

## Revisitando la distinción entre reglas y principios: una propuesta

## Revisiting the distinction between rules and principles: a proposal

José Enrique SOTOMAYOR TRELLES\*

**RESUMEN:** El presente artículo propone un repaso a través de algunas de las propuestas conceptuales ofrecidas en la teoría y filosofía del Derecho para diferenciar principios y reglas. En concreto, se analizan las propuestas de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Finalmente, a partir del análisis los modelos atrincherado y conversacional sobre las reglas, propuestos por Frederick Schauer, se ofrece una distinción de tipo débil entre principios y reglas, mediante la cual los principios son enunciados tendencialmente conversacionales, mientras que las reglas enunciados tendencialmente atrincherados.

**PALABRAS CLAVE:** principios; reglas; directrices, teoría de los enunciados jurídicos; teoría del derecho.

**ABSTRACT:** This article offers a general review through some of the theoretic proposals offered in the theory and philosophy of Law to distinguish between principles and rules. Concretely, we analyze the proposals of Ronald Dworkin, Robert Alexy and Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero. Finally, departing

---

\* Abogado y magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0000-0002-1155-0249. Contacto: <enrique.sotomayor@pucp.pe>. Fecha de recepción: 04/11/2020. Fecha de aprobación: 13/02/2021.

from the analysis of the entrenched and conversational models on the rules, proposed by Frederick Schauer, a weak distinction is offered between principles and rules, by which the principles are tendentially conversational statements, while the rules are tendentially entrenched statements.

KEYWORDS: principles; rules; policies; theory of legal statements; legal theory.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda la cuestión de la diferenciación entre dos tipos de enunciados que componen el ordenamiento jurídico. En concreto, se analiza la distinción entre reglas y principios desde una perspectiva cercana a las propuestas de Ronald Dworkin, Robert Alexy<sup>1</sup> y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Dicha elección teórica se debe a la popularidad y difusión que ha tenido la obra de los iusfilósofos mencionados en el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia constitucional de la región latinoamericana.

No obstante, la teoría de los principios jurídicos, así como la distinción entre estos y las reglas ni se inicia ni se restringe a la obra de los autores mencionados. Alexy indica que la distinción ya se empleaba hacia 1950 en Alemania. Un ejemplo de ello aparece en la obra de Josef Esser. Ahora bien, la discusión sobre los principios no se convierte en una cuestión central para la teoría del Derecho sino hasta la aparición de las primeras críticas de Ronald Dworkin al modelo de reglas propuesto por H. L. A. Hart<sup>2</sup>. Dichas críticas aparecen en un artículo traducido al español como *El modelo de las normas (I)*<sup>3</sup>. Es por ello por lo que, en la segunda sección de este artículo, analizaremos brevemente la distinción dworkiniana entre reglas y principios.

Por su parte, la sección 3 está dedicada a una exposición de las principales tesis de la teoría principialista de Robert Alexy. La

---

<sup>1</sup> Un análisis pormenorizado de la propuesta alexyana se encuentra en Ancí, Noemí y José Enrique Sotomayor, *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en Robert Alexy: dos propuestas de solución*, México, Ubijus, CEAD, IIDH, 2018.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris*, volumen 13, núm. 3, 2000, p. 294.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald, "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995.

sección 4 enmarca la discusión precedente en el debate sobre las distinciones débiles frente a las fuertes entre principios y reglas, a la vez que en 5 se analiza de qué forma la propuesta de Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho* encaja en tal debate. En 6, partiendo del análisis sobre las reglas que propone Frederick Schauer, y, en especial, tomando en cuenta la distinción entre modelos atrincherados y conversacionales, propongo una nueva estrategia para diferenciar débilmente entre principios y reglas. Finalmente, en 7 se recoge brevemente la conclusión del artículo.

## II. DWORKIN SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

La crítica dworkiniana al modelo de reglas se enmarca en una evaluación crítica más general del positivismo jurídico. Ahora bien, la propia comprensión de Dworkin sobre lo que es el positivismo jurídico requiere precisarse. Para el autor estadounidense, dicha corriente iusfilosófica defiende las siguientes tesis: (i) las normas usadas por una comunidad se identifican mediante pruebas de origen o pedigrí; (ii) el conjunto de normas jurídicas válidas de acuerdo con el criterio de pedigrí “agota[n] el concepto de derecho”<sup>4</sup>. La consecuencia que ello acarrea es que, si un caso no se encuentra cubierto por las reglas que conforman el Derecho, solo queda el recurso a la discrecionalidad del tomador de decisiones. En tercer lugar, (iii) para el positivismo —siempre de acuerdo con Dworkin—, decir que alguien tiene un derecho equivale a decir que los demás tienen obligaciones de acción o abstención frente a quien detenta tal derecho.

Como es bastante conocido, Dworkin propone una crítica general contra las tesis positivistas en la versión refinada de H. L. A. Hart. En su aspecto más importante, la crítica consiste en señalar que los juristas no solo resuelven los casos basados en reglas

---

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 65.

(en la traducción al español se utiliza la expresión “norma”) sino que también utilizan otros tipos de pautas, tales como principios o directrices políticas<sup>5</sup>. Más aún, en la medida que el positivismo jurídico ofrece un modelo y sistema de reglas como arquetipo del Derecho, se muestra incapaz de comprender el papel de estos otros estándares que se toman en cuenta para resolver casos (y, en especial, casos difíciles).

Ahora bien, ¿en qué consiste la diferencia entre reglas (normas) y principios? Para Dworkin la distinción es lógica. En primer lugar, mientras que las reglas (normas) se aplican de forma disyuntiva (“todo o nada”), en el caso de los principios estos ofrecen razones *prima facie*, que pueden ser tomadas en cuenta pero que no aseguran una decisión en determinado sentido. Asimismo, que los principios no sean concluyentes implica que estos conservan su vigencia general, a pesar de haber sido derrotados en un caso particular<sup>6</sup>. Como apunta acertadamente un comentarista de Dworkin, “(...) los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, en una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados”<sup>7</sup>. En segundo término, los principios poseen una dimensión de peso o importancia que no está presente en las reglas<sup>8</sup>. Tal dimensión determina la prevalencia de uno de los principios en caso de conflicto. Por contraposición, en el caso de las reglas los conflictos se resuelven declarando la invalidez de una de estas.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>6</sup> Para algunos ejemplos véase RODRÍGUEZ, César, “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho de la Universidad Los Andes, 1997, pp. 48-53.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>8</sup> Comentarios adicionales sobre la distinción dworkiniana se pueden encontrar en Portocarrero, Jorge, *La ponderación y la autoridad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 46-49.

Sobre el primer criterio de distinción, pensemos en una regla que establezca lo siguiente: “Está prohibido circular a más de 120 km. por hora”<sup>9</sup>. Si conduzco mi vehículo a 122 km. por hora estaré realizando una conducta prohibida de acuerdo con la regla, mientras que si conduzco a 117 km. estaré dentro de los márgenes permitidos. No es posible un estado intermedio<sup>10</sup>.

Por su parte, con referencia al criterio del peso, la distinción apunta a que, a diferencia de los conflictos entre reglas, los conflictos entre principios no demandan la expulsión o invalidez de uno de estos. En palabras de García Figueroa y Gascón Abellán, “la colisión de principios no se traduce en la exclusión de la validez de uno de los principios en conflicto”<sup>11</sup>.

La caracterización de los principios por contraposición a las reglas resulta de cierta utilidad, y Dworkin la acentúa señalando lo siguiente: “en la mayoría de casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de estándares que no son normas”<sup>12</sup>. Podríamos hablar aquí de “principios en sentido amplio”, pues cuando Dworkin introduce mayor precisión, será posible distinguir entre principios y directrices políticas (*policies*). La distinción entre ambas especies es la siguiente: las directrices se refieren a objetivos instrumentales, de tipo económico, político o social. De esta forma, exhiben cercanía con la noción de políticas públicas. Por su parte, los principios se refie-

---

<sup>9</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra, 2003, pp. 239 y ss.

<sup>10</sup> Es interesante apuntar que el límite cuantitativo elimina la posibilidad de que se presente un caso de vaguedad que Nino llama “vaguedad debida a propiedades que se dan como un continuo”. Este es el típico caso de expresiones como “alto”, “calvo” o, para seguir con el ejemplo del texto principal, “exceso de velocidad”. Véase Nino, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2017, pp. 264-265.

<sup>11</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 243.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 72.

ren a exigencias de la justicia, equidad “o alguna otra dimensión de la moralidad”<sup>13</sup>. En suma, las directrices apuntan a objetivos instrumentales de política pública (p.ej. reducción de la pobreza, políticas de salud o educación, etc.), mientras que los principios apuntan a contenidos morales (p.ej. dignidad, libertad o derechos fundamentales)<sup>14</sup>.

Un lector escéptico podría pensar, llegado este punto, que la crítica de Dworkin, a pesar de la retórica involucrada, no es, después de todo, devastadora: bastaría sumar al refinado análisis hartiano una nueva distinción. En esa línea, sería conveniente reformular el concepto del Derecho como la unión entre reglas primarias de obligación, reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, y, finalmente, otras pautas tales como directrices y principios.

No obstante, un análisis más detenido nos permite notar que la distinción entre reglas y otras pautas tales como principios y directrices es el engranaje intermedio de una crítica más comprensiva: el meollo de la cuestión no consiste en señalar simplemente el poco o nulo tratamiento que Hart ofrece sobre los principios y directrices, sino señalar que estas otras pautas —que también forman parte del Derecho— no pueden ser reconocidas a través de pruebas de linaje o pedigrí. Si tal es el caso, la tesis positivista de la separación entre derecho y moral resulta incorrecta, en la medida que cuando menos un tipo de pauta jurídica —los principios— no se reconoce necesariamente por pruebas de linaje o pedigrí<sup>15</sup>. Desde luego que los ordenamientos constitucionales contemporáneos reconocen muchos principios (principalmente en la forma de derechos fundamentales) pero tal reconocimiento no es

---

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> No obstante, como el mismo Dworkin reconoce, en muchos contextos —como en el marco de un sistema ético utilitarista— la distinción entre principios y directrices aparece como artificial.

<sup>15</sup> Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.* pp. 226-228.

necesario para que estos posean fuerza normativa. Finalmente, la crítica dworkiniana concluye mostrando las insuficiencias de la regla hartiana de reconocimiento para dar cuenta de las características de los principios<sup>16</sup>. En la siguiente sección tornamos nuestra atención a la teoría principialista de Robert Alexy, para ver otras consecuencias que trae aparejada la fuerza normativa de los principios en el ordenamiento jurídico.

### III. TRES TESIS PRINCIPIALISTAS EN ROBERT ALEXY

De acuerdo con la reconstrucción ofrecida por Robert Alexy, se pueden rastrear dos posiciones frente a los principios: asumir una teoría principialista, por la cual los principios expresan la idea de optimización, es decir, pueden ser conceptualizados como mandatos de optimización; y una segunda postura bastante heterogénea que sostiene que la tesis de la optimización (i) es incorrecta o (ii) que su poder explicativo ha sido exagerado por sus defensores<sup>17</sup>. En el marco de la primera de estas posturas, tres tesis definen una teoría principialista: la tesis de la optimización, la de la ley de colisión y la de la ley de la ponderación. En lo sucesivo se detalla cada una de estas tesis siguiendo de cerca el planteamiento alexyano<sup>18</sup>.

La tesis de la optimización sostiene que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. En ese sentido, podemos conceptualizar a los principios como mandatos de optimización que se pueden cumplir en diferentes grados. Las posibilidades jurídicas de su cumplimiento están determinadas por principios y/o reglas

---

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 94-101.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”... *op. cit.*, p. 295.

<sup>18</sup> En lo sucesivo ALEXY, Robert, *op. cit.*, pp. 295-299.



que juegan a contrario<sup>19</sup>. En oposición a ello, las reglas son normas que poseen un carácter binario: solo pueden ser o no ser cumplidas. De esta forma, podemos afirmar que, a diferencia de los principios, las reglas son mandatos definitivos (*definitive commands*). Una conclusión importante que podemos extraer de ello para la teoría alexyana de los principios es que la distinción entre reglas y principios es cualitativa y no solo de grado, y, por ende, cada norma de un ordenamiento jurídico es una regla o un principio.

En segundo término, la ley de colisión es una tesis que sostiene que las contraposiciones de reglas y principios ameritan tipos distintos de respuesta. De un lado, las colisiones entre reglas se pueden solucionar de dos maneras: (i) introduciendo una cláusula de excepción para una de las reglas, del tipo “Si X, entonces Y, salvo que Z”; o (ii) declarando a una de las reglas como inválida. Como podrá notar el lector atento, Alexy hace referencia implícita a los tradicionales criterios de solución de antinomias empleados por la doctrina y teoría del Derecho: el criterio de especialidad, de temporalidad y de jerarquía<sup>20</sup>.

Frente a ello, las colisiones de principios se resuelven estableciendo la prioridad o prevalencia condicionada de uno de los principios sobre otro(s). Se trata de una prioridad condicionada porque la misma no abarca todo el conjunto de posibles colisiones entre los mismos principios, sino una de ellas en particular, la que conforma las circunstancias del caso. De esta manera, la ley de colisión establece que “las condiciones bajo las cuales un principio toma prioridad sobre otro constituyen los hechos operativos de una regla que otorga efectos jurídicos al principio que se conside-

---

<sup>19</sup> Comentarios al respecto se pueden encontrar en ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 36.

<sup>20</sup> Alexy trata a los criterios de solución de antinomias como “meta-subsumciones”. Véase ALEXY, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, p. 434.

ra que prevalece”<sup>21</sup>. Una variante formalizada de la ley de colisión establece lo siguiente:

Si el principio  $P_1$  prevalece sobre el principio  $P_2$  bajo las condiciones  $C$ , tenemos que:  $(P_1PP_2)C$ , y si  $P_1$  bajo las condiciones  $C$  implica el efecto jurídico  $R$ , entonces una regla es válida si establece a  $C$  como los hechos operativos y a  $R$  como el efecto jurídico:  $C \ R$ <sup>22</sup>.

En suma, la ley de colisión muestra que las reglas de prioridad entre principios no son absolutas sino condicionales o relativas<sup>23</sup>. Finalmente, el desarrollo de Alexy revela la existencia de una interconexión entre principios y reglas: al resolver un caso mediante ponderación se obtiene una regla que da prioridad a uno de los principios<sup>24</sup>. Por ello, el autor alemán llegará a sostener que los principios son razones para las reglas.

Finalmente, la ley de ponderación, que es la tercera tesis del principialismo alexyano, sostiene que la teoría de los principios implica a la teoría de la proporcionalidad y viceversa. Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa, para Alexy, que los tres subprincipios que contiene el principio de proporcionalidad —idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— se siguen lógica-

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”, p. 297 (traducción propia). Sobre la noción de “hechos operativos” véase MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2018, caps. I-IV.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”, p. 297 (traducción propia).

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Riccardo Guastini diferencia entre las operaciones de ponderación y concretización. Así, mientras que ponderar “consiste (...) en elegir el principio aplicable”, concretizar hace referencia a la aplicación del principio elegido como prevalente para el caso concreto. Véase “Aplicar principios constitucionales”, en *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela, 2018, p. 152.

mente del principio de proporcionalidad. (Incluso Alexy sostiene que son deducibles de dicho principio). Por otro lado, el principio de proporcionalidad implica la teoría de los principios. Alexy extrae de ello la conclusión de que quien niegue la teoría de los principios debe rechazar también el principio de proporcionalidad. La explicación de Alexy sobre las relaciones de deducibilidad entre la tesis de los principios y la de proporcionalidad es oscura en algunos extremos<sup>25</sup>, pero es bastante más claro notar que existe una relación entre la comprensión de los principios como mandatos de optimización, y su aplicación, en caso de conflicto, mediante un examen de proporcionalidad.

Como ya hemos señalado, los principios como mandatos de optimización exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, tomando en cuenta las posibilidades y/o restricciones fácticas y jurídicas. Las posibilidades fácticas están cubiertas mediante los subprincipios de idoneidad y necesidad que, de acuerdo con Alexy, expresan la idea de Pareto-optimalidad<sup>26</sup>. Por su parte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las posibilidades jurídicas; en buena cuenta, a los límites impuestos por los principios que juegan a contrario. Es aquí donde Alexy emplea la metáfora del balanceo (*weighing*) de principios. Este balanceo se canaliza a través de la ley de ponderación, que establece que “mientras más intensa es la interferencia en un principio, más importante debe ser la realización del otro principio”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Mayor claridad se encuentra en ALEXY, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, p. 436.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”... *op. cit.*, p. 298.

<sup>27</sup> *Idem.* (traducción propia). Asimismo, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, p. 436. Finalmente, “Principios formales”, *Doxa*, núm. 37, 2014, p. 17.

#### IV. DISTINCIONES FUERTES Y DÉBILES ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

Las teorías de Dworkin y Alexy con referencia a la distinción entre reglas y principios proponen que la diferencia posee, en última instancia, un carácter lógico-categorial. En ese sentido, una norma dada será una regla o un principio (o directriz), y no existe posibilidad alguna de una opción intermedia. En Alexy esto toma una forma muy marcada a través del llamado “teorema de la exclusión” (*Exklusionstheorem*)<sup>28</sup>, que establece que cada norma es una regla o un principio. Asimismo, la diferencia no posee carácter gradual.

El tipo de teorías descritas en el párrafo precedente han sido llamadas “teorías de la distinción fuerte” (*starke Trennungsthese*) entre reglas y principios, pues presuponen “diferencias cualitativas y no solo de grado”<sup>29</sup>. Asimismo, en la medida que las teorías fuertes de la distinción solo conciben la existencia de reglas y principios como especies normativas, la teoría resultante ofrece especies mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas. Esto es:

- Toda norma *x* es regla o principio, y no puede ser una amalgama de ambos o ambos a la vez (mutuamente excluyente); y
- Toda norma *x* es regla o principio, y no puede ser otra cosa (conjuntamente exhaustiva).

---

<sup>28</sup> ALEXY, Robert, “On the Structure of Legal Principles”, p. 295. Comentarios críticos al *Exklusionstheorem* alexyano se encuentran en García Figueroa, Alfonso, “The Ubiquity of Principles: Some Critical Remarks on Robert Alexy’s *Exklusionstheorem*”, en Borowski, Martin; Paulson, Stanley L. & Jan-Reinard Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, pp. 523-545.

<sup>29</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 229.

No obstante, esta variante de teoría no es la única que se ha propuesto a nivel de la literatura especializada. A la par, se han ofrecido, cuando menos, dos alternativas adicionales: la tesis débil de la separación (*schwache Trennungsthese*)<sup>30</sup> y la tesis de la conformidad (*Übereinstimmungsthese*)<sup>31</sup>. De acuerdo con García Figueroa y Gascón Abellán, la tesis débil sostiene que la diferencia entre reglas y principios posee carácter gradual y no cualitativo (o lógico, en la terminología dworkiniana). Algunos factores que determinan grados diversos en el continuo que nos lleva desde las reglas hacia los principios y de vuelta son: generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad jerárquica, entre otros<sup>32</sup>. Veamos algunos enunciados en este línea:

- Los principios están expresados de forma más vaga que las reglas, pero puede haber reglas expresadas en lenguaje vago.
- Los principios suelen poseer un carácter jerárquicamente superior al de las reglas, pero puede darse el caso de reglas de máxima jerarquía, o de jerarquía superior a la de muchos principios.
- Los principios están expresados de forma más general que las reglas, pero las reglas también pueden adoptar una forma general<sup>33</sup>.
- Los principios suelen expresar valores fundamentales para el ordenamiento jurídico, pero tal también puede ser el caso de las reglas<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Véase PORTOCARRERO, Jorge, *La ponderación y la autoridad en el Derecho*, pp. 54 y ss.

<sup>31</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “The Ubiquity of Principles: Some Critical Remarks on Robert Alexy’s *Exklusionstheorem*”, pp. 533-534.

<sup>32</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 229.

<sup>33</sup> Véase PORTOCARRERO, Jorge, *op. cit.*, p. 55, donde se señala que Ulrich Pensi y Joseph Raz habrían propuesto una distinción entre reglas y principios basada en el criterio de generalidad (pp. 55-59).

<sup>34</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 229.

Finalmente, la tesis de la conformidad sostiene que, en realidad, las diferencias entre principios y reglas no existen o, si existen, no son relevantes<sup>35</sup>.

Un autor que ha dedicado notables esfuerzos a la aclaración de las discusiones sobre el concepto de principio, y su diferencia con las reglas, es el profesor brasileño Humberto Ávila. Para dicho autor, la estrategia de distinción débil o de grado entre principios y reglas es la más antigua, y está presente en la obra de autores como Josef Esser, Karl Larenz o Claus-Wilhelm Canaris, mientras que, como ya se ha señalado, la distinción fuerte está presente en autores como Dworkin o Alexy, a quienes hemos analizado *supra*<sup>36</sup>.

De acuerdo a Ávila, los criterios que se han empleado mayoritariamente para distinguir principios de reglas son los siguientes<sup>37</sup>:

Tabla 1: criterios para distinguir principios de reglas (Ávila)

Criterio	Diferencia	Defensores
1) Carácter hipotético-condicional	Las reglas poseen un supuesto y una consecuencia que determinan la decisión (esquema “sí, entonces”). Los principios, en cambio, solo poseen el fundamento de aplicación que el decisor tomará en el futuro.	Josef Esser Karl Larenz
2) Modo final de aplicación	Las reglas se aplican al modo del todo o nada (modo absoluto). Los principios se aplican al modo gradual (más o menos).	Ronald Dworkin Robert Alexy

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios... op. cit.*, p. 36.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 36-57.

3) Relación o conflicto normativo	La antinomia entre reglas supone un conflicto real que se soluciona declarando la invalidez de una regla o la introducción de una excepción. Los principios, en cambio, se superponen. Dicha superposición se soluciona mediante ponderación.	Claus-Wilhelm Canaris  Ronald Dworkin  Robert Alexy
4) Fundamento axiológico	Los principios (y no las reglas) son fundamentos axiológicos para las decisiones jurídicas.	Josef Esser

Elaboración propia, a partir de Ávila.

Frente a cada uno de estos criterios, sin embargo, se puede plantear críticas.

Sobre el criterio del carácter hipotético-condicional, tenemos que (i) se trata de un criterio impreciso, porque no indica cómo así los principios son el fundamento o primer paso para obtener una regla más adelante<sup>38</sup>. En segundo lugar, (ii) la forma condicional es, finalmente, solo una formulación lingüística por la que el redactor de la norma puede optar. Finalmente, (iii) aunque una norma fuese formulada como regla por el legislador, ello no ata al intérprete a poderle dar sentido de principio<sup>39</sup>.

Tampoco el criterio del modo final de aplicación está exento de críticas. En primer término, (i) puede ser el caso de que el modo absoluto de aplicación de las reglas se modifique luego de considerar todas las circunstancias de un caso<sup>40</sup>. En estos supuestos, se considera que la razón subyacente a las reglas no se presenta en un caso concreto, de forma tal que dejar de seguir la regla no reporta, en principio, mayores inconvenientes, salvo que se valore

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 41.

el cumplimiento de la regla en sí mismo, como en el argumento de Schauer sobre el carácter atrincherado de las reglas<sup>41</sup>.

En segundo lugar, (ii) también hay reglas que contienen expresiones “cuyo ámbito de aplicación no está (total y previamente) delimitado, con lo que el intérprete queda encargado de decidir si la norma incide o no en el caso concreto”<sup>42</sup>. Finalmente, (iii) hay tanto casos en los que las reglas no se aplican a pesar de que se han cumplido sus condiciones de aplicación, como casos en los que estas se aplican a pesar de que las condiciones no están presentes (tal sería el caso de la analogía)<sup>43</sup>.

Finalmente, Ávila también plantea críticas a los criterios de conflicto normativo y de fundamento axiológico. Sobre el primero de estos va a afirmar que (i) la ponderación no es un método exclusivo de aplicación de los principios, pues también se puede ponderar reglas<sup>44</sup>. Ello quiere decir que hay casos en los que dos reglas entran en conflicto sin que ello implique la invalidez de una de ellas (sino que más bien hay una cuestión de mayor peso de uno de los lados). Asimismo, (ii) puede darse el caso que se pondere razones para cumplir las reglas, y se termine optando por incumplir una regla porque hay buenos motivos para ello. Un ejemplo lo encontramos cuando se incumple una regla que establece un límite de velocidad porque se lleva a una persona herida de gravedad, caso que se ha tratado a través de la categoría de *overruling*<sup>45</sup>. Finalmente, (iii) también hay ponderación de reglas cuando se trata de delimitar el contenido semántico de conceptos jurídicos indeterminados o jurídico-políticos, como “Estado de Derecho”, “democracia”, entre otros<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Véase, principalmente, SCHAUER, Frederick *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>42</sup> Ávila, Humberto *op. cit.*, p. 44.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 51.



## V. EL MODELO DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

Un intento teóricamente interesante de salvar algunas de las críticas a la distinción entre reglas y principios lo encontramos en la obra de Manuel Atienza y Ruiz Manero<sup>47</sup>. Para los autores aliantinos, es posible distinguir reglas y principios a partir de una triple perspectiva: estructural, funcional y desde el punto de vista del poder e intereses implicados<sup>48</sup>. Los dos primeros enfoques, y, en especial, el segundo, serán relevantes en lo sucesivo.

En cuanto a la perspectiva estructural, la propuesta recurre al primero de los criterios de distinción analizados por Humberto Ávila, esto es, al carácter hipotético condicional. Es por ello que, en su exposición, debemos tener en cuenta también las limitaciones y críticas desarrolladas por el autor brasileño.

La forma en que Atienza y Ruiz Manero entienden la noción de “norma jurídica” es como una correlación entre casos genéricos y soluciones<sup>49</sup>. Es precisamente en el tipo de solución en donde se diferenciarían reglas y principios. De una parte, es posible que la solución se plantee como una conducta, en la forma de reglas de acción; pero también es posible que se califiquen deónticamente no comportamientos sino “la obtención de un cierto estado de cosas”<sup>50</sup> (cursivas de los autores originales). Ello quiere decir que, en cuanto a la consecuencia asociada a la norma, esta puede ser “cerrada” (es decir, como una regla de acción) o “abierta” (esto es, como una regla de fin). La dicotomía se plantea, entonces, entre reglas de acción y reglas de fin.

---

<sup>47</sup> En lo sucesivo nos detendremos en un somero análisis de ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 6-7.

<sup>49</sup> En ese sentido, se podría afirmar que siguen la caracterización de las normas propuesta en ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, Viena – Nueva York, Springer, 1971.

<sup>50</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 7.

Por su parte, en cuando a la configuración de los casos (o, del supuesto de hecho), las reglas los configuran de forma cerrada —es decir, seleccionando las propiedades que componen el caso como un conjunto finito y cerrado—, mientras que los principios no formulan las propiedades relevantes para el supuesto de hecho de esa forma<sup>51</sup>.

La clasificación ofrece la siguiente estructura cuatripartita:

Tabla 2: tripartición estructural en Atienza y Ruiz Manero

Tipo de norma	Supuesto de hecho (p )	Consecuencia jurídica (Oq)
Regla de acción	Cerrado	Cerrada
Regla de fin	Cerrado	Abierta
Principio	Abierto	Cerrada
Directriz	Abierto	Abierta

Fuente: Atienza y Ruiz Manero<sup>52</sup>, García Figueroa y Gascón Abellán<sup>53</sup>  
y Alonso<sup>54</sup>

Las reglas establecen casos de forma cerrada, seleccionando todas las propiedades relevantes para su aplicación, y contemplando una consecuencia jurídica en la forma de conductas (acciones, en la terminología de Alchourrón y Bulygin<sup>55</sup>). Ejemplos de tal tipo de norma los encontramos en la mayoría de delitos contemplados en los códigos penales.

En segundo lugar, los principios contienen supuestos de hecho abiertos (o, como señalan Atienza y Ruiz Manero, “configuran el caso de forma abierta”<sup>56</sup>), es decir, en los que no se ha determi-

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 9-11.

<sup>53</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 255.

<sup>54</sup> ALONSO, Juan Pablo, “The logical structure of principles in Alexy’s theory. A critical analysis”, en *Revus*, número 28, 2016, p. 5.

<sup>55</sup> Véase ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, *op. cit.*, cap. 1.

<sup>56</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 9.

nado el conjunto de propiedades relevantes para su aplicación, a la vez que contienen consecuencias jurídicas cerradas, siempre que no entren en conflicto con otro principio de mayor peso para el caso concreto. Por ejemplo, en el caso del principio de igualdad y no discriminación, la conducta prescrita como prohibida no es abierta, pues consiste en no discriminar<sup>57</sup>.

Finalmente, las directrices poseen tanto un supuesto de hecho abierto como una consecuencia jurídica abierta. Esto último quiere decir que la norma no contempla como consecuencia jurídica una conducta sino la consecución de cierta finalidad. Un ejemplo interesante de ello lo encontramos en el artículo 23° de la Constitución peruana de 1993, que establece que “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo”. Aquí se regula la consecución de un objetivo (progreso social y económico) pero se dota de margen de acción a los destinatarios para seleccionar los medios que consideren más idóneos para conseguir tal finalidad.

Si bien hemos expuesto con cierto detalle el criterio estructural de distinción tripartita entre reglas, principios y directrices; no es, sin embargo, tal criterio de distinción el que aquí resulta más relevante. Más promisorio nos parece analizar el criterio de distinción funcional, que Atienza y Ruiz Manero tratan a través de la noción de “razones para la acción”. La pregunta, pues, es ¿qué tipo de razones para la acción ofrecen los principios y reglas?

Para avanzar con la resolución de esta pregunta, Atienza y Ruiz Manero proponen distinguir entre “principios en el contexto del sistema primario” o del súbdito, y “principios en el contexto del sistema secundario” o del juez<sup>58</sup>. La diferencia se relaciona a la función de los principios para regular la conducta de los ciudadanos en general —como en el caso del sistema primario— y para

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 5.

regular el ejercicio de los poderes públicos (de jueces principalmente) —como en el caso del sistema secundario—.

Respecto al sistema secundario, la distinción entre reglas y principios consiste en que las reglas ofrecen “razones perentorias” o protegidas para la acción<sup>59</sup>, mientras que los principios ofrecen razones para la acción no perentorias e (a) independientes del contenido (como en el caso de los principios explícitos, i.e., los derechos fundamentales) o (b) no independientes del contenido (como en el caso de los principios implícitos, i.e., el principio de que nadie se puede favorecer de su propio acto ilícito del caso *Palmer vs. Riggs*)<sup>60</sup>. Que sean razones perentorias significa dos cosas: (i) las reglas son una razón directa para realizar una acción (por ejemplo, la existencia del art. 106° CP peruano es una razón suficiente para imponer una pena a quien realice una conducta que calza con la descripción de la norma) y (ii) son una razón se segundo orden para excluir otras deliberaciones a favor o en contra de la imposición de la pena (esto es, ya no es necesario ponderar medios alternativos que podrían reducir el peligro de que el sujeto cometa un nuevo delito o que lograrían una mejor resocialización)<sup>61</sup>.

El criterio de distinción funcional basado en la noción de razones para la acción nos permite vincular a la teoría de los enunciados normativos con la teoría de la argumentación jurídica. Como afirman García Figueroa y Gascón Abellán “la distinción entre reglas y principios es más propia de una teoría de la argumentación jurídica que de una teoría de los sistemas jurídicos”<sup>62</sup>. Desde luego, tal forma de plantear el asunto nos acerca a las opciones de distinción débil entre reglas y principios. Aquí, adoptando

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 12ss. Para comentarios véase GARCÍA FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, pp. 256-257.

<sup>60</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>62</sup> García FIGUEROA, Alfonso y Marina GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 264.

el criterio de gradualidad como el factor relevante, nuevamente García Figueroa y Gascón Abellán van a sostener que los principios remiten en mayor medida a una teoría de la argumentación jurídica que las reglas. Ello pues, como hemos visto, las reglas funcionan como razones perentorias que prescriben que se haga lo que está previsto en estas, y que se excluya otras consideraciones (deontológicas, de prudencia, de eficiencia o eficacia, por ejemplo). Por su parte, los principios no operan estableciendo razones perentorias, con lo que quien los cumple debe realizar análisis argumentativos tomando en cuenta otros principios y razones para el cumplimiento de uno u otro. Este argumento será desarrollado a continuación a partir de algunas consideraciones sobre la teoría de las reglas que ha venido construyendo Frederick Schauer.

## VI. GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS Y CONVERSACIONALES

Imagine una regla que establezca lo siguiente:

R1: “Prohibido el ingreso con perros a este restaurante”<sup>63</sup>.

Tal regla puede presentar algunos problemas en su interpretación, pero diríamos, más bien, que tal interpretación es —en la gran mayoría de casos— sencilla. Así, si un día, luego de salir del trabajo, saco a pasear a mi pastor alemán Rufo y de pronto siento hambre, no podré ingresar al restaurante a menos que deje a Rufo en casa o encuentre la forma de ordenar sin ingresar a las instalaciones del restaurante.

Una regla como R1 podría fundamentarse en varias razones. Una de las que parece especialmente razonable es que, en general,

---

<sup>63</sup> El análisis de la regla que prohíbe el ingreso con perros a un restaurante sigue muy de cerca el ejemplo propuesto por SCHAUER, Frederick, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

los perros pueden causar molestias a los comensales del restaurante. Tal vez Rufo se acerque a las mesas de otros clientes esperando que le den algún bocado, o incluso es posible que trate de robar presas de sus platos. Aun si este no es el caso, nada garantiza que Rufo no comience a ladrar o rascarse entre las mesas. Esta justificación se basa en una generalización que posee carácter probabilístico: en general los perros son molestos. Desde luego, su carácter de generalización probabilística hace que la justificación no sea infalible. Después de todo, podría ser el caso que Rufo sea un perro ejemplar que no incomoda a los clientes y espera pacientemente a que yo haya terminado mi plato de comida para continuar con nuestro paseo. Sin embargo, en la medida que la regla no hace distinciones, resultará sobreincluyente respecto a perros como Rufo. Casos como el descrito podrían considerarse experiencias recalcitrantes<sup>64</sup> que muestran que la justificación general de la regla no opera en el caso concreto de un perro educado.

De acuerdo a la propuesta teórica de Frederick Schauer, es posible plantear dos modelos para abordar los problemas de sobreinclusividad y subinclusividad: el modelo atrincherado y el modelo conversacional. En el modelo atrincherado, la generalización gobierna a todos los casos que calzan dentro de la descripción de la regla, aún en aquellos en los que la justificación subyacente de tal regla no se encuentre presente. Por su parte, en el modelo conversacional las experiencias recalcitrantes permiten una modificación, aclaración y/o refinamiento constante de la regla, de forma tal que se eliminen tales experiencias recalcitrantes.

Apliquemos estos dos modelos a nuestro ejemplo de Rufo, y propongamos un segundo ejemplo: si Rufo es un perro educado, no será el caso que su ingreso al restaurante pueda generar molestias a los demás comensales. Frente a tal escenario, en el que la conjunción entre la propiedad de ser perro y ser educado genera una experiencia recalcitrante, el modelo conversacional propon-

---

<sup>64</sup> SCHAUER, Frederick, *op. cit.*, p. 108.

dría un refinamiento de R1 para obtener una regla parecida a la siguiente:

R1': "Prohibido el ingreso con perros a este restaurante, a menos que se trate de perros educados".

Por su parte, en el modelo atrincherado se produce una suerte de escisión o autonomización de la formulación de la regla respecto de las razones subyacentes que la fundamentan. Si es así, aun si Rufo es un perro educado, será el caso que no podrá ingresar al restaurante, con lo que R1 se mantendrá como en su formulación original.

Propongamos un segundo ejemplo: una regla establece la prohibición de fumar en la oficina<sup>65</sup>. La razón subyacente que fundamenta dicha regla parece ser, razonablemente, el cuidado de la salud de los fumadores pasivos. Durante el día la regla tiene completo sentido pues permite que los trabajadores no sean contaminados por el humo de fumadores, pero se da el caso que por las noches solo trabaja un ingeniero de sistemas actualizando las redes y servidores de la oficina. Parece ser que durante las noches (y, por mor del ejemplo, siendo el ingeniero el único trabajador en la oficina) no se cumple con la razón subyacente de la prohibición, por lo que —en una modificación aún más notoria que en la de nuestro ejemplo anterior— en este caso la prohibición debería transformarse en una permisión.

Partiendo de lo hasta aquí desarrollado, quiero proponer una distinción débil entre reglas y principios cuyos dos enunciados fundamentales son los siguientes:

—Enunciado 1: Las reglas son enunciados tendencialmente atrincherados.

---

<sup>65</sup> Tomo el ejemplo de RÓDENAS, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 37 y ss.

—Enunciado 2: Los principios y las directrices son enunciados tendencialmente conversacionales.

Esta propuesta toma como punto de partida el criterio funcional de distinción entre reglas, principios y directrices propuesto por Atienza y Ruiz Manero y, a través del análisis sobre la naturaleza de las reglas de Schauer, y de variantes de derrotabilidad propuesto por Ángeles Ródenas, extrae nuevas consecuencias interesantes. Veamos.

No es necesario asumir un argumento extremo como el de Raz para identificar el carácter de razones tendencialmente perentorias que ofrecen las reglas. En general, las reglas reemplazan a las razones subyacentes en los procesos de toma de decisiones y así evitan que las personas deban reconsiderar dichas razones subyacentes en cada caso concreto. En esa medida, las reglas permiten una eficiente coordinación de conductas entre los individuos. El que las reglas sean razones para la acción, nos dice también que son razones que, en general, hacen innecesario que las personas piensen en si se cumple con la razón subyacente en uno u otro caso. Un ejemplo propuesto por Schauer es el de las reglas que establecen límites de velocidad: en la mayoría de casos esos límites permiten proteger la vida y salud de los conductores y peatones, pero habrá supuestos —por ejemplo, cuando el conductor es un experto ex conductor de Fórmula 1— en los que la razón subyacente no se pone en riesgo incluso si se va a más velocidad que la que el límite permite. Sin embargo, los seres humanos poseen una capacidad de cómputo y previsión limitada (además de un conjunto de sesgos que operan en sus procesos de toma de decisiones<sup>66</sup>), y, en ese sentido, las reglas les evitan tener que llevar a cabo un proceso reflexivo —que, además, se asume que el legislador ya realizó— para analizar cuál es la velocidad adecuada en la que se comienza a poner en peligro la vida del conductor y los peatones.

---

<sup>66</sup> KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Barcelona, Debate, 2012.



No obstante, decíamos que no es necesario asumir una postura tan rígida como la de Raz frente a las reglas. Si bien en general estas se basan en un modelo de generalización atrincherada, no es necesario llegar al nivel de razones perentorias para la acción. En la gran mayoría de casos las reglas prevalecerán frente a los casos de sobreinclusividad debido a que los beneficios de coordinación prevalecen sobre los perjuicios derivados de la sobreinclusividad; mientras que habrá un conjunto residual de casos en los que esta ponderación de segundo orden se resuelva a favor de un reajuste del alcance de la regla. Es por ello que aquí hemos hablado de las reglas como enunciados *tendencialmente* atrincherados.

Por otra parte, hemos señalado que los principios y directrices son enunciados tendencialmente conversacionales. En este modelo, "(...) quien ha de tomar la decisión trata la generalización preexistente de una regla como si surgiera en una conversación, modificándola toda vez que no resulte fiel a su justificación subyacente"<sup>67</sup>. La conversación aquí se da de hasta tres formas. En el caso de los principios, hay (i) una conversación particularizante, para analizar si las razones subyacentes a un principio se presentan en un caso concreto, y (ii) una conversación ponderativa para establecer qué razones subyacentes son más importantes en un caso particular, en aquellos supuestos de conflicto *prima facie* entre principios. Por su parte, en el caso de las directrices, se da una conversación sobre las estrategias o medios para lograr cierta finalidad. Estas tres formas muestran, a la vez, la profunda conexión existente entre el razonamiento con principios y directrices y los usos de la razón práctica. En términos habermasianos, estaríamos frente a usos pragmáticos y morales de la razón práctica<sup>68</sup>, y, con ello, la argumentación jurídica haría su aparición como la vía para el desarrollo de una teoría de los principios.

---

<sup>67</sup> SCHAUER, Frederick, *op. cit.*, p. 110.

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", en *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta, 2000.

Llegados a este punto, es pertinente concluir con algunos ejemplos sobre cada una de las variantes de enunciados tendencialmente conversacionales que hemos identificado.

Un ejemplo interesante y ciertamente polémico de lo que podríamos llamar una “conversación particularizante” se da en la relación entre libertad de expresión y discurso de odio o *hate speech*. Tal como menciona Marciani:

Se ha discutido mucho en la doctrina constitucional norteamericana [sobre] si la figura del *hate speech* puede considerarse un tipo de expresión protegida de manera absoluta por la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (...) si, al contrario, se encuentra fuera del ámbito de protección; o si, aun considerándose *prima facie* protegida por la Primera Enmienda, puede ser limitada tras un proceso de ponderación de intereses en conflicto<sup>69</sup>.

Aquí no nos interesa tanto la última alternativa de las que presenta Marciani –el caso de la protección *prima facie*– sino las dos primeras (protección o ausencia de la misma). De acuerdo a la reconstrucción de la doctrina estadounidense sobre la libertad de expresión propuesta por la autora que venimos analizando, la razón subyacente de la protección constitucional de la libertad de expresión se vincula con la exposición de ideas para el debate público. En buena cuenta, se trata de un fundamento democrático para la protección de la libertad de expresión, el mismo que, además, fundamentaría la posición privilegiada que detenta tal derecho en el entramado constitucional estadounidense. Más allá de la plausibilidad de la reconstrucción histórico-constitucional ensayada por Marciani, la forma en que plantea el problema de la protección –o ausencia de la misma– constitucional del *hate*

---

<sup>69</sup> MARCIANI, Betzabé, “El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y de la tolerancia liberal”, en *Revista Derecho del Estado*, número 30, 2013, p. 160.

*speech* muestra que nos encontramos frente a un tipo de conversación particularizante, en la medida que lo que está en discusión es si determinada manifestación o conducta se encuentra amparada por el contenido de un principio o derecho, en función de las razones subyacentes –p.ej. dignidad, autonomía o el principio democrático– que dotan de sentido a tal principio o derecho. En el ejemplo propuesto, si interpretamos que el discurso de odio contiene por lo menos un mínimo de contenido u ofrecimiento de razones para la acción, concluiremos que se encuentra protegido por la libertad de expresión (esto, claro está, si concluimos previamente que el mejor fundamento de la libertad de expresión, o su razón subyacente, es la de ser una garantía del sistema democrático); por el contrario, si concluimos que el discurso de odio no ofrece razones para la acción, excluirémos su protección vía la libertad de expresión<sup>70</sup>.

En segundo término, los ejemplos de conversaciones ponderativas abundan y son, precisamente, el espacio de aplicación del test de proporcionalidad. Desde la terminología de enunciados tendencialmente conversacionales que aquí venimos empleando, diremos que nos encontramos frente a una conversación ponderativa cuando se debe sopesar las razones subyacentes en caso de conflicto *prima facie*. No obstante, para ser más precisos, en este caso diremos que nos encontramos frente a una familia de

---

<sup>70</sup> Véase Sotomayor, Enrique, “Sobre el fundamento y límites de la libertad de expresión, y su relación con el discurso de odio (*hate speech*)”, en *La Teoría y Filosofía del Derecho en el Estado Constitucional: problemas fundamentales*, Puno, Zela, 2019. De vuelta a Marciani, su análisis muestra que en el caso de Europa continental, el fundamento de la libertad de expresión parece residir en la dignidad del ser humano. Desde este fundamento distinto –en nuestra terminología, una diversa razón subyacente que fundamenta al principio– se puede arribar a particularizaciones también distintas. En general, la tendencia será a guardar una actitud más recelosa frente al discurso de odio, llegando a prohibir varias de sus manifestaciones. Véase MARCIANI, Betzabé, *op. cit.*, p. 161.

supuestos, entre los que se encuentra una conversación ponderativa resoluble por la mayor importancia de una de las razones subyacentes sobre la que juega a contrario (como en el caso de la variable alexyana de peso abstracto), o una conversación ponderativa resoluble por el nivel de cumplimiento o afectación de la razón subyacente en un caso concreto (como cuando se evalúa los niveles de intervención sobre determinados principios). Esta enumeración no es, desde luego, exhaustiva, pero nos muestra las similitudes prácticas con el modelo alexyano.

Tomemos un ejemplo de la jurisprudencia peruana. Se trata de un Proceso de Inconstitucionalidad promovido contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo de Tabaco. En este caso, el Tribunal Constitucional afrontó la cuestión sobre si la prohibición de fumar en establecimientos dedicados a la salud o a la educación y otros análogos resultaba constitucionalmente legítima. Sin ingresar a las complejidades del caso, en este se plantea un conflicto entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud. Es importante resaltar que para llegar a la fase de una conversación ponderativa, previamente se ha debido desarrollar un proceso de conversación particularizante, en la medida que es menester determinar —como, de hecho lo hace el Tribunal Constitucional— si el acto de fumar forma parte del contenido constitucionalmente protegido del libre desarrollo de la personalidad<sup>71</sup> (lo que se resuelve determinando si cumple con la razón subyacente que dota de sentido a tal principio). Luego, la decisión sobre cuál de los principios prevalece requiere de la ejecución de algún procedimiento decisorio, una de cuyas alternativas es el test de proporcionalidad y ponderación.

Finalmente, estaremos frente a una conversación sobre estrategias cuando exista relativa libertad sobre la adopción de distintas medidas o combinación de estas para conseguir cierta finalidad<sup>72</sup>.

---

71 Tribunal Constitucional peruano. Sentencia del Exp. N° 00032-2010-PI/TC, fundamentos jurídicos 13-25.

72 En una tipología como la de Atienza y Ruiz Manero, ello ocurre en las

Esta forma de plantear la cuestión asemeja a las conversaciones sobre estrategias con lo que Habermas llama “uso pragmático” de la razón práctica. Usualmente este tipo de conversación se asocia a las directrices, y se ejecuta a nivel del Poder Ejecutivo y/o del legislador. Ejemplos de las mismas los encontramos, entre otros, en el segundo párrafo del artículo 23° de la Constitución preuana (“El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”), o en el segundo párrafo del artículo 14° (“Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país”). En estos casos las estrategias incluyen tanto medidas normativas (aprobaciones de cuerpos legislativos) como físicas (p. ej. construcción de nueva infraestructura).

## VII. CONCLUSIÓN

La investigación emprendida en este artículo nos ha llevado a analizar algunos de los modelos teóricos propuestos para distinguir reglas de principios, así como la caracterización de algunos rasgos distintivos de estos últimos. Entre estos modelos, nos detuvimos especialmente en las propuestas de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. A continuación, como vimos a partir de algunas críticas de Humberto Ávila y de Alfonso García Figueroa, se mostró que los modelos teóricos suelen adoptar variantes de distinción fuerte y débil entre reglas y principios. De forma sobresimplificada podemos afirmar que los modelos de distinción fuerte consideran que la diferencia es categorial, mientras que para los modelos de distinción débil la diferencia es de grado.

Por nuestra parte, a partir de un análisis de los modelos atrincherado y conversacional propuestos por Frederick Schauer en su teorización sobre las reglas, adoptamos una variante de distinción

---

reglas de fin y en las directrices.

débil entre reglas y principios, la misma que se sostiene sobre dos tesis principales: (i) que las reglas son enunciados tendencialmente atrincherados, y (ii) que los principios son enunciados tendencialmente conversacionales. Su naturaleza tendencial se explica porque (i) si bien las reglas requieren generar autonomía semántica en la mayoría de casos, de forma tal que hagan posible la coordinación de conductas humanas, esta autonomía puede ser derrotada cuando ciertas consideraciones de especial importancia nos lleva a derrotarlas. Por su parte, (ii) los principios dan lugar a conversaciones particularizantes y ponderativas —en el caso de los principios en sentido estricto— y sobre medios y estrategias para lograr determinados fines, como en el caso de las directrices. No obstante, cuando ciertas líneas jurisprudenciales y/o de precedentes se van acentando en el tiempo, se generan patrones muy similares a los de las reglas.

La distinción propuesta en estos términos, si se considera exitosa, es lo suficientemente flexible como para explicar las principales características atribuidas tanto a reglas como a principios en el Estado constitucional, a la vez que permite compatibilizar las exigencias de coordinación y seguridad jurídica que emanan de las reglas, con las exigencias valorativas, de justicia y racionalidad práctica principalmente provenientes del razonamiento con principios.