



Núm. 17, julio-diciembre 2007

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 pp.*

Desde 1968, época en que Robert Alexy estaba matriculado en derecho en la Universidad de Gotinga, también lo estaba en la Facultad de Filosofía. Cuando decidió escribir su tesis doctoral *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy afirma que hizo de la filosofía del derecho su profesión.¹ De ahí que la obra que ahora reseñamos, *Teoría de los derechos fundamentales* pertenezca a esta área de estudio del derecho. La misma fue presentada por Alexy a fin de obtener su habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Georg August, de Gotinga, Alemania.

El objeto de la obra es “dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales” (p. 254.). En su *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy propone investigar estructuras tales como la de conceptos de derechos fundamentales, la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales. El autor señala que su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Dicha teoría se guía por la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales? (p. 39).

Para Alexy, una característica de su *Teoría* es que con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo (p. 45). Alexy afirma que no pretende crear una “matemática del derecho”, en palabras de Jhering, sino tomar del “manejo lógico” lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. En este sentido, el autor afirma que la teoría estructural que propone continúa la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos (p. 46).

* La presente reseña fue comentada por un grupo de estudio sobre los derechos humanos. Agradezco dichos comentarios.

¹ Cfr. Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, núm. 24, pp. 5 y 7.

Para Alexy, toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental, presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental. Así, el autor afirma que está evitando tomar posición respecto al problema clásico de si ha de darse prioridad a la norma objetiva o la norma subjetiva, al derecho o al deber ser, que son cuestiones de contenido (p. 48, nota al pie 2).

El autor designa a las normas de derecho fundamental expresas como aquéllas directamente establecidas por las disposiciones de la Ley Fundamental (lo equivalente a la Constitución) alemana, (artículos 1 a 9, 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104) (p. 65). Además existen normas de derecho fundamental que no están establecidas directamente por el texto constitucional, sino que más bien están adscritas a las normas expresas. Estas normas *adscritas* son aquellas para cuya adscripción a una norma de derecho fundamental expresa es posible dar una fundamentación iusfundamental (lógicamente) correcta. Por tanto, para que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible una argumentación iusfundamental para ello. Sin embargo, el mismo Alexy señala que las reglas de fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un solo resultado. De aquí que el autor admita que en muchos casos, existe incertidumbre acerca de cuáles pueden ser normas adscritas de derecho fundamental (pp. 70 a 72).

Ahora bien, una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla (p. 83). Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa (pp. 86 y 87).

Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es

posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas (p. 88).

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, el autor habla de que bajo ciertas circunstancias, un principio *precede* a otro. A esto Alexy llama la *ley de colisión* (p. 89).

Esta *ley de colisión* es de fundamental importancia en la *Teoría* de Alexy, ya que refleja que los principios en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia y en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables (p. 95).

El autor hace notar que la Ley Fundamental alemana al parecer establece por lo menos un principio absoluto, al señalar en el artículo 1o. párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental: “La dignidad humana será inviolable”.² Para abordar esta cuestión, el autor afirma que la norma de dignidad humana puede ser tratada como regla o como principio (p. 106).

Cuando la norma de la dignidad humana es tratada como regla, la cuestión es si la norma es violada o no, si se lesiona o no la dignidad humana. Sin embargo, dado que para Alexy la norma de la dignidad humana es vaga, existe un amplio espectro de posibles respuestas a esta pregunta. El autor cita un fallo del Tribunal Constitucional [BVerfGE 30, 1 (25)], en el que se dice que no es posible dar una respuesta general a la pregunta de en qué circunstancias se viola la dignidad humana, sino que hay que tener en cuenta el caso concreto. Con base en este fallo, el autor afirma que existe la posibilidad de ponderación (p. 107). Alexy, sin embargo, afirma que la regla de la dignidad humana sí es absoluta, pero “que debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante” (p. 108).

2 *Human Dignity Shall be Inviolable*, traducción propia de la versión en inglés de la Ley Fundamental de Alemania, tomada de “German Bundestag (Administration)”, *Basic Law for the Federal Republic of Germany. Text edition. Status: December 2000*, Berlín, German Bundestag, 93 pp. Utilizaremos en las siguientes citas del texto constitucional la edición mencionada.

Por lo que se refiere al principio de la dignidad humana, Alexy dice que el mismo no es absoluto. El hecho de que bajo determinadas condiciones, dicho principio preceda a todos los demás principios, no implica que éste sea absoluto, sino que “simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones” (p. 109).

Para Alexy, la Ley Fundamental contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental. Incluso existen normas que tienen un carácter doble, como es el caso del artículo 1o. arriba citado (p. 138).

Ahora bien, para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, el autor formula también una *ley de ponderación*. De esta forma, la medida de satisfacción o de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, deberá depender del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya desde la misma definición de principio, que es un mandato de optimización en la medida de lo posible, aquello que es ordenado por el principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos (p. 161).

Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización (p. 166). Por otra parte, la *ley de ponderación* en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser resueltos los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la *ley de ponderación* con la teoría de la argumentación jurídica racional. La *ley de ponderación* dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada (p. 167).

En la teoría analítica de Alexy, existen tres tipos de posiciones jurídicas o derechos: 1) derechos a algo; 2) libertades y 3) competencias (p. 186).

Los derechos a algo, se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas.

Los derechos de defensa se subdividen además en tres grupos (p. 189). El *primero* está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el *segundo*, por derecho a que el Estado no afecte determinadas situaciones del titular

del derecho (*v.gr.* la inviolabilidad del domicilio); y el *tercer* grupo se componen por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (*v.gr.* la situación jurídica de propietario, la cual requiere de una configuración jurídica) (p. 192).

Los derechos de acciones positivas se subdividen en dos grupos: el de aquéllos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa (pp. 193 y 194).

Los derechos a acciones normativas son derechos a actos estatales de imposición de una norma. En los derechos a acciones fácticas es irrelevante la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho (*v.gr.* la pretensión individual para la creación de plaza de estudio) (p. 195).

En el segundo grupo derecho están las libertades. Para Alexy existe libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción, las *posibilidades* para hacer algo, la cual el autor denomina “libertad negativa” (p. 214). Aquí se requiere sólo una omisión del Estado, es decir, una acción *negativa*. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa (p. 215).

Ahora bien, la libertad jurídica se divide en “protegida” y en “no protegida”. Esta última consiste simplemente en la permisión de hacer algo y en la permisión de omitirlo, y no incluye ningún aseguramiento a través de normas y derechos que protejan la libertad. La libertad “protegida” es aquélla que está vinculada a un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar acciones permitidas (pp. 224 y 225). En este sentido las libertades iusfundamentales son libertades protegidas (p. 226).

Por lo que se refiere a competencias, éstas pueden ser designadas con expresiones como “autorización”, “facultad” o “capacidad jurídica”, entre otros términos (p. 227).

Existen competencias del ciudadano que gozan de protección iusfundamental (*v.gr.* la competencias para celebrar matrimonio, fundar asociaciones o heredar) (p. 236). Mediante el otorgamiento de competencias jurídicas al individuo, se amplía su libertad jurídica (p. 238).

El autor analiza también las restricciones de los derechos fundamentales. En primer lugar una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional (p. 272). Ahora bien, existen dos tipos de restricciones fundamentales, las que son directamente constitucionales

y las que son indirectamente constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales (p. 277). Éstas a su vez se subdividen en restricciones y cláusulas restrictivas. El concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho, el de la cláusula restrictiva a la perspectiva de la norma. Esta última es parte de la norma en sí, y dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que está protegido por la norma. Las cláusulas restrictivas pueden ser expresas o tácitas (p. 277).

Ejemplo de una cláusula restrictiva expresa es la señalada en el artículo 9o., párrafo 2 de la Ley Fundamental, que señala que está prohibida toda asociación que sea contraria al concepto de “entendimiento internacional”.

El ejemplo paradigmático de una cláusula restrictiva tácita, nos dice Alexy, es la formulada por el Tribunal Constitucional. Éste ha señalado que, tomando la Ley Fundamental como un todo, los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores (o principios) jurídicos pueden limitar, los derechos fundamentales [BVerfGE 28, 243 (261), citado por Alexy, p. 281, nota al pie 28].

Las restricciones indirectamente constitucionales o reservas, son aquellas cuya imposición está autorizada por la Ley Fundamental. Las reservas pueden ser simples o calificadas. Son simples cuando se confiera sin más la competencia para imponer restricciones. Ejemplo de esto es el artículo 8o., párrafo 2, “En el caso de reuniones al aire libre, este derecho puede ser restringido por o según la ley”. La reserva es calificada, cuando existe una limitación de contenido (v. *gr.* artículo 11, párrafo 2, que establece que la ley puede restringir la libertad de movimiento sólo en determinados supuestos expresamente señalados, cómo el de combate a una epidemia).

Lo contrario a la restricción es el supuesto de hecho de una norma fundamental (p. 295). Alexy se inclina a dar una interpretación “amplia” al supuesto de hecho que contiene una norma fundamental. El autor responde a diversas objeciones a esta teoría del supuesto de hecho en sentido amplio, entre ellas la de Starck, que señala que con dicha teoría se puede llegar a concepciones grotescas que distorsionan la conciencia jurídica, al grado de que se puede llegar a formular un derecho fundamental a matar, hurtar y encubrir. Por ejemplo, si se parte del supuesto de que existe un derecho *prima facie* a hacer y omitir lo que uno quiera, po-

dría parecer que entonces uno tiene derecho a hurtar. Alexy rechaza esta interpretación, ya que este derecho de hacer y omitir, está restringido entre otras cosas, por la prohibición de hurtar (pp. 318 y 319).

El autor analiza el derecho general de libertad, establecido en el artículo 2o. párrafo 1 que establece: “Cada persona tendrá el derecho a un libre desarrollo de su personalidad en tanto que no lastime los derechos de otros o lesione el orden constitucional o la ley moral”. Para Alexy esta norma no carece de contenido, ya que la misma es una de las condiciones necesarias para garantizar la dignidad de la persona. Esta libertad para hacer o no hacer (o libertad negativa como se dijo antes) es un *valor en sí*, ya que citando a Isaiah Berlin, el derecho a decidir y a no decidir es un ingrediente inalienable que hace a los seres humanos eso, humanos (p. 348).

A esta concepción de libertad del artículo 2o. párrafo 1, Alexy la denomina “formal-material”. Formal en la medida que parte de la libertad negativa y la trata como un valor en sí. Material, porque en caso de colisión, le da un peso específico al principio de libertad frente a otros principios que también tienen un valor material, y por lo tanto un peso (p. 349).

El principio de igualdad lo establece el artículo 3o. párrafo 1, de la Ley Fundamental que señala “Todas las personas son iguales ante la ley”. Por otra parte, el artículo 1o., párrafo 3, señala que los derechos fundamentales serán vinculatorios para la legislatura, el ejecutivo y la judicatura, como ley directamente aplicable. Esto implica por una parte, un mandato de igualdad en la aplicación del derecho (p. 384), que aplica no sólo al ejecutivo y al judicial sino también al legislativo.

Alexy señala que el mandato al legislador de tratamiento igual implica, siguiendo la fórmula aristotélica, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales (p. 385). La teoría analítica del autor enfrenta ante esta máxima dos cuestiones: la primera es en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la máxima igualdad (para tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional (p. 388).

Para la primera cuestión, Alexy, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, responde que están prohibidos los tratamientos arbi-

trariamente desiguales. ¿Y cuándo un tratamiento es arbitrario? Cuándo no exista una razón cualificada para hacerlo. Es decir, para dar un trato desigual debe existir una razón suficiente, y esto es un asunto de valoración (p. 395).

Sobre quién es en última instancia competente para hacer este juicio de valor, el autor señala que el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente que el legislador dispone de una muy amplia libertad de configuración. No es función del Tribunal examinar si el legislador ha dictado la regulación más justa y funcional, sino simplemente examinará si ésta no ha sido arbitraria (p. 393).

Alexy hace la distinción entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto*. El derecho a una igualdad *de iure* puede ser formulado como un derecho, *prima facie*, a la omisión de tratamientos desiguales. El derecho de igualdad *de facto*, como un derecho *prima facie* a acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado (p. 418).

El autor hace una fuerte crítica a la Ley Fundamental alemana. Ciertamente la misma tiene algunos preceptos de apoyo a una interpretación que postula un derecho a prestaciones. En primer lugar, está la obligación de todo poder público de proteger la dignidad de la persona (artículos 1o. párrafo 1 frase, y 2o.), y la cláusula de que Alemania es un Estado social (artículos 20, párrafo 1, y 28, párrafo 1). Sin embargo, para el autor, el texto y génesis de la Ley Fundamental tiene primariamente el carácter de una Constitución burguesa y de Estado de derecho orientada hacia los derechos de defensa, pero no a los derechos prestacionales en sentido amplio (p. 421).

No obstante lo anterior, Alexy señala diversos fallos del Tribunal Constitucional que abordan los derechos prestacionales (pp. 422 y ss.). La polémica sobre este tipo de derechos se funda en las concepciones que se tengan del carácter y tareas del Estado, del derecho y de la Constitución, incluso de los derechos fundamentales, como así también sobre la evaluación de la situación actual de la sociedad (p. 426). No obstante, para Alexy este debate debe ser orientado por una idea rectora: los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de una simple mayoría parlamentaria (p. 432).

Alexy divide los derechos prestacionales en tres grupos: 1) derechos de protección; 2) derechos de organización y procedimiento (o simple-

mente procedimentales) y 3) derechos a prestaciones en sentido estricto (p. 430).

Los derechos de protección son los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Estos derechos pueden tener objetos diferentes, desde la protección frente a acciones de homicidio, hasta la protección del uso pacífico de la energía atómica (p. 435).

Alexy aborda el problema de la justiciabilidad de los derechos de protección. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala dos postulados: *a)* el Estado está obligado a emplear por lo menos un medio efectivo de protección y *b)* si sólo hay un medio efectivo de protección, el Estado tiene que utilizarlo. En todo caso, el *cómo* el Estado ha de cumplir con esta obligación queda en gran medida en manos del legislador (p. 448). En cualquier caso, Alexy no deja de advertir que en última instancia, la cuestión más importante es saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento puede quedar en manos de una mayoría parlamentaria (p. 452).

Los derechos procedimentales bajo la forma del derecho a una protección jurídica efectiva, están dirigidos a los tribunales de justicia. Por otra parte, los derechos procedimentales que tienen por objeto el dictado de normas de procedimiento están dirigidos al legislador (p. 459). Alexy señala que en lo esencial, aborda estos últimos en su obra.

A su vez los derechos procedimentales se subdividen en 1) competencias de derecho privado; 2) procedimientos judiciales; 3) organización en sentido estricto y 4) formación de la voluntad estatal.

Los derechos a competencias de derechos privados son derechos frente al Estado para que éste formule normas que son constitutivas para las acciones jurídicas de derecho privado, y con ello, para la creación, modificación y eliminación de posiciones jurídicas de derecho privado. Ejemplo de esto son las normas de los contratos, la propiedad, del matrimonio, el derecho sucesorio y de asociación, es decir, los llamados “institutos jurídicos” (p. 468).

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una protección jurídica efectiva. Condición de esta última es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos (p. 472).

Los derechos de organización, en sentido estricto, son exigencias ius-fundamentales a materias jurídicas tales como el derecho universitario o el derecho de radiodifusión. Lo común a estas normas es que regulan la cooperación de numerosas personas orientadas a determinados fines (p. 474).

Los derechos a la formación de la voluntad estatal son aquéllos cuyo objetivo es que el Estado, a través de legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal. El ejemplo más importante de este derecho es el adscrito al artículo 38, párrafo 1, de la Ley Fundamental, es decir, el derecho a las normas legislativas ordinarias que establecen un sistema electoral que permita a los ciudadanos votar (p. 481).

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría también obtenerlo de los particulares. Éstos son por ejemplo derechos a la previsión, al trabajo, a la vivienda y a la educación (p. 482).

La Ley Fundamental alemana no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente formulados, pero el Tribunal Constitucional ha debatido si está impuesto adscribir a las normas explícitas, normas que confieran derechos sociales fundamentales (p. 483).

Siguiendo la idea rectora propuesta por el autor a este respecto, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de ponderación entre principios. Por un lado se encuentra sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado, de la división de poderes, de la libertad jurídica y derechos fundamentales sociales de otros así como a bienes colectivos (p. 494).

El autor admite que este modelo no dice qué derechos fundamentales sociales tiene el individuo pero sí da tres pautas para determinarlos: 1) si lo exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica; 2) el principio de la división de poderes y de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento, y 3) principios materiales opuestos, especialmente los que apuntan a la libertad jurídica de otros (p. 495).

Por último, Alexy relaciona su *Teoría de los derechos fundamentales* con su *Teoría de la argumentación jurídica*, de la siguiente manera: un discurso iusfundamental es un procedimiento argumentativo y de lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada. La argumentación práctica general es un elemento necesario del razonamiento o discurso iusfundamental. Esto significa que el discurso iusfundamental comparte con el discurso jurídico en general, la inseguridad de resultado práctico general. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y claridad, y a través de las reglas de la lógica, la argumentación práctica y la argumentación jurídica, la argumentación iusfundamental que se lleve a cabo estará estructurada racionalmente.

Dada la inseguridad del resultado, nos dice Alexy, es necesaria una decisión iusfundamental dotada de autoridad. Si al parlamento no le es dable ser juez de la propia legislación que aprueba, corresponderá entonces a un Tribunal Constitucional realizar esta labor. La decisión que tome este Tribunal, deberá ser justificada y criticada en un discurso iusfundamental racional (p. 554).

Para terminar, queremos remarcar algo que escribe Alexy: "...el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que *siempre* puede hablarse *tan sólo* de pesos *relativos*" (p. 161 las cursivas son nuestras). ¿Estamos acaso ante una teoría de los derechos humanos que presupone una "dictadura del relativismo"?



Arturo ZÁRATE CASTILLO*

* Maestro en derecho (LL.M.) por The George Washington University Law School.