

Principios jurídicos

*El debate metodológico
entre Robert Alexy y Ralf Poscher*



Juan Antonio García Amado
Rafael Giorgio Dalla-Barba
(Editores)

Publicación
editada
en el Perú
por Palestra Editores



Cultura Chimú (entre los años 1000 y 1460 d.C.)

PRINCIPIOS JURÍDICOS
*El debate metodológico
entre Robert Alexy y Ralf Poscher*

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
RAFAEL GIORGIO DALLA-BARBA
(EDITORES)

PRINCIPIOS JURÍDICOS
EL DEBATE METODOLÓGICO
ENTRE ROBERT ALEXY Y RALF POSCHER

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2022

Palestra
Extramuros

CONSEJO EDITORIAL

Owen Fiss
Gustavo Zagrebelsky
Robert Alexy
Manuel Atienza
José Juan Moreso

PRINCIPIOS JURÍDICOS

El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher
Juan Antonio García Amado, Rafael Giorgio Dalla-Barba

(Editores)

Palestra Editores SAC. Primera edición, Junio 2022

Primera edición Digital, Junio 2022

© Juan Antonio García Amado

© Rafael Giorgio Dalla-Barba

© 2022: Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú

Telefax: (511) 637-8902 / 637-8903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

Diagramación y Digitalización:

Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2022-05390

ISBN: 978-612-325-262-5

ISBN Digital: 978-612-325-268-7

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

NOTA INTRODUCTORIA

1. Prolegómenos
2. Traducciones
3. Agradecimientos

PROLOGO I

Manuel Atienza

PROLOGO II

Juan Antonio García Amado

1. ¿Al principio fueron las reglas?
2. De pesos y medidas. El que parte y reparte...
3. El principio ponderando y con el mazo dando
4. Lo que hay y lo que no hay en este libro

PRIMER ROUND

SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Robert Alexy

1. Las tres posiciones
2. Las cuatro objeciones

Referencias

ACIERTOS, ERRORES Y FALSO AUTOCONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Ralf Poscher

1. El punto de partida: la acertada crítica a las teorías positivistas de la aplicación del derecho
2. El error de teoría jurídica: la distinción estructural entre reglas y principios

3. La recaída metodológica: el concepto de regla de la teoría de los principios
4. La ubicación sistemática: la teoría de la argumentación
5. El falso autoconcepto: la teoría principialista como dogmática

Referencias

SEGUNDO ROUND

EL DEBER IDEAL

Robert Alexy

1. Dos objeciones de la teoría de las normas
2. Dos objeciones de la teoría argumentativa

Referencias

TEORÍA DE UN FANTASMA

La búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto

Ralf Poscher

1. El concepto de principio en la teoría de los principios
2. La objeción de la superfluidad
3. La objeción de la existencia
4. Por qué los mandatos de optimización en la teoría de los principios son insuficientes
5. El buen sentido del discurso sobre los principios jurídicos

Referencias

TERCER ROUND

EL DEBER SER IDEAL Y LA OPTIMIZACIÓN

Robert Alexy

1. El modelo de índices para el deber ser ideal
2. La ley de la colisión
3. La fórmula del peso
4. La ley de la colisión y la ley de la ponderación
5. La equivalencia fundamental
6. El argumento de la identidad de Poscher
7. Los mandatos reiterativos de validez de Sieckmann

Referencias

¿RESURRECCIÓN DE UN FANTASMA?

Sobre el último intento de Robert Alexy por salvar su concepto de principio

Ralf Poscher

1. De qué no se trata el desacuerdo
2. La historia hasta ahora
3. El tercer round
4. Mandatos de optimización
5. Conclusión

Referencias

NOTA INTRODUCTORIA

1. PROLEGÓMENOS

Insólitamente, puede la ciencia progresar sin la existencia de un debate. Suele atribuirse frecuentemente a Sócrates el origen y el fundamento del método filosófico que se hizo conocido por haber influido en el desarrollo de casi todo el pensamiento occidental. Como “camino entre ideas”, el método dialéctico consiste en la oposición de conceptos y visiones que, a través de la argumentación racional, tiende a caminar hacia un conocimiento seguro. Siglos después, algunos filósofos identificados con el idealismo alemán llegaron a afirmar que el método dialéctico no solo es una forma de adquirir conocimiento, sino la estructura misma de la realidad. Definiría no solamente los medios por los cuales se establece la plausibilidad de puntos de vista opuestos, sino el movimiento real y concreto de fricción entre ellos. Sea como fuere, cada vez que se elaboran controversias científicas en forma de un debate, se multiplican las condiciones para resaltar las debilidades y fortalezas de posiciones contrapuestas. El debate científico abre la posibilidad de consolidar teorías, rechazarlas o incluso sustituirlas. No es diferente el flujo del debate jurídico en el ámbito de la filosofía del derecho; más específicamente, en el ámbito de la investigación de los conceptos más fundamentales para la propia metodología jurídica.

El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher retrata claramente este agudo y acerado tipo de discusión jurídica. Contrariamente a lo que un jurista —aunque familiarizado con el tema de los derechos fundamentales— pueda imaginar a primera vista, este debate no tiene por objeto el famoso y controvertido concepto de ponderación (al menos, no de manera inmediata). No repite, ni para criticar ni para defender, las clásicas y habituales objeciones a la irracionalidad de la ponderación, su propensión a decisiones

inconmensurables o incluso su legitimidad institucional como método de justificación de decisiones judiciales. El debate tampoco se trata, de la llamada fórmula del peso, según la cual se traducen en términos matemáticos los respectivos grados de satisfacción e intensidad de los derechos fundamentales en colisión. Además, el debate no se refiere a la existencia o a la validez de normas con carácter de principio en sistemas jurídicos desarrollados, como en la gran mayoría de los países europeos y latinoamericanos. Entonces, ¿cuál es el objeto específico del debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher? ¿En qué están en desacuerdo?

Subyacente a los conceptos antes mencionados, particularmente significativos para la filosofía del derecho, se encuentra la concepción de *principios jurídicos* y, por extensión, su peculiar relación con la concepción de *reglas jurídicas*. Mientras que Alexy propone, desde fines de la década de 1970, una distinción *cualitativa* entre reglas y principios, Poscher sostiene una distinción *gradual* entre estos dos tipos de norma jurídica. Un desacuerdo como este, puede parecer de carácter pura y estrictamente especulativo, reservado únicamente al interés de algunos filósofos y académicos alejados del palpitante y mundano día a día de los tribunales. Pero las distinciones teóricas casi nunca son neutrales y sus consecuencias prácticas son a menudo controvertidas. El núcleo del debate proviene no solamente de la relación entre reglas y principios jurídicos, sino de sus profundas repercusiones en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Así, se establece una conexión directa entre la distinción metodológica, que acompaña a la relación entre reglas y principios, en el plano teórico, y la dogmática constitucional que instruye la aplicación real de las normas de derecho fundamental, en el plano práctico. En pocas palabras, la pregunta central del debate Alexy-Poscher es: ¿Qué son los principios jurídicos y en qué se diferencian de las reglas jurídicas?

El debate se abrió con un tema particular en el escrito de habilitación de Ralf Poscher publicado en el 2003.¹ En este trabajo, se plantean una serie de objeciones contra la teoría de los principios, cuyo desarrollo en aquel momento estaba condensado en un artículo de Robert Alexy, titulado *Sobre la estructura de los principios jurídicos*² y publicado en el 2000. Tales objeciones se volvieron a publicar, en forma de artículo, en una obra colectiva sobre la teoría de los principios en el 2007. El texto se titula *Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios*,³ señalando lo que vino a ser el primer *round* de un largo

debate. Poco tiempo después, Alexy reacciona a las objeciones de Poscher — junto con las de otros destacados juristas como Jan-Reinard Sieckmann y Aulis Aarnio— en una nueva obra colectiva lanzada en el 2009. El título del capítulo no podría ser más conciso: *Deber ideal*.⁴ Tan pronto como se publicó la réplica, apareció la réplica. El segundo *round* termina con nuevas y rigurosas críticas en un artículo científico, del 2010, llamado *Teoría de un fantasma*.⁵ Sin embargo, lo que parecía el final del debate Alexy-Poscher resultó ser solamente la etapa anterior de un tercer y último *round*. En 2017, Alexy reorganiza parte de sus afirmaciones en un texto llamado *El deber ser ideal y la optimización*,⁶ en el que vuelve a contestar a las nuevas críticas. La última y decisiva reacción de Poscher, que establece el estado actual de este debate en Alemania, se publica en el 2020 con un título no menos provocador que el del *round* anterior: *¿Resurrección de un fantasma?*⁷ En resumen, esta obra colectiva reúne, en orden cronológico, los tres *rounds* de este debate durante las últimas dos décadas, desde su inicio hasta su estado actual.

Aunque la teoría de los principios no es la opinión dominante entre los teóricos en Alemania, curiosamente ha obtenido una impresionante acogida en la Península ibérica y —principalmente— en Sudamérica. Su tremenda adhesión, por parte de la doctrina, y su inmensa difusión en diferentes cortes constitucionales, marcan una incontestable competencia comunicativa que la convierte en uno de los principales (sino el principal) productos con el sello *Made in Germany* de las últimas dos décadas. Las numerosas traducciones de libros, capítulos y artículos científicos de Robert Alexy, no solo a la lengua española sino también a la portuguesa, preceden a una cantidad muy expresiva de trabajos universitarios y decisiones judiciales que asumen la teoría de los principios como fundamento metodológico. Sin embargo, no corre la misma suerte la recepción de los enfoques divergentes de la teoría de los principios en el universo hispanohablante y lusófono. Aunque Alexy ha sido criticado por destacados juristas alemanes y una parte de esa crítica, ha sido publicada también fuera del circuito alemán, no se ha introducido hasta ahora una postura alternativa, cuyas objeciones han obtenido el espacio para un debate en pie de igualdad con la teoría de los principios. Son las críticas incisivas de Poscher las que, al instaurar un largo y sofisticado debate sobre un concepto indispensable para la columna vertebral de la teoría de los principios, reaniman la pregunta sobre la compleja relación entre reglas y principios jurídicos desde

el estado actual de la metodología jurídica en Alemania. Reconstruido cronológicamente, el debate Alexy-Poscher coloca en paridad argumentativa los dos principales abordajes antagónicos sobre una de las cuestiones más discutidas de la ciencia jurídica en la actualidad: los principios jurídicos.

2. TRADUCCIONES

Los primeros cinco textos, que constituyen el debate Alexy-Poscher ya han sido traducidos al español y publicados en diferentes espacios editoriales —periódicos y obras colectivas— por diferentes traductores nativos de español. El sexto (y último) texto se traduce, por primera vez, para esta obra colectiva. Estos textos se reúnen y organizan en tres *rounds*, para una mejor comprensión del desarrollo cronológico del debate desde su momento inaugural hasta su estado actual. Esto no quiere decir, que todo lo publicado sobre el tema de la controversia entre los autores se agote en estos textos. La decisión de reunirlos en esta obra colectiva se justifica por el enlace dialéctico que se ha formado entre los dos juristas alemanes a lo largo de las dos últimas décadas. Todos los textos han sido rigurosamente revisados por sus respectivos traductores.

El principio —juego de palabras involuntario— que informa toda la construcción de esta obra colectiva en relación con las traducciones es, por así decirlo, el de la autocontención editorial. La idea básica es de optimizar, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas —juego de palabras, aquí, voluntario—, el espacio de elección de los traductores para sus respectivos textos. Por consiguiente, tampoco se han agregado comentarios adicionales más allá de las notas de los traductores para aclaraciones semánticas. La razón de ese comedimiento se debe básicamente a la preocupación de no inducir a los lectores a una determinada interpretación que pueda no coincidir con la que el autor del texto traducido pretendía transmitir.

También se hace necesario mencionar algunos breves comentarios sobre los aspectos formales de la obra colectiva. Cumpliendo con el deber antes mencionado, todos los extractos en otros idiomas —como expresiones en latín y citas directas en inglés— se mantienen exactamente como se encontraban en las traducciones originales. El único cambio puntual —pero también significativo— se refiere a las citas en notas al pie y referencias. Su formato ha sido, para todos los textos, adaptado de manera uniforme según los estándares habituales de las publicaciones en español. En este aspecto particular, prevalece

la exigencia de integridad en la obra colectiva frente a la autocontención editorial.

3. AGRADECIMIENTOS

Esta obra colectiva no hubiera sido posible sin algunas personas. Sus nombres merecen ser mencionados. Primeramente, la reconstrucción cronológica del debate Alexy-Poscher ni siquiera podría haber sido imaginada sin el apoyo incondicional e irrestricto de sus dos protagonistas. Estoy inmensamente agradecido al Prof. Dr. Dir. Ralf Poscher, por la confianza que me ha concedido, desde el inicio del proyecto, para la edición de esta obra colectiva. Su amparo fue absolutamente fundamental no solo en la iniciativa, sino también a lo largo de todo el amplio desarrollo del libro. Igualmente agradezco al Prof. Dr. Dr. hc múlt. Robert Alexy quien, desde el primer contacto telefónico, ha respaldado el proyecto con increíble entusiasmo y el máximo espíritu de colaboración científica. Son actitudes como esta las que hacen valer la pena en la vida académica.

Seguidamente, agradezco al Prof. Dr. Juan Antonio García Amado, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, cuya participación es doblemente cualificada: como co-coordinador, su experiencia fue fundamental para todo el desarrollo del proceso de edición de esta obra colectiva, especialmente en la comunicación con la editorial y los demás colaboradores; como prologuista, su contribución se materializa en las arrebatadoras páginas de un texto introductorio al debate Alexy-Poscher. Su prólogo no solo se dedica a tejer una serie de críticas a los fundamentos de la teoría de los principios —en ese punto particular estando en acuerdo con Poscher sobre la relación entre reglas y principios—, sino que va más allá del debate, al agregar otras valiosas consideraciones de la cultura jurídica actual, que no aparecen en los tres *rounds*.

No podría dejar de agradecer al Prof. Dr. Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, quien, al aceptar con prontitud la invitación de los coordinadores, hizo que la obra colectiva alcanzara la proporción óptima entre los dos prologuistas. Su prólogo desarrolla una estupenda introducción al debate Alexy-Poscher, desde una perspectiva mucho más cercana a la teoría de los principios, aunque la dirija críticas puntuales en aspectos secundarios, pero tampoco carentes de importancia. Acepta básicamente, que las elaboraciones teóricas de Alexy son acertadas,

incluso la distinción cualitativa —o más bien, utilizando su propia terminología, “estructural”— entre reglas y principios, pero no deja de señalar, más allá del debate, un conjunto de sus propias observaciones sobre principios, derechos fundamentales y argumentación jurídica.

También es de justicia agradecer, expresamente, a todos los que contribuyeron a la nueva publicación de las traducciones que componen el debate Alexy-Poscher. Mi agradecimiento a Gonzalo Villa Rosas, al Prof. Dr. A. Daniel Oliver Lalana y a la Editorial “Marcial Pons”; también a la Prof^a. Dra. Laura Clérico, al Prof. Dr. Jan-Reinard Sieckmann y a la Editorial “Ad-Hoc” / Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; a Bibiana Erustes Camps y a la Fundación “Manuel Giménez Abad”, por sus respectivas autorizaciones y cuidadosas revisiones. El trabajo como editor se ha facilitado sobremanera gracias a la excepcional cooperación académica de todos los mencionados, indirectamente involucrados en la obra colectiva.

Además, quiero agradecer especialmente a la Editorial “Palestra”, en nombre del Prof. Dr. Pedro Paulino Grández Castro, en primer lugar, por su generosidad en aceptar el desafío comercial que es editar una obra colectiva en el área de la filosofía del derecho y, en segundo lugar, por su compromiso de publicarla *en papel*, en esos tiempos difíciles de digitalización de todo el conocimiento jurídico. Esa provechosa aproximación, me la proporcionó también el estimado colega, Heydegger Francisco, a quien agradezco especialmente, sus correcciones y afinados consejos para mejorar mi trato gramatical con el encantador y agraciado idioma castellano.

Concluyo agradeciendo a las instituciones que estuvieron, directa o indirectamente, involucradas en este largo proyecto editorial. Estoy especialmente agradecido, a la *Stiftung der Deutschen Wirtschaft - SDW*, que no solo me ha concedido una generosa beca de estudios para el doctorado en la *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, sino que siempre fue comprensible con el desarrollo de esta obra colectiva, además de mi investigación. Mis sinceros agradecimientos están dirigidos al Departamento de Derecho Público del *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*, quien, al depositar su confianza en mi trabajo como asistente científico, proporciona todas las condiciones laborales y el espacio desde el cual concluyo esta nota introductoria.

¹ R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

² *Infra*, pp. 51-84.

³ *Infra*, pp. 85-129.

⁴ *Infra*, pp. 133-163.

⁵ *Infra*, pp. 165-202.

⁶ *Infra*, pp. 205-227.

⁷ *Infra*, pp. 229-257.

PROLOGO I

Manuel Atienza

Como es posible que el lector de este libro sea alguien que, como es mi caso, haya adquirido el hábito de leer los libros empezando por el principio (y más aún —perdóneseme la *boutade*— si además, tratan sobre principios), lo primero que me gustaría decirle (si es que efectivamente, ha optado por comenzar su lectura con el *Prólogo I*) es que no siga en este caso esa regla. Mi sugerencia, es que inicie su lectura más bien (una vez terminados los dos prólogos) por el final, por lo que los coordinadores han llamado el “tercer *round*” de este libro organizado en forma de una polémica entre Robert Alexy y Ralf Poscher. Hay varias razones que, en mi opinión, lo aconsejan. Una, es que tanto Alexy como Poscher se ocupan en esas dos últimas intervenciones de resumir cuál es, en opinión de cada uno, el estado hasta entonces del debate, de manera que no hay riesgo de dejar de entender algo por carecer de alguno de los presupuestos anteriormente fijados en el transcurso de la discusión. Otra, es que las primeras intervenciones de los contendientes cobran mayor sentido cuando se está al tanto de los objetivos que cada uno de ellos persigue y eso, me parece, no resulta del todo claro hasta haber llegado a ese último *round*. Y la última razón, es que solo en esta fase final puede hablarse, propiamente, de un debate protagonizado por Alexy y por Poscher; aludo con ello al hecho de que, en el primero de los *rounds*, Alexy ni siquiera menciona a Poscher entre los críticos de su teoría de los principios, sí que lo tiene ya en cuenta en el segundo y bien, puede decirse, que el rival con quien se bate en el tercero es, sobre todo (aunque no exclusivamente), Poscher.

La teoría de los principios de Alexy, es seguramente conocida, al menos en sus rasgos fundamentales, por el lector de este libro, a quien no se le escapará tampoco la gran influencia que ella ha tenido en estas últimas décadas, sobre todo en el mundo latino, tanto en la teoría como en la práctica jurídica (en especial, en la de los tribunales supremos y constitucionales). Por lo que se refiere a la repercusión teórica, existe ahora una amplia literatura, que también es muy amplia en cuanto a los juicios vertidos a propósito de la concepción alexiana: va desde los elogios más encendidos, hasta las críticas más furibundas, pasando por opiniones que se sitúan entre esos dos extremos y que son, a su vez, bastante variadas. Por lo que a mí respecta, puedo decir que las elaboraciones teóricas de Alexy (sobre los principios y sobre otros temas estrechamente vinculados, con esa problemática: la ponderación, los derechos fundamentales o la argumentación jurídica) siempre me han parecido de un enorme valor y básicamente acertadas, aunque no haya dejado de dirigirles algunas críticas, que se refieren a aspectos seguramente no esenciales, pero tampoco carentes de importancia. Volveré más adelante sobre esto.

El libro se inicia con la defensa que hace Alexy de su teoría de los principios, en relación con una serie de objeciones que se le habían planteado (el texto original es del año 2000) acerca de la estructura de los principios, en tanto normas. Una de esas objeciones, se basaba en cuestionar que los principios —a diferencia de las reglas— pudieran presentarse (tal y como lo había venido haciendo Alexy desde su *Teoría de los derechos fundamentales*, cuya primera edición es de 1986) como mandatos de optimización. No lo serían (esa era la crítica que tanto Aarnio como Sieckmann le dirigen ya en el año 1990), simplemente, porque un mandato de optimización es una regla, de acuerdo con el propio concepto de regla dado por Alexy: un mandato —un enunciado de deber— que ordena que algo se realice de manera definitiva, y no en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, lo que viene a hacer Poscher, cabría decir, es radicalizar esa crítica. En su opinión, Alexy habría partido de un error categorial, de la existencia de una distinción estructural entre las reglas y los principios, que realmente no existe y como consecuencia de ello, lo que habría construido no pasaría de ser una teoría sin objeto, la teoría de un fantasma, carente, casi por completo, de cualquier valor.

Poscher no pone en duda, la importancia de los principios en el Derecho, pero él dice entender los principios en un sentido tradicional (próximo al que cabría encontrar, por ejemplo, en el famoso libro de Esser) y gradual. Más exactamente, para él habría muchos tipos de principios en el Derecho. No niega que alguno de esos principios podría reconstruirse aproximadamente de la manera que sugiere Alexy (o sea, los mandatos de optimización podrían ser principios en el sentido tradicional, cuando se refieren a objetos de alta generalidad, abstracción e importancia), pero en todo caso, la diferencia entre los principios (en sentido alexyano o no) y las reglas sería siempre una cuestión de grado, no cualitativa. En consecuencia, no se puede seguir a Alexy en su afirmación de que la aplicación de las reglas, se lleva a cabo mediante subsunción, mientras que los principios exigirían ponderación, como tampoco en su pretensión de conformar los derechos fundamentales como mandatos de ponderación. Y todo ello, tiene una gran trascendencia práctica, que es lo que habría motivado la radicalidad de Poscher al oponerse a la teoría de los principios de Alexy y de sus seguidores: se trataría —nos explica en su última contribución— de “romper el hechizo”, de convencer a los juristas (parece que está pensando, fundamentalmente, en los del ámbito latinoamericano) de que no deben ver los principios y los derechos fundamentales de esa manera —la de Alexy—, porque ello supone un gran peligro: “ofrece una interpretación doctrinal de los derechos fundamentales tan flexible, que permite casi cualquier tipo de proyección política”. Dicho con otras palabras (y con palabras, que no son precisamente nuevas en el campo de la filosofía del Derecho del mundo latino): los principios (aquí, los principios entendidos a la manera de Alexy) suponen ponderación y, la ponderación lleva a la arbitrariedad y al activismo judicial.

En los planteamientos de Poscher cabe encontrar, en mi opinión, una crítica radical y otra más moderada a la postura de Alexy. La primera, me parece fundamentalmente equivocada, porque se trata de un ataque desenfocado, dirigido a un blanco más bien inexistente. Por el contrario, el segundo tipo de crítica lo considero mucho más atendible, pero en los textos de Poscher no pueden encontrarse más que insinuaciones, apuntes que por lo demás, y tal como yo veo las cosas, no siempre son certeros.

Empiezo con la crítica radical. Consiste, como decía, en sostener que no existe tal cosa como los principios en el sentido de Alexy. Los mandatos de

optimización son reglas, que se distinguen de otras reglas por su contenido, pero no por ningún rasgo de tipo estructural. Y lo mismo ocurre, en relación con los principios en el sentido tradicional y gradual del que antes hablábamos: su estructura es también, como la de todas las normas de tipo condicional, de manera que entre las diversas clases de normas, que pueden encontrarse en un ordenamiento jurídico, las diferencias existentes harían referencia a su mayor o menor grado de generalidad, de abstracción, de importancia, etc., pero no a algo que tuviera que ver con su estructura, tal y como pretende Alexy. Ahora bien, esa crítica (la no existencia de una distinción lógica o estructural, entre lo que en los últimos tiempos suele calificarse como reglas o como principios — distinción que no se encuentra exclusivamente, como es bien sabido, en una iusfilosofía como la de Alexy—) me parece, como antes decía, desenfocada, al menos por estas dos razones.

La primera (sobre la que Alexy, no dice nada en el debate) es que del hecho de que ambos tipos de normas (reglas y principios), puedan verse como enunciados condicionales no tiene por qué seguirse que, entonces, no hay ninguna diferencia entre ellos que quepa calificar de lógica o estructural. En varios trabajos, que escribí a comienzos de los años 90 con Juan Ruiz Manero y a los que se refiere Alexy (para criticarlos) en la primera de sus contribuciones en este libro, trazábamos una distinción entre las reglas y los principios, que tomaba en cuenta tres criterios: el estructural, el funcional (de las razones para la acción) y el basado, en las conexiones que cada tipo de norma establece con los poderes e intereses sociales y de los individuos. Pues bien, desde el punto de vista estructural, lo que allí manteníamos era que los *casos* (equivalente al *supuesto de hecho*: seguíamos la estructura lógica, de las normas en los términos clásicos de Alchourrón y Bulygin: como correlaciones entre casos —conjuntos de condiciones de aplicación— y soluciones —conformadas, por un operador deóntico y una acción—) en las reglas estaban configurados de manera cerrada, mientras que en los principios asumían una forma abierta. Y, en nuestro grupo de Alicante, Josep Aguiló señaló hace mucho tiempo, con toda razón, que esa distinción podía ser vista en los términos en los que lo hacía von Wright, en su clásico *Norma y acción. Una investigación lógica*, al establecer dos categorías de normas, atendiendo a lo que este último llamaba “condiciones de aplicación”: en las *normas categóricas* (que se corresponderían con los principios) no habría más condiciones de aplicación, que las que se desprenden del “contenido” de la

norma, mientras que en las *hipotéticas* habría también, condiciones de aplicación adicionales. Pues bien, se podrá estar, más o menos, de acuerdo en lo adecuado de esas distinciones (en las que, obviamente, no voy a entrar aquí), pero no creo que pueda aducirse ninguna razón aceptable, para no considerarlas de carácter lógico o estructural, por más que nos movamos siempre, en el contexto de enunciados condicionales.

Y la segunda razón, la que Alexy desarrolla en todos esos textos (me parece, que eso es lo que ocupa el mayor espacio en el debate), es que la manera de hacer frente a esa objeción (algo que, ya había sostenido a propósito de las anteriores críticas por parte de Aarnio y de Sieckmann) consiste en establecer una distinción, entre “mandato de optimización” y “mandato a ser optimizado”. Los principios no serían, pues, exactamente mandatos de optimización, sino mandatos a ser optimizados (lo que supone una precisión, en relación con su primera caracterización de los principios), pero entre ambas nociones, existe una conexión necesaria, de carácter conceptual: se requieren mutuamente. Además, Alexy propone ver esa distinción en términos de dos tipos de deberes: deberes ideales, *prima facie* o *pro tanto* (los principios); y deberes reales, definitivos o consideradas todas las circunstancias del caso (las reglas). Y aquí es donde, en mi opinión, el desenfoque de Poscher —por emplear una expresión suave— es tan extremo, que hasta se ve obligado, al comienzo de su última intervención, a asegurar al lector que su enfrentamiento dialéctico con Alexy, no obedece a ninguna cuestión personal. Y sin duda será así, pero lo que en todo caso, al lector le resulta difícil de entender es el empeño de Poscher por no entender (valga la redundancia) lo que Alexy está sosteniendo. Porque esa distinción, de nuevo, podrá considerarse que permite o no dar cuenta, adecuadamente, de la contraposición entre principios y reglas, pero desde luego, lo que no me parece es que pueda descalificarse en los términos radicales en que lo hace Poscher. Yo no creo que haya nada de “misterioso” en la apelación que hace Alexy a una esfera del “deber ideal”, puesto que, este último explica de manera suficientemente clara (y la pequeña autocorrección, que introduce en su intervención final no afecta para nada a este juicio) qué es lo que entiende por ello: deberes ideales, significa simplemente deberes *prima facie* o *pro tanto*. No se trata, insisto, de ningún fantasma, sino de un concepto que, como dice Alexy, tiene pleno sentido y que parece, además, simple y razonablemente útil a efectos prácticos. De manera

que, en definitiva, la teoría de los principios de Alexy sí que tiene un objeto (tiene pleno sentido, hablar de “mandatos a ser optimizados” como un tipo de norma existente en nuestros ordenamientos) y, tal y como él plantea la distinción, entre esos mandatos y los mandatos de optimización (entre los principios y las reglas), bien se puede decir, también que se trata de una distinción que, al menos en parte, puede calificarse de lógica o estructural.

Y paso ahora, a lo que llamaba la crítica más moderada de Poscher. Me refiero con ello, a diversas afirmaciones que pueden encontrarse en sus intervenciones en el debate y que apuntan a la necesidad, de un planteamiento menos rígido, más abierto, menos homogeneizador de los principios, de la ponderación, de la aplicación del Derecho que el que nos ofrece Alexy. Se advierte, por ejemplo, en su insistencia en reconocer diversos tipos de principios en el Derecho, en no limitar los problemas de aplicación del Derecho a los esquemas de una simple subsunción o de una ponderación optimizadora, en la sugerencia de entender la ponderación, argumentativamente, como una ponderación de razones o en su preocupación, ante los excesos a los que podría llevar considerar los derechos fundamentales como mandatos de optimización: si fueran simplemente, esto último (entendidos, como mandatos a ser optimizados), entonces efectivamente, existiría un serio riesgo (en esto, han insistido autores como Habermas o Ferrajoli) de que se haría difícil contar con alguna seguridad, sobre cuáles son nuestros derechos.

Y no, es que yo piense que Poscher tenga razón en todos esos puntos. Pero sí, que creo que merecerían ser considerados y discutidos a fondo, lo que seguramente, conduciría a introducir algunas correcciones, de mayor o menor calado, en los planteamientos de Alexy. Ahora bien, esa línea de crítica, como antes decía, no está por parte de Poscher más que sugerida. Ignoro si en su obra, se encuentra un desarrollo sistemático de todas esas cuestiones; quiero decir, no conozco cuál es su concepción de la teoría del Derecho o de la dogmática constitucional. Pero de algunas afirmaciones, que aparecen aquí y allá, en sus intervenciones en la polémica lo que se adivina es un tipo de positivismo jurídico, que no me parece que conforme la concepción del Derecho más adecuada, para afrontar la anterior problemática ni, en general, para dar cuenta de los Derechos (y de los derechos fundamentales) del Estado constitucional. Pongo tres ejemplos de esa inadecuación y que, me limito