfrazado de constructivismo cuando vemos a un sujeto razonar siguiendo estos dos pasos: a) para el

caso C la solución objetivamente justa es la solución S, no la S'; b) la prueba de que la solución justa de C es S es que si todos fuéramos racionales y abiertos a los argumentos debidos y a su adecuada ponderación, todos estaríamos de acuerdo (todos estarían de acuerdo conmigo) en que S y no S' es la solución justa de C. El constructivista así tiene la fea costumbre de considerar que los que no coinciden con sus preferencias morales yerran por no saber argumentar y atender argumentos como es debido o porque no se colocan adecuadamente el velo de ignorancia.