

Robert Alexy
Teoría de los Derechos fundamentales
Traducción: Ernesto Garzón Valdés

[Colección El Derecho y la Justicia, 34 - 1993 - 607 págs.]

Robert Alexy es probablemente el teórico del Derecho alemán de mayor proyección de los últimos años. Su influencia comienza ya con la publicación, en 1978, de lo que había sido su tesis de doctorado. En esa obra, de la que existe una versión castellana en el Centro de Estudios Constitucionales (Teoría de la argumentación jurídica, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989), Alexy sostenía como tesis central que el discurso jurídico, la argumentación jurídica, debía considerarse como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. A esa contribución le siguió, en 1986, un libro no menos importante que el anterior, que recogía lo que había sido su tesis de habilitación, y del que ahora aparece, en 1993, la versión castellana a cargo de Ernesto Garzón Valdés y de Ruth Zimmerling, también en el Centro de Estudios Constitucionales. Se trata de su Teoría de los derechos fundamentales que constituye, sin ninguna duda, una de las obras imprescindibles en la materia. Su importancia fundamental radica, en mi opinión,

en haber sabido conjugar e integrar tres dimensiones de análisis de los derechos humanos que suelen darse por separado: la de la dogmática jurídica —y, en particular, la dogmática constitucional—, la de la teoría del Derecho y la de la filosofía práctica.

Si se quisiera dar cuenta, en unas pocas páginas, de los diversos aspectos que encierra una obra singularmente rica y que además se extiende a lo largo de un buen número de páginas (en la versión castellana sobrepasa las 600), el resultado no podría ser otro que una descripción bastante superficial y de dudoso interés de los muchos temas tratados. En lugar de ello, procederé a ocuparme de uno solo, el de los principios jurídicos, pues esta noción constituye el núcleo de su teoría de los derechos fundamentales. El que se trate de una concepción principialista de los derechos fundamentales no implica, por cierto, ningún tipo de reduccionismo: Pues Alexy no defiende un modelo puro de principios, esto es, no considera que la norma en que se plasman derechos fundamentales sean exclusivamente principios o que los princi-

prios puedan comprenderse o manejarse prescindiendo de otros tipos de normas. Ni contrapone tampoco la idea de principio a la de valor o fin; en particular, principios y valores vendrían a ser una misma realidad vista desde dos planos o ámbitos distintos: el deontológico (el del deber ser) y el axiológico (el ámbito de lo bueno). Una teoría —una Jurisprudencia— de principios es por ello compatible —incluso exige— una teoría —una Jurisprudencia— valorativa y finalista. Pero veamos cómo es todo esto posible.

Aunque norma de derecho fundamental y derecho fundamental no sean lo mismo, entre ambos conceptos existe una conexión esencial: siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma (válida) de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Ahora bien, Alexy considera que no existe un único tipo de normas, sino que dentro del género común de las normas debe distinguirse básicamente entre las reglas y los principios. Esa distinción constituye, en su opinión, «la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella —continúa Alexy— no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico» (p. 81). La distinción vendría a configurar tam-

bién «el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales» y constituye, en definitiva, «uno de los pilares fundamentales» del edificio de la teoría de los derechos fundamentales» (p. 82).

Entre reglas y principios existe, en opinión de Alexy, no sólo una diferencia gradual, sino una diferencia de tipo cualitativo y que básicamente consiste en lo siguiente. Los principios son «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (p. 86). Los principios serían, pues, «mandatos de optimización», que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas; estas últimas vienen determinadas por los principios y reglas que juegan en sentido opuesto (al principio en cuestión). Por el contrario, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese sentido, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. «Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa —concluye Alexy— que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio» (p. 87).

Esta diferencia aparece con especial claridad cuando se examina cómo se resuelven los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios, de lo que Alexy pone diversos ejemplos. Un supuesto de conflicto de reglas es el siguiente: Una ley de Baden del año 1951 prohibía que los negocios permanecieran abiertos los miércoles después de las 13 horas, pero esa norma entraba en contradicción con varias Ordenanzas de los años 1934 y 1938 (entonces vigentes) que extendían el horario hasta las 19 horas. El Tribunal Constitucional Federal resolvió el conflicto de acuerdo con el art. 31 de la Ley Fundamental que establece que el Derecho federal tiene prioridad sobre el Derecho de los estados federales; esto es, una de las dos normas en conflicto se declara nula y se expulsa, en consecuencia, del orden jurídico. Sin embargo, frente a las colisiones de principios, el Tribunal procede de manera muy distinta: cuando dos principios entran en colisión, uno —el de menos peso— tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa que el principio desplazado resulte invalidado, ni que en el principio desplazado haya *que introducir una cláusula de excepción*; por el contrario, bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia entre principios puede ser solucionado de manera inversa; en consecuencia, lo que entra en cuestión aquí no es la dimensión de la validez, sino la dimensión del peso. Un ejemplo de colisión de principios lo ofrece un caso en que el Tribunal

Constitucional Federal tuvo que decidir a propósito de admitir o no la celebración de un juicio oral contra un acusado que, debido a la tensión que tales actos traen consigo, corría el peligro de sufrir un infarto. La colisión se produce aquí entre el principio que reconoce un derecho fundamental del individuo a la vida y a la integridad física, y el principio del Estado de Derecho que impone al Estado el deber de garantizar el mayor grado posible de aplicación del Derecho penal. La solución a la que llega el Tribunal es el fruto de una ponderación que conduce a la conclusión de que, dadas todas las circunstancias del caso, los intereses del acusado tienen un mayor peso; el juicio oral no debe celebrarse mientras concurren esas circunstancias, pero eso no significa negar validez al principio del funcionamiento eficiente de las instituciones del Derecho penal.

Esta manera de proceder, por cierto, no significa que la tarea de aplicación de las reglas sea una pura cuestión de lógica (de subsunción), mientras que los principios requerirían una operación de tipo valorativo (la ponderación). Esto no es así (o no es exactamente así) por dos razones. La primera es que la subsunción implica también —si se quiere presupone— un uso de principios; esto es, la subsunción supone —o presupone— no sólo el paso de las premisas normativas y fácticas a la conclusión (que es de lo único de lo que se ocupa la lógica), sino también una operación

previa consistente en establecer las premisas y que sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios. Y la segunda es que los principios no permiten por sí mismos alcanzar una solución; esto es, los principios, a diferencia de las reglas, son sólo razones *prima facie*, pero no razones *definitivas*; no pueden, pues, servir como fundamento de una decisión, sino que necesitan ser concretados en reglas, lo que tiene lugar precisamente a través de la ponderación: en el anterior caso, el Tribunal habría construido una regla que establece que si se dan determinadas circunstancias (un riesgo grave para la vida), entonces debe producirse (y el «debe» no tiene ahora el carácter de un mandato de optimización, sino que es un «debe» que exige un cumplimiento pleno) una determinada consecuencia jurídica (no debe celebrarse el juicio).

La concepción que Alexy tiene de los principios está muy próxima, como él mismo reconoce, a la de Dworkin, pero se diferencia de la del autor norteamericano en dos aspectos importantes. El primero tiene que ver con el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral y, en particular, con la cuestión de si para cada caso jurídico existe una única respuesta correcta. La contestación afirmativa que a la misma da Dworkin presupone lo que Alexy llama una teoría *fuerte* de los principios, esto es, una teoría que contenga no solo todos los principios del sistema en cuestión, sino también todas las

relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos que permita determinar unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Alexy rechaza esa posibilidad² y en su lugar defiende una teoría débil de los principios que no supone tampoco entender a éstos como un simple catálogo de topoi. Lo que impide un uso puramente arbitrario de los principios es la posibilidad de construir un orden débil de los mismos (o, si se quiere, de los valores) que constaría de tres elementos. El primero es un sistema de condiciones de prioridad que hacen que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos: como antes se ha visto, las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente. El segundo lo constituye lo que Alexy llama un sistema de «estructuras de ponderación» que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización: En relación con las posibilidades jurídicas, la ponderación ha de llevarse a cabo respetando la máxima de la proporcionalidad que establece que cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del otro. Y respecto a las posibilidades fácticas, cabe hablar también de otras máximas, como la que establece que una medida M1 está prohibi-

da en relación con los principios P1 y P2 si existe una alternativa M2 que protege a P1 al menos igual de bien que M1, pero que socava menos a P2. Finalmente, el tercer elemento es un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad establecida de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de la prueba.

El segundo aspecto en que se separa de Dworkin es en considerar a todos los principios por igual como mandatos de optimización, lo que supone, entre otras cosas, prescindir de la distinción dworkiniana, dentro de la categoría general de los principios, entre *principles* (esto es, normas que establecen exigencias de justicia, equidad y moral positivas) y *policies* (que fijan objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc.). Ahora bien, en mi opinión, así como el alejamiento de Dworkin en el punto anterior está plenamente justificado, el haber prescindido de la subdistinción que se acaba de señalar es un serio defecto de la concepción de Alexy, como trataré ahora mostrar muy brevemente.

En varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero en los últimos años³, he defendido una concepción de los principios jurídicos basada en tres diversos enfoques de las normas jurídicas (según éstas se vean como entidades estructuradas de una cierta manera, como razones para la acción o como entidades conectadas de determinada forma

con los poderes e intereses de la sociedad y de los individuos), y en la que la distinción entre *principios en sentido estricto* y *directrices* juega un papel de gran importancia. Entendidas las normas en el primero de los sentidos, esto es, como correlaciones entre casos o condiciones de aplicación y soluciones normativas, la diferencia (entre los dos tipos de principios y, también, nuestra diferencia con Alexy) la establecíamos en los siguientes términos: «de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados»⁴. Además, desde la perspectiva de las razones para la acción, mientras que las directrices generan razones de tipo instrumental o estratégico, de los principios en sentido estricto derivan razones de corrección; es decir, las primeras son razones finalistas que están lógica-

mente subordinadas a las segundas, a las razones finales⁵.

No es obviamente éste el lugar de examinar en sus diversos detalles la distinción, pero sí me parece oportuno señalar un par de aspectos en que la misma afectaría a la obra de Alexy. El primero de ellos se refiere, claro está, a la ponderación entre principios y a la necesidad de establecer algún tipo de orden interno entre los diversos principios o valores jurídicos que permitan «racionalizar» la operación. La distinción en cuestión (o, mejor dicho, la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices) vendría a configurar, me parece, el elemento más importante del «orden débil» que defiende Alexy. Baste con pensar que el ejemplo de ponderación entre principios puesto por Alexy y al que antes hice referencia, podría resolverse ahora de manera seguramente más simple y «natural»: el derecho a la vida desplaza a la obligación de realización del Derecho penal, porque el primero se basa en un principio o valor de tipo moral, mientras que el segundo tiene carácter básicamente instrumental.

El segundo aspecto permite además conectar críticamente la Teoría de los derechos fundamentales de Alexy con su anterior obra, la Teoría de la argumentación jurídica. Pues tanto en uno como en otro caso, Alexy parece partir de un modelo de racionalidad práctica insatisfactorio, en cuanto que en el mismo no apare-

cen suficientemente articuladas la dimensión instrumental y la moral. En su primer libro, lo que aparecía sobredimensionado era el aspecto moral, lo que llevaba a Alexy a considerar que la argumentación jurídica, incluida por ejemplo la agumentación de los abogados o de las partes en un proceso, era un caso especial del discurso práctico general⁶. Ahora, sin embargo, el riesgo parece ser más bien el contrario: hasta la misma fórmula, «mandatos de optimización», lleva a pensar que el manejo de los principios tiene sólo o preferentemente que ver con una racionalidad de tipo económico o instrumental.

Notas

¹ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, revisado por Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; ed. alemana: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1986.

² Pero, en realidad, no rechaza del todo la tesis de la única respuesta correcta, sino que la convierte en una idea regulativa.

³ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Sobre principios y reglas, en «Doxa», n.º 10, 1991; *Tre approcci ai principi di diritto*, en «Anàlisi e diritto», 1993. Una discusión sobre nuestra concepción de los principios (con Alexander Peczenik y Luis Prieto), puede verse en «Doxa», n.º 12.

⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Sobre principios y reglas, cit., p. 110.

⁵ Por lo que he podido ver, en su último libro, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurtheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992, Habermas traza una distinción semejante entre lo que él llama principios entendidos como normas y valores; véase Juan Antonio García Amado, La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, en «Doxa», n.º 13, 1993, pp. 252 y ss.

⁶ He tratado con detalle de este aspecto en mi libro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.