

# ROBERT ALEXY: DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y PONDERACIÓN

**Manuel Atienza**

1.

El libro de Alexy *Teoría de los derechos fundamentales* es, en mi opinión, uno de los más importantes que se han escrito sobre ese tema y, en algunos aspectos, quizás el más importante de todos ellos. Lo que, por lo demás, seguramente no justifique la existencia de dos traducciones al castellano, ambas de calidad incuestionable y publicadas además en la misma editorial, en el transcurso de no demasiados años. Ciertamente, la segunda edición cuenta con dos añadidos valiosos: un útil y atinado estudio introductorio a cargo de su traductor, Carlos Bernal, y un epílogo que Robert Alexy escribió, en 2002, con ocasión de la traducción de su libro al inglés<sup>1</sup>.

Pero esas ganancias podrían haberse obtenido —supongo— ahorrándose el esfuerzo de retraducir unas 500 páginas de letra más bien apretada, esfuerzo que bien podría haberse dedicado —aunque no sé si resultaba factible la empresa— a tratar de convertir el libro en una obra aligerada de las numerosas, intrincadas y no siempre muy interesantes discusiones de dogmática constitucional alemana que contiene. Se comprende, por supuesto, que figuren en la edición alemana original (sobre todo en la primera, que era la tesis de habilitación del autor). Pero precisamente por la importancia teórica que tiene el planteamiento de Alexy y porque su alcance es ciertamente general —no está circunscrito a un determinado sistema jurídico—, convendría hacer todo lo posible para facilitar su asimilación a un público variado de juristas: teóricos y prác-

---

<sup>1</sup> A lo que hay que añadir ahora un Prefacio escrito por Alexy para esta tercera edición en castellano de su libro.

ticos. No estoy hablando de una simplificación de la obra, sino de algo así como de su condensación en unas 200 páginas que probablemente serían suficientes para contener el notable aparato conceptual construido por Alexy.

Cuando apareció la primera edición (en 1993; el original alemán es de 1986), traducida por Ernesto Garzón Valdés y revisada por Ruth Zimmerling, publiqué una recensión en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (en el n.º 17, correspondiente a 1994) en términos obviamente elogiosos. Destacaba la existencia en la obra de tres dimensiones de análisis de los derechos fundamentales que el autor conseguía integrar armoniosamente: el de la dogmática jurídica, el de la teoría del Derecho y el de la filosofía práctica. Y me centraba, sobre todo, en el concepto que constituía —y constituye— el centro de la concepción alexyana: el de principio jurídico y, como consecuencia de ello, el de ponderación. Como el lector sabrá de sobra, Alexy concibe los *principios* como mandatos de optimización<sup>2</sup> y contrapone ese tipo de norma jurídica a las *reglas*, de manera que entre los principios y las reglas habría una diferencia de tipo cualitativo. Mientras que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, los principios pueden ser cumplidos en grados distintos, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas existentes en el momento de su aplicación. Esa diferencia se advierte particularmente en los casos de conflicto de normas. Si las normas que chocan entre sí son reglas, entonces la antinomia se soluciona (prescindiendo de algunas precisiones que no vienen aquí al caso) declarando la nulidad de una de ellas o estableciendo una excepción. Pero si los conflictos tienen lugar entre principios, entonces el que resulta triunfante en el choque desplaza al otro en ese caso, pero sin expulsar al principio derrotado del ordenamiento jurídico, y ello porque los principios tienen una dimensión de peso de la que carecen las reglas. Visto desde otra perspectiva: las reglas se aplican mediante subsunción, mientras que los principios exigen ponderación.

---

<sup>2</sup> Aunque esa definición ha sido matizada por Alexy con posterioridad, como consecuencia de algunas críticas que le dirigieron, primero, Aarnio y Sieckmann y, más tarde, Poscher. Lo que venían a decir esos autores es que los «mandatos de optimización» no serían principios, sino reglas, de acuerdo con las definiciones que de esos términos da el propio Alexy. Y la respuesta de este último ha consistido en diferenciar entre «mandatos de optimización» (que, efectivamente, serían reglas) y «mandatos a ser optimizados» (principios). Pero se trataría de una precisión que no cambia en nada la esencia de su planteamiento. Sobre esto puede verse el libro coordinado por Juan Antonio García Amado y Rafael Giorgio Dalla-Barba, *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*, Palestra, Lima, 2022.

Según Alexy, la distinción entre reglas y principios es exhaustiva y excluyente: toda norma jurídica es o bien una regla o bien un principio. Pero eso no quiere decir que, al subrayar la importancia de los principios para dar cuenta de los derechos, las reglas queden, por así decirlo, relegadas. Su teoría de los derechos (y su teoría del Derecho en general) busca siempre —cabría decir— el equilibrio, y por eso, Alexy no deja de señalar que los derechos fundamentales pueden estar contenidos bien en principios o bien en reglas, y que si pone el énfasis en los principios es porque, cuando surgen conflictos entre derechos (lo que ocurre con cierta frecuencia), lo que resulta determinante son los principios, o sea, los conflictos sólo pueden solucionarse mediante una ponderación. Por lo demás, en su planteamiento, la idea de principio y la de valor vienen a ser algo así como dos caras distintas (la deontológica y la axiológica) de una misma realidad.

La concepción de Alexy (de los derechos y de los principios) es muy semejante a la de Dworkin, pero el autor alemán pone interés en señalar dos diferencias entre ellos. La una se refiere a la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta, que Alexy sólo acepta en una versión débil: como un ideal regulativo. En opinión de Alexy, Dworkin presupone una teoría *fuerte* de los principios que contendría todos los principios y también todas las relaciones de prioridad abstracta y concreta entre ellos, mientras que lo que él defiende es una teoría *débil*, basada en un orden también débil entre los principios (o entre los valores), que constaría de tres elementos: un sistema de condiciones de prioridad (las colisiones entre principios dan lugar a reglas —que establecen prioridades entre principios— que son importantes para los casos futuros), un sistema de estructuras de ponderación (basadas en el principio de proporcionalidad: en sentido amplio y en sentido estricto) y un sistema de prioridades *prima facie* (la prioridad de un principio sobre otro puede ceder en el futuro, pero quien pretenda introducir ese cambio corre con la carga de la argumentación). Y el segundo aspecto que le separa de Dworkin es que el autor alemán no acepta la distinción, dentro de la categoría general de los principios, de dos tipos distintos (los *principles* y las *policies*), sino que, para él, todos los principios serían, como es sabido, mandatos de optimización.

Pues bien, en mi recensión al libro de Alexy me detenía particularmente en este último extremo, porque en aquel momento estaba elaborando, con Juan Ruiz Manero, una teoría de los enunciados jurídicos (plasmada luego en un libro que titulamos *Las piezas del Derecho* —la primera edición es de 1996—) que también daba mucha importancia a la distinción entre reglas y principios, pero que se situaba en cierto modo

más cerca de los esquemas de Dworkin que de los de Alexy, fundamentalmente porque nosotros pensábamos que era importante mantener esa diferenciación entre dos tipos de principios (principios en sentido estricto —por ejemplo, el de libertad de expresión o el de igualdad ante la ley— y directrices —como el objetivo de fomentar el empleo o de preservar el medio ambiente—), y no considerar a todos ellos, por igual, como mandatos de optimización; para nosotros, la caracterización de los principios de Alexy sólo podía aceptarse con propiedad en relación con las directrices. Como habíamos escrito en un trabajo de 1991, que cita *in extenso*: «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 para 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». Eso tenía consecuencias, me parecía, en relación con los derechos, y de ahí que terminase aquella recensión señalando que la distinción en cuestión afectaba al planteamiento de Alexy en dos sentidos: la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices —los principios que establecen derechos frente a los que fijan objetivos colectivos de carácter económico, cultural, etc.—, vendría a configurar el elemento más importante del «orden débil» del que hablaba Alexy; y no ver todos los principios como mandatos de optimización permitiría evitar la idea de que los principios se vinculan fundamentalmente con una racionalidad de tipo económico o instrumental, con un análisis coste-beneficio que es lo que sugiere la expresión «optimización» y otras por el estilo utilizadas profusamente por Alexy.

## 2.

He escrito luego en varias ocasiones sobre diversos aspectos de la obra de Alexy (y también con anterioridad: a propósito de su teoría de la argumentación jurídica: de hecho traduje con Isabel Espejo, para esta misma editorial, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy). Mi juicio global sobre su obra es que se trata de una de las más importantes

de la filosofía del Derecho de las últimas décadas, y que en ella Alexy no solamente se ha ocupado prácticamente de todos los problemas relevantes en la materia, sino que ha ofrecido a los mismos soluciones que, en lo esencial, resultan acertadas.

A pesar de lo cual, no he dejado tampoco de dirigirle algunas críticas que, por lo demás, no afectan a lo que cabría llamar la concepción de fondo del Derecho (se encuentran recogidas ahora en un capítulo, «Robert Alexy y el “giro argumentativo” en la teoría del Derecho contemporánea», de mi libro *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2019). Alexy no es un autor positivista (ni iusnaturalista), sino que tiene una visión no positivista del Derecho que yo calificaría mejor de postpositivista y que se resume en su tesis de la doble naturaleza del Derecho: el Derecho comprende tanto una dimensión real o fáctica —que se vincula con la legalidad conforme con el ordenamiento y con la eficacia—, como una dimensión ideal o crítica —que se conecta con la corrección moral—. Se trata fundamentalmente de tres críticas: una se refiere a su tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico racional, que a mí me parece incurre en cierta simplificación e idealización de las prácticas jurídicas argumentativas; otra a su visión de los principios como mandatos de optimización a la que ya he hecho alusión; y la tercera a su teoría de la ponderación que, en mi opinión, aunque acertada en lo fundamental, presenta algunos inconvenientes: fundamentalmente porque corre el riesgo de incurrir en lo que cabe llamar la falacia de la falsa precisión. Voy a tratar de aclarar un poco más las dos últimas.

Por lo que se refiere a la concepción de los principios, sigo pensando que distinguir entre principios en sentido estricto y directrices es preferible a ver, uniformemente, todos los principios como mandatos de optimización, aunque creo también que la diferencia entre esas dos conceptualizaciones de los principios es más que nada una cuestión de presentación. O, dicho de otra manera, se puede seguir uno u otro esquema teórico y llegar a las mismas o muy parecidas conclusiones pero, a mi juicio, uno de esos esquemas es más claro y menos problemático que el otro. Pues Alexy unifica, por un lado, todos los principios en una misma fórmula pero, por otro lado (lo que vendría a cuestionar lo anterior), establece una distinción en cuanto al peso entre los derechos individuales y los objetivos colectivos, en el sentido de que, en una ponderación, los primeros derrotan, al menos *prima facie*, a los segundos; o dicho de otra manera, los objetivos sociales podrían, en algún caso excepcional, sobrepasar a los derechos individuales, pero la carga de la argumentación correspondería a quien defiende esa tesis. Una con-

clusión esta última, en mi opinión, acertada y que va contra la pretensión de otorgar un carácter absoluto a los principios que contienen derechos individuales: es efectivamente imposible establecer una jerarquía rígida, sin ninguna excepción, en favor de los principios en sentido estricto, aparte de que la propia distinción entre derechos individuales y objetivos colectivos (o entre principios y directrices) no puede trazarse siempre de manera completamente nítida, sin que quede alguna zona de penumbra. Pero sigue habiendo algo de cierto, por lo demás, en la crítica que Habermas le dirige a Alexy en el sentido de que considerar todos los principios como mandatos de optimización desdibuja la figura de los derechos como «triumfos» o como «cortafuegos» frente a la acción del poder político, lo que constituye una función esencial de los derechos. Y, lo que me parece más importante, nuestros sistemas jurídicos (la Constitución española es un ejemplo claro de ello) están conformados de manera tal que no todos los principios (o, si se quiere, los derechos) obedecen a una misma estructura normativa (no son «mandatos» del mismo tipo) y no están por ello destinados a desempeñar la misma función en el razonamiento justificativo, por ejemplo, de los jueces. Para entendernos, de acuerdo con el Derecho español no pueden ser tratados de la misma manera el derecho a la libertad de expresión y el derecho a disponer de una vivienda digna. Las cosas, por cierto, podrían ser de otra manera, esto es, el derecho a la vivienda podría estar regulado de manera semejante a como lo está el del acceso a la educación (aunque sin duda hay objetivos colectivos que no podrían convertirse en derechos individuales). Pero si se trata de construir conceptos que permitan dar cuenta de la realidad de nuestros Derechos, la uniformidad propuesta por Alexy en relación con los principios no me parece que sea la mejor opción.

Y sobre la ponderación, como antes decía, yo creo que el núcleo del planteamiento de Alexy es básicamente acertado. Consiste en realidad en sostener estas dos tesis. La primera es que los principios (o los derechos) entran con cierta frecuencia en conflicto entre sí, lo que obliga, para su resolución, a sacrificar uno de esos dos principios (o algún aspecto del mismo). Y la segunda es que el mecanismo utilizado para ello (la ponderación) es un procedimiento racional, aunque no siempre nos pueda garantizar la respuesta correcta.

A la primera tesis se puede objetar, por ejemplo, sosteniendo que los derechos fundamentales pueden (o deberían) estar establecidos en nuestras Constituciones únicamente, o en forma casi exclusiva, por medio de reglas, esto es, sin recurrir a enunciados con un alto grado de apertura, de indeterminación en su formulación, como ocurre con los principios.

No es que, desde ese planteamiento teórico, se niegue la posibilidad de que los derechos tengan límites, sino que lo que se afirma es que esos límites tienen que estar fijados con precisión en reglas. Es, me parece, lo que sostienen autores como Ferrajoli, pero se trata de un planteamiento, yo creo, escasamente realista. Quizás sea cierto que existe una tendencia a exagerar la frecuencia y la gravedad de esos conflictos, pero su existencia es un hecho que parece indubitable... A no ser que se afirme (sería otra forma de negar la tesis alexyana) algún tipo de monismo valorativo, como pudiera ser el caso de Dworkin. Este último (sobre todo en su obra *Justicia para erizos*) ha defendido que los valores no pueden propiamente chocar entre sí: no habría contraposición, por ejemplo, entre la libertad negativa (bien entendida) y la libertad positiva, la libertad como autonomía, o entre la libertad y la igualdad. Pero eso es porque Dworkin está considerando como valor único un valor complejo (cierta interpretación de la dignidad humana kantiana que incluye tanto la igualdad como la libertad: tratar a todos con la misma consideración y con respeto), de manera tal que la deliberación, para alcanzar la respuesta correcta a un caso, tendría lugar en el interior de ese valor. Y así, al final del proceso, no se produciría el sacrificio de ningún derecho; por ejemplo, cuando justifica (estoy pensando en su análisis del caso DeFunis —en *Los derechos en serio*—), como la decisión correcta, la adopción de una medida de acción afirmativa que lleva a preferir, para ingresar a una universidad de élite, a una persona de raza negra frente a una de etnia judía más o menos pudiente y con un expediente académico superior a la de aquella a la que se le otorga la plaza, Dworkin se esfuerza en mostrar por qué, en tal caso, la persona postergada no habría sido tratada con menor consideración y respeto que la admitida a la institución, o sea, no se habría visto afectado el valor de la igualdad, debidamente considerado. No voy a entrar aquí en detalles sobre un tema complejo y seguramente no exento de cierta oscuridad (el del pluralismo o monismo valorativo), pero mi impresión es que las diferencias entre Dworkin y Alexy son (en general, y también respecto a este punto) bastante menos profundas de lo que a primera vista pudiera parecer. Ocurre aquí, diría, algo parecido a lo que habíamos visto a propósito de los principios, pero en este caso al revés: no existen —nos dice Dworkin— conflictos entre principios, entre derechos, pero sí entre las razones que, *prima facie*, llevan a decantarse por una u otra de las respuestas posibles y que obligan a entrar en un proceso de deliberación, de comparación de razones (¿por qué no de sopesamiento?), para optar, al final, por aquella o aquellas a las que quepa otorgar la mayor fuerza (el mayor peso).

Y, por lo que hace a la segunda tesis, la de la racionalidad de la ponderación, las objeciones que se le han dirigido a Alexy son numerosas pero, a mi juicio, y por lo general, desencaminadas. Es lo que ocurre con la crítica de Habermas, a la que el propio Alexy ha replicado, en mi opinión con toda razón (en la *Entrevista* que se le hizo en *Doxa* —en el n.º 24 correspondiente a 2001—), que, en realidad, se basa en un error o, mejor dicho, en dos: uno es que la contraposición entre el modelo de la *ponderación* (que a Habermas le parece inevitablemente arbitrario y que conduciría además a la debilitación de los derechos) y el de la *aplicación* (que Habermas toma de Günther y que estaría basado en la noción de coherencia) es simplemente falsa, aunque solo fuera porque, como dice Alexy, «no puede haber coherencia sin ponderación»; y el otro error es que la idea de optimización no destruye necesariamente la estructura deontológica de los derechos fundamentales, como supone Habermas: el resultado final de un proceso de fundamentación a propósito de derechos ha de ser binario (por ejemplo, la ley cuya constitucionalidad se cuestiona será válida o inválida), pero «eso no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario». La influencia de los planteamientos de Habermas en algunos juristas ha llevado también (pienso en algún trabajo del penalista Tomás Vives) a ponerse en contra de la ponderación...pero para defender un método de resolución de conflictos entre derechos que, yo creo, no viene a ser otra cosa que un tipo de ponderación, pero sin usar esa expresión.

Por lo que hace a la teoría del Derecho en nuestro país, no han faltado tampoco las críticas. Algunos, como es el caso de García Amado, objetan el método en su totalidad, pero su planteamiento no me parece aceptable. He discutido con él *in extenso* sobre el tema (en *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2011) y, por ello, no quiero volver aquí sobre el asunto. Remito al lector en todo caso al estudio introductorio de Bernal en este libro, donde se recogen las críticas de García Amado a la ponderación y las correspondientes réplicas. Y me permito insistir en algo que, me parece, no siempre es advertido por los críticos de la ponderación: el que de hecho se produzcan abusos al utilizar ese procedimiento argumentativo no significa que, necesariamente, fatalmente, sea un instrumento de la arbitrariedad. Otros críticos de la ponderación alexyana, como Josep Joan Moreso, son menos radicales, en el sentido de que este último no está contra la ponderación sin más, sino contra la ponderación tal y como Alexy la entiende. Sin embargo, me parece que Moreso no acierta en su crítica (contenida en un trabajo de 2007 en el libro colectivo *Derechos sociales y ponderación*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid) por lo siguiente. Si él está en contra del mo-



delo de ponderación de Alexy (en su lugar propone uno especificacionista) es porque le parece que el autor alemán incurre en particularismo o casuismo, esto es, favorece una toma de decisiones *ad hoc* y que no respetaría el principio de universalidad. Pero, a mi juicio, esa suposición de Moreso no es compatible con lo realmente sostenido por Alexy: un aspecto fundamental de la teoría de este último es que la ponderación da lugar a una regla que, como todas las reglas, es derrotable, pero tiene que estar formulada en términos de universalidad (siempre que se cumpla con los requisitos x, y, z...entonces debe ser...a no ser que...). Y esto último es algo a lo que —me parece— Moreso no tendría ninguna objeción que oponer.

En fin, como antes anticipaba, yo creo que el planteamiento de Alexy es esencialmente correcto. Para resolver un conflicto entre derechos (X e Y) que lleva, por ejemplo, a justificar una medida M que supone erosionar —pongamos— el derecho X, es necesario plantearse y contestar afirmativamente (con buenas razones: basadas en criterios de racionalidad práctica) a una serie de preguntas críticas como las siguientes: ¿Es M una medida idónea para satisfacer Y? ¿No había alguna otra medida alternativa a M que permitiera satisfacer Y con un coste menor, no erosionando X o haciéndolo en menor medida? ¿Qué peso, dadas las circunstancias del caso, puede otorgarse a X y a Y? ¿Con qué grado de intensidad se afecta a los principios en el caso concreto ¿Y qué peso habría que adjudicarles considerados los derechos —o los principios— en abstracto? ¿Son seguras las premisas fácticas y normativas utilizadas? ¿En caso de empate, a qué regla de carga de la argumentación —de desempate— podríamos o deberíamos recurrir? Etcétera. O sea, el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto tal y como los entiende Alexy, solo que liberados de la (pesada) carga aritmética con que él pretende presentarlos y que, como antes también anticipaba, lleva (si no en el caso de Alexy, en el de muchos de sus seguidores) a incurrir en la falacia de la falsa precisión o en algo muy parecido a ello. Porque la pretensión de «matematizar» la famosa fórmula del peso no puede conducir a otra cosa que a crear la falsa impresión de que la clave de la utilización del esquema ponderativo descansa en la realización de un cálculo, y no en las razones que han de darse para atribuir tal o cual peso a los factores de ese cálculo (o, mejor, para contestar en un sentido u otro a las anteriores preguntas críticas)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Y lo que el propio Alexy dice, al final del Prefacio a esta tercera edición, para justificar la imposibilidad de prescindir de las matemáticas en su fórmula no me parece que constituya una buena razón. Si él reconoce que, por ejemplo, el número 1 puesto en

## 3.

El lector de esta *Teoría de los derechos fundamentales* debe ser consciente de que se trata de una obra escrita en 1986 y por un autor que desde entonces ha seguido ocupándose de este tema y desarrollando un ambicioso proyecto intelectual que consiste en presentar sistemáticamente el proceso de lo que él llama la «institucionalización de la razón en el Derecho». En el mismo, los derechos fundamentales juegan un papel muy destacado, pero para comprenderlos a cabalidad se necesita ponerlos en relación con otras nociones centrales de la teoría del Derecho de Alexy: la postulación de una conexión conceptual —necesaria— entre el Derecho y la moral, la defensa del constitucionalismo democrático que le ha llevado también a justificar la democracia deliberativa o la existencia de una jurisdicción constitucional, la argumentación jurídica en cuanto mecanismo que asegura la tesis de la pretensión de corrección, la teoría de los principios y de la ponderación y, en fin, la tesis de la doble naturaleza del Derecho a la que antes hacía referencia. Todo ello hace, en definitiva, que una comprensión adecuada de este libro de Alexy obligue a tener en cuenta también los desarrollos posteriores de su gran proyecto intelectual dirigido a situar el Derecho en el contexto más amplio de la razón práctica.

Cabría pensar, por ello, en algunas sugerencias de lectura de la obra que merecería la pena, yo creo, considerar. Una de ellas, como antes apuntaba, consistiría en hacer cierta abstracción de algunos planteamientos excesivamente apegados al constitucionalismo alemán, que suponen muchas páginas del libro y en los que quizás no sea muy fructífero detenerse porque tienen un alcance más bien local. Estoy pensando, por ejemplo, en la discusión a propósito de considerar la Constitución como un «huevo originario» (es una expresión de Ernst Forsthoff), que no creo que pase de ser una discusión en torno a una ocurrencia sin demasiado valor explicativo; o en la teoría de los status de Georg Jellinek, que no me parece tampoco que ayude mucho a entender la estructura de los derechos, entre otras cosas por la falta de claridad y de precisión en su formulación (lo que Alexy no deja de poner de manifiesto); o en muchas otras discusiones centradas en doctrinas de constitucionalistas alemanes y, en mi opinión, de no mucho interés teórico. Por el contrario, un tra-

---

la fórmula a propósito del primero de los factores (el grado de intensidad de la afectación del principio o del derecho) puede sustituirse por la proposición «la interferencia del derecho es leve», y así sucesivamente, ¿para qué necesitamos los números? ¿Sirve la aritmetización de esa fórmula para algo que no sea dar una falsa impresión de precisión?

tamiento adecuado de los límites de los derechos en nuestros días exigiría introducir (y Alexy lo ha hecho en trabajos posteriores al libro) la noción de razonamiento derrotable o revisable; o sea, la posibilidad de que existan excepciones implícitas a las normas viene a ser una consecuencia de que las normas se formulan (tanto las reglas como los principios) en una forma condicional, y esos enunciados condicionales (como ocurre en el uso común del lenguaje) no expresan que el antecedente sea exactamente una condición suficiente del consecuente, sino que sólo lo es si al antecedente se le añaden una serie de presupuestos sobreentendidos y que pueden no darse en algún caso.

También convendría, yo creo, prestar una especial atención al tratamiento que hace Alexy de los derechos sociales, que vendrían a ser fundamentalmente un subtipo de lo que él llama «derechos a algo»: los que exigen por parte del obligado una acción positiva (una prestación). Pienso que este es quizás el extremo más relevante que le separa de Dworkin, y en este caso el planteamiento de Alexy me parece preferible al del estadounidense, y al de tantos teóricos de los derechos fundamentales en el mundo latino, acriticamente seguidores de lo que se elabora en la academia angloamericana. Cabría decir que Alexy sí se toma también en serio los derechos sociales, y no solo los individuales, por más que las diferencias entre esas dos categorías de derechos disten de ser nítidas. Seguramente la actitud de Alexy tenga que ver con el mayor valor que él atribuye a los objetivos sociales y que le lleva en cierto modo a poner un límite al excesivo individualismo de Dworkin en su tratamiento de los derechos (y del Derecho). Aunque en este punto, por cierto, me parece que el análisis de Alexy se enriquecería notablemente si incorporara (o subrayara más de lo que lo hace) la categoría de norma de fin en su tratamiento de los derechos sociales (prestacionales). Es lo que, hace algunos años, propuso Juan Antonio Cruz Parceró en un libro (*El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007) que, por otro lado, es sumamente deudor de los planteamientos de Alexy.

Pero seguramente el abordaje que Alexy hace en este libro de los derechos fundamentales y que merecería, en mi opinión, ser de alguna forma reenfocado para hacer justicia al pensamiento de conjunto del autor alemán, afecta a lo que podría llamarse su decisión de privilegiar el análisis estructural de los derechos. Alexy es perfectamente consciente de la importancia de distinguir entre las razones para los derechos (o sea, para establecer una serie de posiciones y relaciones jurídicas), los derechos entendidos precisamente como posiciones y relaciones jurídicas, y la efectividad jurídica de los derechos; y concede gran importancia a prestar atención a esa triple distinción, porque

—piensa— ello puede contribuir a aclarar la noción de derecho subjetivo, y también la polémica a propósito de la teoría de los intereses y de la voluntad. Pero lo que él desarrolla en su libro, fundamentalmente, es la segunda de las anteriores perspectivas, y lo hace arrancando (como es usual en la teoría del Derecho contemporánea; no así entre los cultivadores de la dogmática constitucional) de la teoría de Hohfeld sobre los conceptos jurídicos fundamentales. De ahí que, por ejemplo, la clasificación que presenta Alexy de los derechos, entre derechos a algo, libertades y competencias, sea de raigambre manifiestamente hohfeldiana. Se trata de un planteamiento que en sí mismo es inobjetable, pero que tiene el inconveniente de no prestar la debida atención a las otras perspectivas y, en especial, a la primera. O sea, para Alexy los derechos (en esto se asemeja su teoría a la de Ferrajoli) vendrían a consistir básicamente en normas (en principios) de carácter iusfundamental. Lo cual le sitúa, en principio, fuera del paradigma para la comprensión de los derechos que se ha ido imponiendo en la teoría del Derecho desde los años 70, a partir de un trabajo pionero de MacCormick, en una línea que pasa luego por Raz, por Nino, por Laporta, por Celano... y que, diría, hoy es un elemento característico del postpositivismo. La idea fundamental es que los derechos consisten esencialmente no en normas, sino en razones, valores o bienes que tienen tal importancia para los individuos que el sistema jurídico establece una red normativa (un conjunto de posiciones y de relaciones jurídicas) destinada a garantizarlos. No es que ese elemento axiológico esté totalmente ausente en el planteamiento de Alexy; ni mucho menos. Hay un apartado —muy corto: apenas ocupa dos páginas— de su libro que se titula «Las reglas y los principios como razones». Y antes habíamos visto que él consideraba que los principios (las normas) y los valores son dos maneras distintas de referirse a lo mismo, a una misma realidad. Pero no me parece que ello tenga el suficiente relieve en el libro, en su *Teoría de los derechos fundamentales*. Lo que lleva a pensar que el tratamiento que Alexy dispensa ahí a los derechos fundamentales no está completamente en armonía con la concepción general del Derecho que él ha ido construyendo a lo largo de toda su obra. Es lo que explica que algunos estudiosos de la teoría de los derechos de Alexy (como Ali Lozada en su tesis de doctorado: *Derechos y constitucionalismo discursivo*, Universidad de Alicante, 2015) hayan puesto mucho énfasis en que los derechos fundamentales vistos desde el constitucionalismo discursivo (paradigma donde se ubica obviamente Alexy) exigirían un enfoque que Lozada llama «argumentativista» y que, sin

embargo, no encuentra suficientemente desarrollado en la obra de Alexy<sup>4</sup>.

4.

Sea lo que fuere, de lo que parece que no cabe dudar es de la importancia tanto práctica como teórica de categorías como las de derechos fundamentales, principios y ponderación; no creo que pase un solo día sin que se publique algún libro, artículo o comentario de alguna relevancia sobre esos temas (que generalmente son tratados conjuntamente). Y la referencia fundamental suele ser precisamente la obra de Alexy. La influencia de este autor, y de su manera de entender esos conceptos en la teoría del Derecho y en la práctica de los tribunales, es innegable, si bien, las opiniones, podríamos decir, están divididas en cuanto a si esa influencia ha sido —es— o no positiva. Por lo que a mí respecta, siempre he defendido los planteamientos de Alexy (de los que me he apartado, como antes señalaba, en aspectos que no son esenciales). Y tengo además la firme convicción de que, si fueran bien entendidos y tomados debidamente en consideración, contribuirían grandemente a mejorar nuestras prácticas jurídicas; muy en particular, el ejercicio jurisdiccional que desarrollan los tribunales constitucionales. Quiero, por ello, aprovechar la ocasión que me brinda esta Presentación para mostrar la utilidad práctica de ese planteamiento, tomando como ejemplo un caso reciente: la sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal constitucional español, que se ha convertido sin duda en una de las más comentadas y discutidas en toda la historia del tribunal.

Se trata de la resolución de un recurso en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una serie de disposiciones contenidas en varios reales decretos (y en una orden) que se habían dictado (en marzo y abril de 2020) para hacer frente a la crisis sanitaria surgida a raíz de la pandemia. Había, por tanto, una multiplicidad de cuestiones planteadas, pero la central (la única que aquí tendré en cuenta) consistía en resolver si ciertos límites a la libertad de circulación de las personas recogidos en varios apartados del art. 7 del Real Decreto que declaraba el estado de alarma eran o no conformes con la Constitución. Básicamente, concernía a la prohibición de circular por las vías o espacios de uso público, salvo

---

<sup>4</sup> A ello parece referirse en cierto modo Alexy en el Prefacio a esta tercera edición, en relación con lo que llama los desarrollos filosóficos y metodológicos de su concepción del Derecho, posteriores a su *Teoría de los derechos fundamentales*.

que hubiese alguna causa justificada como, por ejemplo, la adquisición de alimentos, la asistencia a centros sanitarios, el desplazamiento al lugar de trabajo, el retorno al lugar de residencia habitual, la asistencia y el cuidado de personas mayores, con discapacidad... o «cualquier otra actividad de análoga naturaleza». La mayoría del tribunal (compuesta por seis magistrados) resolvió que esas restricciones eran inconstitucionales, pero hubo cinco magistrados que redactaron votos disidentes y en unos términos que daban a entender que en el interior del órgano, en las sesiones de deliberación, se había producido una gran tensión.

Precisamente, uno de los magistrados disidentes (Juan Antonio Xiol) hizo referencia en su voto particular a que, en su opinión, «la contradicción entre la opinión mayoritaria y la posición minoritaria» se fundaba en «concepciones distintas del Derecho» y en la existencia en el interior del tribunal (es de suponer que por parte de los magistrados de la mayoría) de «notables recelos frente al principio de ponderación». Yo creo, en efecto, que, si se examina la manera de proceder argumentativamente de unos y otros, podría hablarse de dos maneras distintas de concebir el Derecho y los derechos fundamentales que, *grosso modo*, podrían identificarse, la primera —la mayoritaria— con la reducción del Derecho a un conjunto de reglas, mientras que en la segunda el Derecho (y los derechos fundamentales) parecen entenderse de una manera más próxima a la de Alexy y a lo que he llamado el postpositivismo. Eso se traduce en que el esquema que guía la argumentación (lo que suele llamarse la «justificación interna») de la decisión de la mayoría consista en una subsunción, mientras que los disidentes habrían optado por lo que cabría llamar una ponderación. Advierto que, con ello, no pretendo presentar una descripción exacta de esos dos modos de proceder, de motivar, sino que se trata más bien de una reconstrucción racional pero que, me parece, tiene un considerable valor explicativo.

Pues bien, el esquema de tipo subsuntivo (un *modus ponens*) de la mayoría parece haber sido este:

1. Si las medidas M (las del art. 7 del Real Decreto de 2020) suponen una *suspensión* de derechos y no se impusieron tras la declaración de un *estado de excepción o de sitio*, entonces son inconstitucionales.
2. Las medidas M suponen una suspensión de derechos y se impusieron tras la declaración del estado de alarma (no del estado de excepción o de sitio).
3. Por lo tanto, son inconstitucionales.

Mientras que el que habría guiado la argumentación de los magistrados disidentes (y, en general, de los críticos de la sentencia), por el contrario, tendría esta forma:

1. El principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida lleva a considerar como constitucionales las medidas en cuestión (M). Mientras que el principio de libertad de circulación empuja en sentido opuesto: hacia la calificación de las medidas M como no constitucionales.
2. En las circunstancias C (abreviatura para referirse a un conjunto de condiciones; fundamentalmente: la existencia de un riesgo grave para la vida, la salud y la integridad física de las personas como consecuencia de una pandemia), el primer principio pesa más que (tiene prioridad sobre) el segundo.
3. Por lo tanto, las medidas M son constitucionales.

A diferencia del anterior, cabría decir que este último esquema no es deductivo, puesto que el paso de 1 y 2 a 3 requiere de ciertas premisas suplementarias que, por lo demás, podrían aceptarse sin mayores problemas. En *El Derecho como argumentación* (Ariel, Barcelona, 2006), inspirándome en buena medida en los planteamientos de Alexy, propuse entender la ponderación como un proceso argumentativo en el que podrían distinguirse dos pasos. La conclusión del primero (a partir de las premisas enunciadas en 1 y 2) sería una regla o, mejor dicho, la justificación de una regla, que estableciera (en nuestro ejemplo) que si se da una situación de conflicto entre el principio del derecho a la salud, a la integridad física y a la vida, por un lado, y el principio de libertad de circulación, por el otro (lo que equivale a decir, una situación en la que, a primera vista, serían de aplicación ambos principios), y concurren además las circunstancias C, entonces las medidas M son constitucionales. El segundo paso arrancararía de esa regla (que fungiría de premisa mayor); a la que se añadiría, como premisa menor, la constatación de que en el caso a examen se da ese tipo de conflicto y concurren esas circunstancias; siendo la conclusión final (3) que las medidas M son constitucionales.

El interés de esos dos esquemas es que cada uno de ellos lleva también a generar una discusión distinta en torno a lo que suele llamarse la «justificación externa», esto es, los argumentos que hay que construir para llegar a las premisas.

Así, y por lo que hace a la motivación ofrecida por la mayoría, la justificación externa de la primera premisa descansa en el art. 55.1 CE

que establece que el derecho a la libertad de circulación puede ser suspendido si se ha declarado el estado de excepción o de sitio; y del texto de ese artículo inferen, *a sensu contrario*, que no puede serlo (no puede ser suspendido) si lo declarado es el estado de alarma. Y la justificación de la segunda premisa proviene de que ellos entienden que la diferencia entre meramente restringir o *limitar* un derecho (algo constitucionalmente posible en un estado de alarma) y *suspenderlo* radica en la intensidad de la medida adoptada; como esas medidas suponían, según ellos, límites muy severos y extensos, entonces debían considerarse como suspensiones de derechos.

Hay además otras razones (diríamos que de refuerzo) que la mayoría del tribunal utilizó en favor de esa justificación externa (y, por tanto, de la decisión). Las dos que me parecen más significativas serían estas: 1) La necesidad de interpretar la ley que desarrolló los estados de alarma, excepción y sitio (una ley orgánica de 1981: la LOEA) en un sentido que califican de «evolutivo» y que se contrapondría a una interpretación meramente «originalista», que atendiera simplemente a la literalidad de uno de los artículos de esa ley (el 4.b) y a los debates constituyentes, cuando se introdujeron esas tres figuras en nuestro ordenamiento. Lo que se niega en consecuencia es la vinculación del «estado de alarma» con la existencia de situaciones como las que podría ocasionar una «pandemia», porque eso supondría incurrir en originalismo interpretativo. Y 2), la necesidad de garantizar la mayor protección posible de los derechos fundamentales (en este caso, del derecho a la libre circulación) que, en su opinión, se produciría con la declaración del estado de excepción, puesto que el mismo exige «la previa autorización del Congreso de los Diputados», o sea, hubiese dado lugar (y lo daría de cara al futuro) a un mayor control de carácter democrático de esas restricciones al derecho a la libre circulación.

Las críticas que cabe encontrar en los votos disidentes se refieren, como es natural, a la justificación externa. Las que me han parecido más relevantes podrían sintetizarse en las siguientes razones, en los siguientes argumentos: 1) La argumentación de la mayoría habría sido «formalista», por haber abordado el problema como si se tratase fundamentalmente de clarificar un concepto —de determinar el significado «esencial» de *limitar* o *suspender* un derecho—, evitando así ir a la cuestión de fondo, la de si estaban o no realmente justificadas las medidas en cuestión. 2) Si se acude a los trabajos de dogmática constitucional, la conclusión a la que se llega es que la distinción entre los conceptos de limitación y suspensión de los derechos no puede establecerse con completa nitidez. Pero es que, además, la distinción en cuestión no parece tener que ver



exactamente con la intensidad (y generalidad) de la restricción, sino más bien con una dimensión de carácter formal y temporal: se suspenden los derechos cuando dejan de estar en vigor durante un espacio de tiempo; mientras que la limitación no supone esa pérdida de vigor, sino la necesidad de restringirlos para hacer frente, por ejemplo, a una situación de pandemia, y de ahí que las limitaciones —cuando propiamente se trata de un límite y no de una suspensión— sólo estarán justificadas si se dirigen a ese fin y son proporcionadas. 3) Además, la suspensión exige un acto formal (una declaración de suspensión) que no se produjo en este caso. 4) Tampoco es cierto que las restricciones de las medidas tuvieran la intensidad y el carácter de generalidad pretendido por la mayoría; y, por lo demás, algunos de los artículos del Real Decreto que la mayoría consideró constitucionales establecían limitaciones que no había razón para interpretar como de menor intensidad que las declaradas inconstitucionales. 5) La interpretación «no originalista» o «evolutiva» que la mayoría hace de la distinción entre el estado de alarma y el de excepción no sólo va contra la literalidad de los textos normativos y contra la intención tanto del legislador como del constituyente, sino que significa una clara ruptura en relación con la interpretación que el propio Tribunal constitucional había hecho en un auto muy reciente (de 2020). 6) En el ordenamiento jurídico español, la suspensión solo está prevista para casos de amenaza al orden constitucional, a la seguridad del Estado o a su integridad, pero no para el caso de amenazas para la salud provocadas por una pandemia. Lo procedente en el caso de la pandemia (si se quiere respetar el sistema jurídico y sus principios interpretativos) era la declaración del estado de alarma, no del de excepción. 7) La declaración del estado de excepción no supone tampoco, como vienen a sugerir los magistrados de la mayoría, una mayor protección de los derechos fundamentales de los individuos, sino al contrario. Simplemente porque la suspensión de los derechos tiene consecuencias más graves que la simple limitación. 8) La sentencia de la mayoría tiene consecuencias sumamente negativas: crea una grave inseguridad jurídica (no quedan claros sus efectos jurídicos) y, dado que la «suspensión» del derecho fundamental a la libertad de circulación no puede tener una duración superior a 60 días (art. 116.3 CE), ello significa «dejar al Gobierno inermemente ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior» (Juan Antonio Xiol), o, dicho con otras palabras, la decisión del tribunal «crea un grave problema político y sanitario, al desarmar al Estado contra las pandemias» (Cándido Conde-Pumpido).

Si ahora pasamos al esquema de tipo ponderativo, y tenemos en cuenta las precisiones antes introducidas, lo que corresponde hacer es

mostrar de qué manera se pueden justificar las dos premisas señaladas: 1 y 2. La primera —recuérdese— consistía en constatar la concurrencia de principios (de dos principios, o de sus correspondientes derechos) que tiran en direcciones opuestas. Y lo que aquí cabría cuestionar, entonces, es si efectivamente se da ese conflicto y si los principios concurrentes son precisamente los señalados. En relación con lo primero, no parece que pueda haber materia de discusión, puesto que es de común aceptación (y si no fuera así —si no hubiera conflicto, al menos *prima facie*— no habría, en realidad, caso que resolver). Pero la lectura de la motivación de la mayoría y de otros textos favorables a esa posición lleva a pensar que, en favor de la inconstitucionalidad de las medidas, cabría incorporar un nuevo principio de carácter formal o procedimental en la terminología de Alexy (yo preferiría llamarlo un principio institucional) que sería el que ordena respetar las competencias constitucionalmente establecidas, a lo que se añadiría un principio material, pues de esa forma se incrementaría también la garantía de los derechos fundamentales. Pero eso nos remite a algo que ya hemos visto antes: a la cuestión de si lo constitucionalmente requerido en la situación era la declaración del estado de excepción (no del de alarma). Y no parece que la respuesta a la misma haya de ser afirmativa.

La segunda premisa, esto es, la justificación de por qué se atribuye un mayor peso (se da prioridad) a un principio o conjunto de principios sobre otro(s) suele constituir lo que muchos consideran como el verdadero *punctum dolens* de la ponderación. De hecho, la teoría de la ponderación de Alexy y la fórmula del peso viene a ser, cabe decir, la justificación externa de la segunda premisa de ese primer paso de la ponderación. Hay varias maneras de formular ese criterio de proporcionalidad, balance, ponderación o como quiera llamarse, que vienen a ser sustancialmente equivalentes entre sí. En el planteamiento de Alexy, vendría a decir que una medida de restricción de un derecho (M) está justificada si es idónea para lograr el fin (en nuestro caso, la protección de la salud, integridad física y vida de las personas), es necesaria (no existe una medida alternativa que lograra el fin y fuera menos lesiva del derecho afectado —la libre circulación—) y es proporcional en sentido estricto; para determinar esto último, a su vez, deben tomarse en consideración básicamente tres variables: el peso abstracto de cada uno de los principios (o derechos), el grado de afectación de los principios en el caso concreto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas (y también de las premisas normativas: esto último es un añadido introducido por Alexy en los últimos tiempos). Se ha indicado también que Alexy ha elaborado esa teoría con mucho detalle; yo diría incluso que con excesivo detalle. Pero

no hace falta entrar aquí en ello, puesto que todos, no sólo los discrepantes con el fallo mayoritario, sino también los magistrados de la mayoría, parecen estar de acuerdo en que, dadas las circunstancias en que se produjo la pandemia (lo que antes llamaba C), las medidas M estaban justificadas. Por más que pueda parecer extraño (y ciertamente lo es), el fallo mayoritario no pone en duda la proporcionalidad de las medidas (la necesidad de dar prioridad —en las circunstancias C— al derecho a la salud, a la integridad física y a la vida sobre el derecho a la libre circulación). Reconoce explícitamente que las medidas adoptadas para combatir la pandemia eran necesarias y proporcionadas y sustancialmente idénticas a las adoptadas en los países de nuestro entorno. Y otro tanto cabría decir del partido político, Vox, que planteó el recurso de inconstitucionalidad, pero después de haber votado en el Congreso de los Diputados en favor de las medidas cuya constitucionalidad pasó luego a cuestionar. Conviene, por cierto, aclarar que ese juicio de proporcionalidad tiene que hacerse teniendo en cuenta las circunstancias existentes en el momento de la aprobación del Real Decreto, o sea, a partir del conocimiento (fundado) que entonces se tenía sobre la pandemia.

La conclusión que se extrae de todo ello es, me parece, simple e indubitable. Si el problema constitucional que se le planteó al Tribunal se hubiese tratado de resolver en términos de una ponderación, que es lo que se sigue de los planteamientos de Alexy, no se habría producido ninguna tensión entre los miembros del tribunal, sino que se habría alcanzado —insisto, muy fácilmente— un acuerdo unánime. La ponderación no parece ser pues (al menos, no en este caso) el método caprichoso y proclive a la arbitrariedad que sus críticos denuncian. Y no lleva tampoco a ningún tipo de activismo judicial. Más bien cabría decir que, en el caso que se está examinando, quienes han incurrido en activismo (han prescindido de los límites establecidos por el Derecho) han sido los magistrados que optaron por el esquema subsuntivo.

Desde luego, los enemigos de la ponderación podrían presentar una fácil objeción a lo anterior. O sea, podrían sostener que es perfectamente posible utilizar un esquema subsuntivo para resolver el problema en cuestión en un sentido opuesto al de la mayoría. Por ejemplo, podrían tomar, como justificación interna, un silogismo como el siguiente:

1. Si las medidas M suponen una limitación de derechos, pero no son desproporcionadas y se establecieron tras la declaración del estado de alarma, entonces son constitucionales.
2. Las medidas M cumplen todas esas condiciones.
3. Por lo tanto, son constitucionales.

Pero claro está, lo que tendrían que indicarnos a continuación es cómo se llega a la formulación de esas premisas, cuál es su justificación externa. En relación con la primera, la normativa, se trata (como ocurre con la correspondiente del fallo de la mayoría) de una *regla* jurídica, esto es, de una pauta específica de comportamiento que no se encontraba previamente (así formulada) en ninguna fuente autoritativa del sistema; cabría decir entonces que lo que había era una laguna en el nivel de las reglas. Lo que el sistema proveía era un material jurídico en bruto (del que formaban parte principios, criterios interpretativos, reglas...) que han de elaborar los juristas (los magistrados del tribunal) para poder encontrar una solución al problema. Y esa elaboración se resume en cierto modo en el paso de los principios a las reglas (o a la regla), siguiendo el esquema de la ponderación antes trazado. En resumidas cuentas, tanto en la justificación externa de la primera premisa del anterior esquema como en relación con el del fallo mayoritario no pueden dejar de usarse argumentos que hacen referencia a principios y a ponderaciones, aunque en ocasiones se haga en forma más o menos velada. Y, por lo que se refiere a la segunda premisa, parece obvio que contiene un juicio de proporcionalidad, de manera que tampoco la ponderación está aquí ausente.

La ponderación es, por lo tanto, un tipo de procedimiento argumentativo al que ha de acudir el jurista (el aplicador del Derecho), pero no siempre, sino sólo cuando se encuentra ante un caso difícil, como puede serlo la existencia de una laguna (normativa o axiológica: no entraré aquí en esa distinción) en el nivel de las reglas. Pero es importante insistir, como lo hace Alexy, en que el uso de la ponderación no supone prescindir de la subsunción y del resto de las técnicas argumentativas (deductivas o no) características del razonamiento jurídico. Defender, para este caso, un esquema de justificación interna de tipo ponderativo no supone dejar a un lado el razonamiento subsuntivo o clasificatorio, sino mostrar que se necesitan ambas cosas: para subsumir, hay que saber antes en qué se subsume, hay que tener una regla. De la misma manera que insistir en la relevancia de los principios no quiere decir prescindir de las reglas. Para la resolución de cualquier problema jurídico, al menos si reviste alguna complejidad, se necesita usar tanto reglas como principios. Y eso es lo que ocurre, en particular, en los supuestos de conflictos entre derechos, ya que los derechos (como habíamos visto) no están recogidos únicamente en principios, sino también en reglas. Pero cuando surge el conflicto de cuál de dos derechos en pugna debe prevalecer, no queda otra alternativa que acudir a una ponderación, a un balance de razones en el que lo que se «sopesa», por cierto, no tiene por qué ser

exclusivamente principios, esto es, las reglas también pueden contribuir a inclinar la balanza hacia un lado o hacia otro.

En conclusión, una teoría como la que Alexy expone en este libro, que permite una comprensión a fondo tanto de los derechos fundamentales como de los principios jurídicos y de la ponderación, constituye una gran ayuda para la labor de justificación argumentativa que deben llevar a cabo los jueces en un Estado de Derecho. Claro que los jueces y tribunales —de nada ayuda dejar a un lado la realidad— no se guían exclusivamente por criterios de racionalidad o, si se quiere, no es sólo la racionalidad discursiva, las reglas del discurso racional, lo que permite entender las motivaciones de sus fallos.



## ESTUDIO INTRODUCTORIO

**Carlos Bernal<sup>1</sup>**

Este estudio introductorio tiene tres finalidades. La primera es presentar este libro al lector. La presentación comienza por una síntesis biográfica de Robert Alexy, pasa por una exploración del contexto teórico y práctico en el que se enmarca su *Teoría de los derechos fundamentales* y finaliza con una exposición de la estructura de la obra y de sus principales tesis. Segundo, este estudio pretende mostrar cómo ha sido la recepción, la repercusión y la crítica de estas tesis en España (con algunas referencias a América Latina) y cómo es posible defender estas tesis de las objeciones más contundentes. Por último, este texto persigue ofrecer al lector una bibliografía básica de textos en los que Alexy ha desarrollado su teoría de los derechos fundamentales y de las compilaciones que se han escrito sobre esta obra. De esta manera, se espera facilitar la lectura de este texto y la investigación sobre la obra de Alexy, que devino una referencia obligatoria en la dogmática alemana de los derechos fundamentales.

Para lograr estos objetivos, este estudio introductorio se dividirá en tres partes: I. El contexto de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy; II. Recepción y crítica de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy en España; y III. Bibliografía primaria y secundaria sobre la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy.

---

<sup>1</sup> Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Profesor de las facultades de derecho de las Universidades de Dayton (Ohio, Estados Unidos) y La Sabana (Bogotá, Colombia). Direcciones de correo electrónico: cbernal1@udayton.edu y carlosbep@unisabana.edu.co

## I. EL CONTEXTO DE LA *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* DE ROBERT ALEXY

### 1. ROBERT ALEXY Y SU *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Robert Alexy nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg, Alemania. Después de culminar los estudios secundarios, sirvió en el Ejército Federal Alemán durante tres años. Es esta institución alcanzó el grado de teniente. En el verano de 1968 comenzó los estudios de derecho y filosofía en la Universidad Georg-August de Gotinga. En el ámbito de la filosofía su mentor fue Günther Patzig.

Después de aprobar el primer examen del Estado para culminar la licenciatura de derecho en 1973, trabajó hasta 1976 en su disertación «Teoría de la argumentación jurídica». Durante aquel tiempo, sus investigaciones fueron financiadas por la Fundación de estudios del pueblo alemán (*Studienstiftung des deutschen Volkes*). En 1982 recibió el premio de la Academia de la Ciencia de Gotinga, en la categoría de filología e historia, por la investigación conducente a la «Teoría de la argumentación jurídica». Esta obra fue publicada por primera vez en alemán en 1978. Entre 1976 y 1978 llevó a cabo la práctica jurídica y aprobó el segundo examen del Estado. De 1978 a 1984 trabajó como profesor asistente de Ralf Dreier, en el departamento de Teoría general del derecho en Gotinga. En 1984 culminó su habilitación en derecho público y filosofía del derecho en la misma Universidad, con su obra: «Teoría de los derechos fundamentales».

Después de habilitarse, Robert Alexy recibió su nombramiento como profesor de la Universidad de Regensburg. En 1986 aceptó una propuesta de la Universidad Christian-Albrecht de Kiel. Desde ese entonces, fue catedrático de filosofía del derecho y derecho público de dicha universidad. En marzo de 1991 rechazó la propuesta de la Universidad Karl-Franzens de Graz (para suceder a Ota Weinberger). Entre 1994 y 1998 fue presidente de la sección alemana de la Asociación internacional de filosofía del derecho y filosofía social (IVR). En 1992 publicó su libro «El concepto y la validez del derecho». En 1997 recibió una oferta de la Universidad Georg-August de Gotinga (para suceder a Ralf Dreier). En febrero de 1998 rechazó esta oferta. Desde 2002 es miembro de número de la Academia de la ciencia de Gotinga, en la categoría de filología e historia. Desde 2008 ha recibido varios doctorados *honoris causa*. Entre ellos cuentan los que le han conferido las universidades de Alicante, Buenos Aires, Tucumán, Amberes, Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima, Universidad Ricardo Palma —también en



Lima—, las Universidades Federales de Brasil de Teresina, Porto Alegre, Río de Janeiro y Belo Horizonte, la Universidad Karls de Praga, la Universidad de Coímbra, la Universidad del Oeste de Santa Catarina en Chapecó y la Universidad del Rosario de Bogotá. La República Federal de Alemania le confirió la cruz de servicio de primer orden en 2010. Por último, la ciudad de Kiel le otorgó el premio científico de 2013.

## 2. LA *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* EN SU CONTEXTO CIENTÍFICO Y PRÁCTICO

La *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy surgió en un particular contexto científico y práctico. El contexto científico es la unión de dos tradiciones: la primera es el género, la segunda la especie. El género es la teoría analítica del derecho. Como Alexy explica al comienzo de su obra, esta tradición se enfoca en el estudio de los conceptos jurídicos, de su estructura y sus relaciones. En este sentido, Alexy sigue la senda trazada en el ámbito continental europeo por autores como Ihering, Savigny, Kantorowitz, Kelsen y Radbruch, y en el ámbito anglosajón por Austin, Hohfeld, Hart, Dworkin y Raz. Asimismo, la *Teoría de los derechos fundamentales* aplica al campo de los derechos fundamentales algunas construcciones analíticas que Alexy había desarrollado en su *Teoría de la argumentación jurídica*. La especie es la tradición de la teoría analítica del derecho público alemán. En esta genealogía, Alexy continúa la herencia proveniente de Gerber, von Gierke, Laband, Jellinek y Kelsen. Alexy presta una particular atención a la teoría de los estatus, columna vertebral del sistema de derechos públicos subjetivos de Jellinek, y que antes de la *Teoría de los derechos fundamentales* imperó como la teoría analítica más completa sobre los derechos individuales en derecho público.

El contexto práctico de la *Teoría de los derechos fundamentales* es la interpretación y aplicación la Ley Fundamental de Alemania, en especial, por parte del Tribunal Constitucional Federal. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, adoptada el 23 de marzo de 1949, incluye en su primer título un catálogo de derechos fundamentales. Este título utiliza la denominación «derechos fundamentales» (*Grundrechte*) para referirse a los derechos individuales básicos, protegidos por la Constitución y oponibles al Estado —y a los particulares, como dejara claro el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia Lüth<sup>2</sup>—, que

<sup>2</sup> Cfr. la sentencia del caso Lüth: BVerfGE 7, 198.

reconoce de manera categórica el efecto horizontal o entre terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*). El concepto «derechos fundamentales» ya había aparecido en la Constitución del Imperio Alemán (*Verfassung des Deutschen Reiches*), conocida como la Constitución de la iglesia de San Pablo (*Paulskirchenverfassung*), de 28 de marzo de 1849, cuyo título VI reconoció los «derechos fundamentales del pueblo alemán» (*Grundrechte des deutschen Volkes*). También la Constitución de Weimar, o Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919, había utilizado la expresión «derechos fundamentales». Su segunda parte tipificaba un catálogo de «derechos y deberes fundamentales de los alemanes» (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*). Sin embargo, durante la vigencia de estas constituciones los derechos fundamentales no alcanzaron un grado de desarrollo dogmático ni de eficacia práctica comparable al que han tenido durante la vigencia de la Ley Fundamental. Este desarrollo se debe en gran medida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Desde 1951 este Tribunal ha protegido el orden fundamental de democracia y libertad en Alemania, así como el respeto de los derechos fundamentales. Además, la jurisprudencia de este Tribunal ha especificado el alcance de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Los textos constitucionales y la jurisprudencia de otros países de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las Cortes, Tribunales y Salas Constitucionales de los países de América Latina han adoptado algunos de los conceptos pergeñados por el Tribunal Constitucional Federal alemán como parte de su dogmática de los derechos fundamentales.

La *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy tiene una triple interacción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales: la sistematiza, la explica y la desarrolla. Esto puede ilustrarse con ayuda de un ejemplo, atinente al principio de proporcionalidad. La utilización de este principio se remonta a algunas de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Federal<sup>3</sup>. Primero, Alexy lleva a cabo un análisis sistemático y dogmático

---

<sup>3</sup> Cfr. la sentencia de las farmacias: BVerfGE 7, 377. Desde entonces, el Tribunal Constitucional Federal ha aplicado el principio de proporcionalidad de forma consistente. De ello da cuenta, por ejemplo, la Sentencia: BVerfGE 30, 296 (316). Cfr. sobre la historia de la aplicación de este principio en el derecho público alemán: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Universidad Externado

de la aplicación de este principio como criterio para la aplicación de los derechos fundamentales. Segundo, Alexy explica el uso del análisis de proporcionalidad, debido al carácter de principio de las normas de derechos fundamentales. Por último, Alexy reformula con mayor claridad la estructura de los tres elementos o subprincipios que componen la proporcionalidad, en especial, el tercero, mediante la llamada «ley de la ponderación» (que aparece en el capítulo tercero del libro) y, luego, mediante la «fórmula del peso» (que aparece en el epílogo). Además, Alexy vincula esta estructura con su concepción de los principios como mandatos de optimización.

Estas formulaciones teóricas de Alexy han contribuido de forma directa a un refinamiento de la jurisprudencia constitucional alemana y de otras jurisdicciones. Es así como el Tribunal Constitucional Federal alemán que, con buenas razones, ha sido renuente a citar fuentes doctrinales, en la Sentencia del caso Josefine Mutzenbacher hizo una referencia explícita a la idea de optimización que, en el modelo teórico de Alexy, está ligada de forma intrínseca al principio de proporcionalidad. En dicha sentencia, el Tribunal señaló que los derechos y bienes de derecho constitucional que entran en colisión deben «llevarse a un equilibrio apropiado a fin de que puedan optimizarse»<sup>4</sup>.

### 3. LAS TESIS CENTRALES Y LA ESTRUCTURA DE LA *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

El principal objetivo de este libro es aclarar cuál es el concepto, la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales. La idea central es que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones jurídicas adscritas a una disposición de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son los enunciados de la Constitución que institucionalizan los derechos fundamentales. Las normas de derecho fundamental son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren. Por último, las posiciones de derecho fundamental son relaciones entre sujetos basadas en las normas de derecho fundamental. Estas relaciones son de tres

---

de Colombia, Bogotá, 4.ª ed., 2014, págs. 10 s. Asimismo: Laura Clerico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001.

<sup>4</sup> Cfr. BVerfGE 83, 130 (143).

clases: derechos a algo, libertades y competencias. Las posiciones de derechos fundamental regulan las relaciones entre los titulares, los destinatarios y el objeto de los derechos fundamentales.

Las normas de derecho fundamental son el elemento central de esta tríada. Ellas prescriben el deber ser que las disposiciones de derecho fundamental instituyen. Además, fundamentan las posiciones de derecho fundamental. La tesis central del libro de Alexy señala que las normas de derecho fundamental tienen el carácter de regla o de principio. Cuando tienen del carácter de principio, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización, que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. En adelante me referiré a esta tesis como la tesis de los principios. La doctrina ha resaltado la importancia de esta tesis y su aporte a la dogmática de los derechos fundamentales, al referirse a la teoría de Alexy como la «teoría de los principios».

El capítulo tercero de este libro explica la tesis de los principios. El capítulo segundo prepara el terreno para la formulación de esta tesis, al esclarecer los conceptos de norma y norma de derecho fundamental. A su vez, la introducción y el capítulo primero esbozan el marco teórico general de esta construcción teórica y especifican los términos en que debe llevarse a cabo una investigación analítica de tipo jurídico sobre los derechos fundamentales. La tesis de los principios se ciñe a estos términos. Ahora bien, los capítulos cuarto y sexto exponen otros elementos fundamentales de la teoría analítica de los derechos fundamentales proyectada desde la introducción. El capítulo cuarto analiza los diferentes tipos de posiciones de derecho fundamental establecidos por las normas (principios y reglas) que tienen este carácter, y los agrupa en tres categorías: derechos a algo, libertades y competencias. El capítulo sexto utiliza la diferencia entre reglas y principios para aclarar las relaciones que existen entre los derechos fundamentales y las restricciones que los poderes públicos y privados les imponen.

Por su parte, los capítulos quinto, séptimo, octavo, noveno y décimo explicitan los efectos de la aplicación de la tesis de las normas de derecho fundamental como reglas y principios, del sistema de posiciones de derecho fundamental y de la diferencia entre los derechos fundamentales y sus restricciones, para solucionar algunos problemas capitales que se presentan en la teoría y la práctica de los derechos fundamentales. El capítulo quinto indaga acerca de la plausibilidad de la teoría de los estatus de Jellinek, desde la óptica del marco trazado por el sistema de posiciones de derecho fundamental de Alexy. El capítulo séptimo aclara la estructura del derecho general de libertad, conocido también como

libertad general de acción o como derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, el capítulo octavo esclarece la estructura del derecho a la igualdad y el capítulo noveno la de los derechos prestacionales o derechos a acciones positivas del Estado. El capítulo décimo utiliza todo el instrumental teórico desarrollado por Alexy, así como algunos resultados teóricos expuestos en su *Teoría de la argumentación jurídica*, para hacer explícita la manera en que funciona la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, las relaciones entre estos derechos y el resto del ordenamiento jurídico y la argumentación acerca de los derechos fundamentales.

Por fin, el epílogo, que Alexy escribió para la publicación de la traducción inglesa del libro en el año 2002 por la Oxford University Press, responde a los críticos y profundiza en ciertos aspectos capitales de la tesis de los principios, señaladamente: la racionalidad y la compatibilidad con el principio democrático que tiene la concepción de los derechos fundamentales como principios. En relación con este último aspecto, el epílogo esboza algunas ideas seminales sobre los llamados principios formales. Estos principios se refieren a la distribución de competencias entre autoridades para desarrollar e implementar los derechos fundamentales en un Estado constitucional democrático. Alexy ha desarrollado a plenitud la idea de principios formales en algunos artículos publicados en las dos últimas décadas. Estos artículos se incluyen en sección bibliográfica de este estudio introductorio. En dicha sección también se refieren algunas compilaciones de trabajos en los que otros autores han evaluado las virtudes y han formulado objeciones contra la doctrina de Alexy de los principios formales.

## II. RECEPCIÓN Y CRÍTICA DE LA *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* DE ROBERT ALEXY EN ESPAÑA

Tras esta explicación sumaria del contexto y la estructura de la *Teoría de los derechos fundamentales*, es preciso considerar cómo ha sido su recepción y crítica en España. La Constitución de 1978 institucionalizó en España el Estado Constitucional Democrático. Los elementos básicos de este modelo de Estado<sup>5</sup> son, también en la Constitución Es-

---

<sup>5</sup> Sobre los elementos del Estado Constitucional Democrático, cfr. R. Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático» (traducción de A. García Figueroa), en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, págs. 31 s.

pañola<sup>6</sup>, el reconocimiento de la dignidad humana<sup>7</sup> y de los derechos fundamentales<sup>8</sup>, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido<sup>9</sup>, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia<sup>10</sup>, y el establecimiento de una jurisdicción constitucional<sup>11</sup>. Los derechos fundamentales se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos. Las disposiciones que los incluyen en la Constitución fijan límites formales y materiales a los poderes públicos y privados, inclusive al poder legislativo. Asimismo, la satisfacción de los derechos fundamentales es el propósito de la organización del Estado en forma de Estado Social y Democrático de Derecho. En fin, garantizar su respeto es el objetivo de la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para controlar los actos de los poderes públicos y privados mediante los procedimientos de control abstracto (el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad)<sup>12</sup> y concreto (el recurso de amparo)<sup>13</sup> de constitucionalidad. Esta posición central explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público español desde 1978.

Desde la publicación en 1993 de su primera traducción al castellano por Ernesto Garzón Valdéz, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy ha influido en la discusión sobre los derechos fundamentales de la Constitución Española. Como más adelante se expone, algunos autores han considerado que la tesis principal de Alexy, según la cual, los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización<sup>14</sup>, es una explicación de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como

---

<sup>6</sup> Cfr. J. C. Bayón, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2004, págs. 70 s.

<sup>7</sup> Cfr. art. 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE).

<sup>8</sup> Cfr. Capítulo II Título I CE.

<sup>9</sup> Cfr. art. 166 al 169 CE.

<sup>10</sup> Cfr. art. 1.1 CE.

<sup>11</sup> Cfr. art. 159 al 161 CE.

<sup>12</sup> Cfr. art. 161 CE.

<sup>13</sup> Cfr. art. 53.2 CE.

<sup>14</sup> Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.ª ed., 2001, págs. 86 s. Cfr. también: M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 61 s.

base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Sin embargo, otros autores han vislumbrado en esta tesis una concepción incorrecta, que desnaturaliza la comprensión de los derechos al proclamar que dan lugar a colisiones y legitima un inadmisibles activismo judicial<sup>15</sup>.

A manera de digresión, también debe señalarse que la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha disfrutado de una extraordinaria recepción en la práctica de los tribunales, cortes y salas constitucionales de América Latina. Un ejemplo de ello son las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana (entre ellas: las C-154/1996, T-574/1996, T-205/1997, C-598/1997, C-1114/2001, C-314/2004, T-654/2004 y C-355/2006), del Tribunal Constitucional Peruano (por ejemplo, las 008-2003, 004-2004, 0045-2004, 2192-2004, 2262-2004, 3330-2004, 3361-2004, 1417-2005, 4119-2005, 1209-2006, 1567-2006) y las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México —que en este país es el máximo órgano de protección de los derechos fundamentales democráticos— (031-2006, 034-2006, 175-2005 y 694-2007) que citan explícitamente este libro o los artículos en los cuales, con posterioridad, Alexy desarrolla ciertos aspectos centrales relativos a la tesis de los principios. A esta enumeración se suma un número incontable de sentencias de altas cortes y de tribunales de otro rango que la mayoría de los países de América Latina se han referido de forma explícita a la teoría de los principios de Alexy o que la han aplicado de forma implícita. Una tendencia similar es identificable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de tribunales supremos de Asia e incluso de Oceanía. La obra de Alexy también ha sido influyente en recientes llamados a incrementar la utilización del principio de proporcionalidad en la aplicación de las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos que profesores como Vicki Jackson<sup>16</sup> o Jamal Green<sup>17</sup> han hecho.

Pero: ¿cuáles han sido los aspectos principales de esta recepción y discusión de la teoría de los principios en España? A continuación, explicaré la recepción jurisprudencial y doctrinal de la tesis de los derechos fundamentales como principios. Tras ello, me referiré a tres grupos de

<sup>15</sup> Cfr., por ejemplo, J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2000, y P. Serna, «Derechos fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura*, núm. 4, págs. 197 s.

<sup>16</sup> V. Jackson, «Constitutional Law in an Age of Proportionality», *The Yale Law Journal*, vol. 124, núm. 8, 2015.

<sup>17</sup> J. Green, «Rights as Trumps», *Harvard Law Review*, vol. 132, 2018.

objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los principios. Por último, expondré una respuesta a estas objeciones.

## 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS

### 1.1. *Las teorías de los derechos fundamentales en España*

El artículo 9.1<sup>18</sup> y el artículo 53.1<sup>19</sup> CE atribuyen carácter normativo a los derechos fundamentales<sup>20</sup>. Por lo dispuesto por estos artículos, es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera «lirica constitucional»<sup>21</sup>. Pero: ¿en qué consiste el carácter normativo de los derechos fundamentales?

Varias teorías pretenden responder este interrogante. Algunos de los primeros textos de nuestra era constitucional propusieron determinar el alcance normativo de los derechos fundamentales desde la perspectiva de las llamadas teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, la democrática y la del Estado Social<sup>22</sup>. Estas teorías definen el alcance de los derechos fundamentales con base en los contenidos que protegen: las libertades, los derechos democráticos y políticos y los derechos sociales. Es innegable que el recurso a estas teorías es imprescindible para interpretar los derechos fundamentales. El contenido de estos derechos se determina atendiendo al significado de las disposiciones de derecho fundamental. Ese significado no puede comprenderse sin considerar el papel de los derechos individuales para el liberalismo político, la democracia deliberativa y el Estado Social. Por ejemplo, el contenido del artículo 20 CE, que instituye las libertades de expresión y

---

<sup>18</sup> El art. 9.1 CE prescribe: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

<sup>19</sup> El art. 53.1 CE prescribe: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

<sup>20</sup> El carácter normativo de los derechos fundamentales fue reconocido muy pronto, tras 1978, por la doctrina del derecho público. Cfr. el paradigmático libro de E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

<sup>21</sup> Sobre el significado de la expresión «lirica constitucional», y su relación con los derechos fundamentales de la República de Weimar en Alemania, cfr. R. Alexy, «Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», *op. cit.*, pág. 33.

<sup>22</sup> Cfr. sobre las teorías materiales de los derechos fundamentales: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 253 s.



de información, no puede determinarse sin recurrir al concepto de libertad negativa, fraguado por la teoría liberal. Según este concepto, el titular de la libertad de expresión tiene derecho a expresar lo que quiera, sin ninguna intervención externa, proveniente de instituciones públicas o actores privados. En un sentido análogo, las disposiciones que instituyen los derechos políticos deben interpretarse con el prisma de la teoría democrática, como habilitaciones para la participación en la democracia deliberativa. Por último, los derechos sociales deben comprenderse como derechos a obtener prestaciones del Estado, con el fin de satisfacer las necesidades básicas y de disponer de los medios idóneos para ejercer las libertades y los derechos políticos.

Sin embargo, las teorías materiales no son suficientes para interpretar los derechos fundamentales. En ciertos casos, la aplicación de estas teorías puede conducir a colisiones normativas. Por ejemplo, puede presentarse una colisión cuando una interpretación liberal de la libertad de expresión prohíbe al Legislador penal imputar una pena de prisión severa a quien colabore con una organización criminal, mediante la difusión televisiva de vídeos amenazantes en tiempo de elecciones<sup>23</sup>, mientras, a la vez, el principio democrático permite o incluso ordena la imposición de una pena semejante para que la sociedad pueda disfrutar de una democracia deliberativa libre de intimidaciones. Para resolver este tipo de casos debe recurrirse a otro tipo de criterios interpretativos. La alternativa más plausible son los criterios estructurales para la interpretación de los derechos fundamentales. Los criterios estructurales auxilian a los intérpretes en la determinación del contenido de los derechos fundamentales mediante un análisis de la estructura normativa de estos derechos. Los criterios estructurales más conocidos son el contenido esencial, las teorías internas de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

Desde 1981 hasta 1995 el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en algunas sentencias. Sin embargo, no lo hizo de manera sistemática. En estas primeras sentencias, el Tribunal definió este principio como un «criterio»<sup>24</sup>, «factor»<sup>25</sup>, «regla»<sup>26</sup> o «examen»<sup>27</sup> para

---

<sup>23</sup> Cfr. STC 136/1999.

<sup>24</sup> Cfr. las STC 57/1984, 19/1988, 85/1992 y STC 219/1992. Cfr. sobre la historia del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: M. González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2003.

<sup>25</sup> Cfr. STC 57/1984.

<sup>26</sup> Cfr. STC 37/1989, STC 113/1989.

<sup>27</sup> Cfr. STC 215/1994, STC 76/1990, STC 207/1996.

la aplicación de los derechos fundamentales. No obstante, durante esta época el Tribunal aplicó casi sin excepción<sup>28</sup> la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. De acuerdo con esta última teoría, los derechos fundamentales tienen un contenido esencial que los poderes públicos en ningún caso pueden afectar. Un factor que contribuyó a la pronta recepción de la teoría absoluta del contenido esencial, de origen alemán, fue el hecho de que la Legislatura Constituyente utilizara el concepto de contenido esencial en el artículo 53.1 CE. Este concepto había aparecido ya en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana.

La teoría absoluta del contenido esencial no puede responder a varios desafíos epistemológicos y ontológicos. En concreto, carece de una respuesta plausible para las siguientes preguntas: ¿cómo se conoce el contenido esencial de un derecho fundamental? ¿quién tiene competencia para determinarlo? ¿si esta es la única parte del derecho que vincula a los poderes públicos, qué sentido tiene que los derechos fundamentales tengan un contenido adicional, que no es esencial y que, al poder ser vulnerado, deviene mera lírica constitucional? ¿qué ocurre si colisionan posiciones jurídicas incluidas en el contenido esencial de dos derechos fundamentales? y ¿no es acaso irracional pretender que incluso en circunstancias de extrema urgencia y gravedad política, económica o social, las autoridades no puedan limitar el contenido esencial de un derecho?

A causa de estos problemas conceptuales de la teoría absoluta del contenido esencial<sup>30</sup>, en un texto ya clásico, Ignacio de Otto<sup>31</sup> propuso renunciar a su aplicación y optar por una teoría interna de los derechos fundamentales, inspirada en la teoría lingüística de Friedrich Müller. La

---

<sup>28</sup> Durante esta época, el Tribunal Constitucional decidió ciertos casos mediante la ponderación solo de manera excepcional. Cfr., por ejemplo, la STC 215/1994.

<sup>29</sup> Cfr. entre muchas otras, la paradigmática STC 11/1981, en la que el Tribunal Constitucional definió los criterios para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de la llamada teoría absoluta.

<sup>30</sup> Sobre estos problemas, cfr. C. Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 405 s.

<sup>31</sup> I. de Otto y Pardo, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. Martín-Retortillo e id., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 95 s. De Otto cita de manera explícita las obras de Müller: *Juristische Methodik* (Duncker & Humblot, Berlín, 3.ª ed., 1989) y *Die Positivität der Grundrechte* (Duncker & Humblot, Berlín, 2.ª ed. ampliada, 1990). Müller es uno de los valedores más fervientes de la teoría interna de los derechos fundamentales en Alemania.

propuesta de De Otto aún es hoy seguida por algunos autores<sup>32</sup>. Esta teoría propone un modelo subsuntivo para la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, un modelo de subsunción sin ponderación. Este modelo concibe de una manera restringida el ámbito normativo de los derechos fundamentales. Interpretados de este modo, los derechos no entran en colisiones. La labor del intérprete consiste en delimitar este ámbito restringido y subsumir los hechos del caso en dicho ámbito. No obstante, esta teoría también está expuesta a algunas objeciones contundentes, que tienen gran similitud con aquellas que pueden enarbolarse en contra de la teoría del contenido esencial. ¿Cómo se conoce el ámbito restringido de un derecho fundamental? ¿quién tiene competencia para determinarlo? y ¿no es acaso irracional pretender que incluso en circunstancias de extrema urgencia y gravedad política, económica o social, las autoridades no puedan limitar el ámbito de un derecho, por más restrictiva que sea la concepción mediante la cual se construye?

Quizás sea esta la razón por la cual, en sintonía con otros tribunales de derechos fundamentales y humanos, desde 1995 el Tribunal Constitucional se haya inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estelares estructurales para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

## 1.2. *La recepción de la teoría de los principios en España*

La STC 66/1995 representa un hito en la recepción de la teoría de los principios en España. El Tribunal Constitucional declaró por primera vez en esta sentencia que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales debe llevarse a cabo mediante el principio de proporcionalidad. De acuerdo con el Tribunal, el eje de este examen es la pregunta de si la intervención en los derechos fundamentales que se analice en un caso, cumple las exigencias de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o en los términos de la sentencia: «si tal medida [es] *susceptible de conseguir el objetivo propuesto* —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, [es] *necesaria* en el senti-

---

<sup>32</sup> Cfr., entre otros: J. Rodríguez-Toubes, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000; A.-L. Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; A. Ollero, «La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal», *Pensamiento y cultura*, núm. 3, 2000, págs. 157 s.

do de que no [existe] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma [es] *proporcionada, en sentido estricto*, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»<sup>33</sup> (énfasis de C. B.). Desde entonces, la jurisprudencia constitucional ha preferido este principio frente a otros criterios estructurales<sup>34</sup>. Asimismo, la ponderación se ha utilizado como el más determinante criterio para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales<sup>35</sup>. Estas colisiones parecen ser inevitables por tres razones. Primero, porque, en virtud del principio *favor libertatis*, propio del liberalismo, los derechos fundamentales se deben interpretar, por lo menos *prima facie*, de una manera amplia. Segundo, porque como el Tribunal Constitucional ha reconocido, ningún derecho fundamental es absoluto<sup>36</sup>. Tercero, porque no existe un orden lexicográfico o una jerarquía de derechos<sup>37</sup>. En estas circunstancias, la única estrategia restante es la ponderación. La jurisprudencia constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión ente derechos fundamentales lleve a cabo una ponderación. Por último, el Tribunal Constitucional exige que, para ser conformes con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, las intervenciones del poder judicial en los derechos fundamentales —en especial aquellas de índole procesal— deben fundamentarse de manera expresa mediante una ponderación<sup>38</sup>.

Como quiera que existe una relación de implicación necesaria entre la definición de los derechos fundamentales como principios y como mandatos de optimización, por un parte, y el principio de proporciona-

---

<sup>33</sup> STC 66/1995.

<sup>34</sup> Cfr., entre otras, las SSTC 55/1996; 207/1996; 161/1997; 200/1997; 49/1999 y 136/1999.

<sup>35</sup> Cfr., entre otras, las SSTC 138/1996; 144/1998; 21/2000; 112/2000; 76/2002; 154/2002 y 54/2004.

<sup>36</sup> Cfr., entre otras, las SSTC 159/1986, 105/1990, 37/1987 y 57/1994.

<sup>37</sup> El orden lexicográfico de derechos fundamentales propuesto por Luigi Ferrajoli es bien conocido en el ámbito español. Sobre este orden, cfr. «Diritti fondamentali», «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» e «I fondamenti dei diritti fondamentali», todos publicados en: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001 (tiene traducción al castellano por A. de Cabo *et al.*: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001). J. Rawls también propone un orden lexicográfico de derechos fundamentales en: «The Basic Liberties and Their Priority», en: Rawls, *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, 1983.

<sup>38</sup> STC 54/2004.

lidad aplicado por el Tribunal Constitucional<sup>39</sup>, por otra, un conjunto significativo de autores —algunos de ellos con ciertos matices de divergencia— han considerado que la teoría de los principios ofrece un fundamento apropiado para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Atienza<sup>40</sup> y Ruiz Manero<sup>41</sup>, García Figueroa<sup>42</sup>, Gascón Abellán<sup>43</sup>, Medina Guerrero<sup>44</sup>, Prieto Sanchís<sup>45</sup> y quien escribe<sup>46</sup> hemos defendido, en lo esencial, esta idea. Sin embargo, la teoría de los principios también ha se ha enfrentado en España con una crítica contundente<sup>47</sup>.

<sup>39</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 111 s.

<sup>40</sup> Cfr. M. Atienza, *Derecho y Argumentación Jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997; e *id.*, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, págs. 246 s.

<sup>41</sup> Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996; e *id.*, *Ilicitos Atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>42</sup> Cfr. A. García Figueroa, «Principios y derechos fundamentales», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, op. cit., págs. 235 s.

<sup>43</sup> Cfr. M. Gascón Abellán, «Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación», en F. J. Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 183 s.

<sup>44</sup> Cfr. M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1997; *id.*, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, págs. 119 s.

<sup>45</sup> Cfr. L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>46</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 613 s.

<sup>47</sup> En este texto no consideraré las objeciones generales en contra de la distinción entre reglas y principios. Sobre este aspecto, cfr. R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 239; J. Rodríguez-Toubes, «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», *Derechos y Libertades*, 6, 1998, 397 s.; *id.*, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000. Tampoco analizaré la tesis de que esta diferencia es conceptual. Sobre este aspecto: cfr. J. J. Moreso, «El encaje de las piezas del Derecho (primera parte)», *Isonomía*, núm. 14, págs. 136 s.; *id.*, «Conflictos entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., págs. 99 s.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992; *id.*, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998. Por último, tampoco me referiré a las objeciones en contra la relación entre reglas y principios en la teoría de los principios. Cfr. sobre este aspecto, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit. Cfr., también, la respuesta de Alexy en: «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en B. Schilcher et. alt. (eds.), *Regeln, Prinzipien*

## 2. LAS OBJECIONES EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

### 2.1. *La irracionalidad de la ponderación*

Según un primer grupo de objeciones, la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad y la solución de colisiones entre derechos fundamentales mediante la ponderación es irracional. En adelante me referiré a esta objeción como la «irracionalidad de la ponderación». En este sentido, por ejemplo, Jiménez Campo considera que la ponderación «no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico»<sup>48</sup>. Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación se refieren, también en España<sup>49</sup>, a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

#### 2.1.1. La indeterminación conceptual

La primera objeción consiste en que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder<sup>50</sup>, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. Quienes utilizan esta objeción mantienen que no existen criterios jurídicos para asegurar la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios<sup>51</sup>. Desde este punto de vista, la ponderación es una

---

y *Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000, págs. 31 s. (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como «Sobre la estructura de los principios jurídicos», *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

<sup>48</sup> Cfr. J. Jiménez Campo, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 73. También: Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, 327 s.

<sup>49</sup> Sobre la racionalidad de la ponderación, cfr. C. Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006. También: V. Afonso da Silva, *Grundrechte y gesetzgeberische Spielräume*, Nomos, Baden-Baden, 2003, págs. 89 s.

<sup>50</sup> Cfr. W. Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pág. 171.

<sup>51</sup> R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Weiseshauses, Halle, 2.<sup>a</sup> ed., 1923, pág. 447. En tiempos más recientes: E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», en: *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frank-

estructura vacía<sup>52</sup>, que se completa únicamente con apreciaciones empíricas y normativas subjetivas del juez<sup>53</sup>. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera<sup>54</sup>. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

### 2.1.2. La incomparabilidad y la incommensurabilidad de los objetos que se ponderan

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables<sup>55</sup>. De acuerdo con la crítica, la incommensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos<sup>56</sup>, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una «unidad de medida»<sup>57</sup>, así como tampoco una «moneda común que posibilite» fun-

---

furt a. M., 1991, págs. 184 s.; Ingeborg Maus, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts», *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, págs. 197 s.; Kent Greenwalt, «Objectivity in Legal Reasoning», en: *id.*, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1992, pág. 205.

<sup>52</sup> Fritz Ossenbühl, «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, pág. 905.

<sup>53</sup> Karl A. Betterman, «Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit», *Juristenzeitung*, 1964, págs. 601 s.

<sup>54</sup> Juan A. García Amado, «¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios», *Archivo de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII-XIV, 1996-1997, pág. 71.

<sup>55</sup> Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981, págs. 72 s., 132 s. 153 s.; Nils Jansen, «Die Struktur rationaler Abwägungen», en: Annette Brockmüller *et al.* (eds.), *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, *ARSP*, Beiheft 66, 1997, págs. 152 s.; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, págs. 275 s.; Lawrence Tribe, «Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency», *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, pág. 595; Louis Henkin, «Infallibility under Law: Constitutional Balancing», *Columbia Law Review*, núm. 78, 1978, pág. 1048; Louis Frantz, «Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelssohn», *California Law Review*, núm. 51, 1963, pág. 748.

<sup>56</sup> Sobre el concepto de incommensurabilidad, cfr. Joseph Raz, «Incommensurability and Agency», en: *id.*, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pág. 46.

<sup>57</sup> Jürgen Habermas, «Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en: *id.*, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a. M., 1996, pág. 369.

damentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión<sup>58</sup>.

### 2.1.3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación

Según la tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*<sup>59</sup>, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.

### 2.1.4. La relación entre las objeciones contra la ponderación

Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto.

## 2.2. *La teoría de los principios, la democracia y el Estado de Derecho*

La irracionalidad de la ponderación es un problema filosófico jurídico. Sin embargo, según los críticos, este problema proyecta sus efectos

---

<sup>58</sup> Thomas Alexander Aleinikoff, «Constitutional Law en the Age of Balancing», *Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, pág. 973.

<sup>59</sup> J. J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, págs. 99 s.; También: Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Munich, 1977, pág. 276; Hans Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, pág. 23. Algunos autores utilizan la expresión «particularismo» para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. Cfr. J. J. Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», *op. cit.*; Bruno Celano, «Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabili», *Ragione Pratica*, núm. 18, 2002.



sobre un segundo problema de derecho constitucional. Se trata de la pretendida carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para ponderar. Si la ponderación es irracional, se argumenta, entonces el alto Tribunal no tiene legitimidad constitucional para ponderar. Si, a pesar de ello, el Tribunal adopta decisiones y las fundamenta mediante la ponderación, interviene entonces ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado<sup>60</sup>.

### 2.2.1. La vulneración del principio democrático

Una vulneración semejante de las competencias de otros poderes públicos tendría lugar en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes e implicaría, a su vez, una vulneración del principio democrático. En España también se ha sostenido que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»<sup>61</sup>. Como consecuencia de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales imponen, se ha sostenido, desaparecen los márgenes de acción del Legislador<sup>62</sup>. En el marco de la teoría de los principios, el Legislador no puede elegir entre las posibles formas de concretar la Constitución, porque tiene la obligación de satisfacer los derechos fundamentales en la mayor medida posible, es decir, en sus puntos óptimos<sup>63</sup>. El problema consiste en que no siempre es posible identificar objetivamente mediante la ponderación, cuáles son los puntos óptimos en que los principios en colisión deben satisfacerse. Por esta razón, resulta imposible para el Tribunal Constitucional llevar a cabo ponderaciones objetivas. Como consecuencia, se aduce, la ponderación lleva al Tribunal Constitucional a ocupar el lugar de la Constituyente.

---

<sup>60</sup> Cfr. J. A. García Amado, «Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares», *Estudios de derecho*, núm. 139, 2005, págs. 101 s. También: C. Fried, «Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test», *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, págs. 759 s.; Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Colonia *et al.*, 1961, pág. 130.

<sup>61</sup> E. Forsthoft, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1975, pág. 242.

<sup>62</sup> Cfr. sobre esta objeción: E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», *op. cit.*, pág. 197. Cfr. asimismo la réplica de R. Alexy en: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», (traducción al castellano de C. Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 14 s.

<sup>63</sup> J. A. García Amado, «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

Sus variopintas apreciaciones subjetivas anulan de forma ilegítima las decisiones que el Legislador ha adoptado legítimamente por medio del proceso democrático. La ponderación se convierte entonces en un sofisma de distracción para que el Tribunal Constitucional establezca con una legitimidad artificiosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que, según la mera ideología de los jueces constitucionales de turno, debería decir. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales llevaría al Tribunal Constitucional a intervenir indebidamente en el campo de la política<sup>64</sup>.

### 2.2.2. La vulneración del principio del Estado de Derecho

Además de lo anterior, la crítica sostiene que la teoría de los principios lleva a que el Tribunal Constitucional vulnere las competencias de la jurisdicción ordinaria y, de este modo, el principio de división de poderes, que es uno de los subprincipios del Estado de Derecho. La vulneración se produce siempre que el Tribunal Constitucional controla la interpretación de las leyes o la valoración de pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria, y la sustituye por una interpretación o valoración diferente, cuya corrección se fundamenta en la ponderación<sup>65</sup>. También en este contexto se argumenta que la teoría de los principios conduce a un concepto de Constitución como «huevo jurídico originario»<sup>66</sup>. Como quiera que los derechos fundamentales proyectan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, el derecho ordinario se constitucionaliza. Esta constitucionalización hace que la interpretación de las reglas y los principios del derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte de la jurisdicción ordinaria tenga que satisfacer las exigencias de los mandatos de optimización que los derechos fundamentales establecen. El Tribunal Constitucional puede controlar el cumplimiento de estos mandatos de optimización mediante el recurso de amparo. De nuevo aquí el argumento crítico sostiene que el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión no puede conocerse de forma objetiva mediante la ponderación. Como consecuen-

<sup>64</sup> Cfr. M. Jiménez Redondo, «¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativos a derechos fundamentales?», *Doxa*, núm. 5, 1988, págs. 135 s.; Asimismo: T. A. Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *op. cit.*, págs. 984 s.

<sup>65</sup> Cfr. J. A. García Amado, «Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares», *op. cit.*

<sup>66</sup> E. Forsthoff, *El Estado de la Sociedad Industrial*, *op. cit.*

cia, el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es subjetivo por necesidad. En este sentido, la ponderación de derechos fundamentales lleva al Tribunal Constitucional a interferir indebidamente en el campo de la interpretación del derecho ordinario. Esta interferencia tiene notables repercusiones, sobre todo, por cuanto la jurisdicción ordinaria está vinculada a la jurisprudencia constitucional<sup>67</sup>.

### 2.3. *La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional*

De acuerdo con García Amado, la teoría de los principios es una versión del llamado neoconstitucionalismo, que representa un tipo de ingenuo formalismo constitucional<sup>68</sup>. La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional<sup>69</sup>. Mediante la ponderación se trata de encontrar el punto óptimo de satisfacción de principios en colisión. Según los críticos, la posibilidad de encontrar ese punto supone concebir la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente, que subyace al texto constitucional y que es independiente de él<sup>70</sup>. Este sistema es una Constitución «metafísica» o «material», que prescribe una única respuesta para cada caso posible. La Constitución material, a su vez, es el resultado de la institucionalización de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental. Si esto es así, entonces lo que importa en definitiva es esa moral positivizada y no lo que establece el texto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la positividad de la Constitución se vuelve superflua. Ya no interesa el significado de lo que prescribe el texto constitucional, sino lo que los principios morales positivizados, en cuanto sistema independiente, ordenen o prohíban. La Constitución ma-

<sup>67</sup> Cfr. art. 164.1 CE; art. 40.2 LOTC y art. 5.1 LOPJ.

<sup>68</sup> Cfr. J. A. García Amado, «Tres sentencias del Tribunal Constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares», *op. cit.*; *id.*, «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», *op. cit.*

<sup>69</sup> Sobre el concepto de «formalismo», como una visión que desconocer la indeterminación de las disposiciones jurídicas y rechaza la existencia de un margen de discrecionalidad del juez: cfr. F. Schauer, «Formalism», *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 4, 1988, págs. 511 s.

<sup>70</sup> J. A. García Amado, «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, págs. 46 s.

terial está caracterizada por tres propiedades: es plena (no tiene lagunas), coherente (está exenta de contradicciones normativas) y clara (está exenta de indeterminación). Por consiguiente, el Tribunal Constitucional carecería de legitimidad para aplicarla. El Tribunal Constitucional no podría elegir entre posibles interpretaciones del texto indeterminado de los derechos fundamentales, sino solamente reconocer la única respuesta correcta<sup>71</sup>. Por esta razón, las decisiones del Tribunal Constitucional tendrían un carácter meramente formal. Ellas se limitarían a efectuar una ponderación formal de premisas y llevarían necesariamente al resultado que ya aparece predeterminado por la Constitución material.

En este sentido, la teoría de los principios se asimilaría a la jurisprudencia de conceptos. Para las dos teorías, el sistema jurídico no está compuesto por normas sino por principios, que no están dotados de una existencia empírica, física, psíquica o social, sino ideal<sup>72</sup>. Se supone que el Tribunal Constitucional puede reconocer esta existencia ideal. De este modo, el método jurídico de la teoría de los principios conduce a cierto tipo de epistemismo. Se parte de la base de que el juez puede conocer plenamente el contenido de los principios. García Amado sostiene que esta es una reconstrucción inadecuada del sistema jurídico. Este autor rechaza la posibilidad de que exista una constitución material como la descrita, que pueda proveer una única respuesta correcta para cada caso concreto. Además, sostiene que la ponderación supone una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional, que iría aparejada a una extensión de sus competencias, que es a todas luces incompatible con la democracia. Uno de sus principales argumentos es que los principios morales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad pluralista. Por esta razón, el juez no puede conocer objetivamente su contenido.

### 3. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Aquí defenderé la tesis de que la teoría de los principios puede responder a estas objeciones y, por tanto, puede utilizarse como fundamento para la construcción de una teoría adecuada de los derechos

---

<sup>71</sup> J. A. García Amado, «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice», *Berbiquí*, núm. 30, págs. 14 s.

<sup>72</sup> Cfr. asimismo: R. Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, *op. cit.*, págs. 325 s.

fundamentales de la Constitución Española. Para tal fin, en primer lugar, aduciré ciertos argumentos a favor de la racionalidad de la ponderación. En segundo lugar, responderé a las objeciones concernientes al formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios. De forma similar me referiré a la pretendida falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para intervenir indebidamente en los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, que derivaría de aplicar la teoría de los principios.

### 3.1. *La racionalidad de la ponderación*

#### 3.1.1. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación

Para comenzar, debe reconocerse que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos tienen razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo<sup>73</sup>. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es objetiva. Por el contrario, la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad solo pueden satisfacerse dentro de determinados límites<sup>74</sup>. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribirían explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible<sup>75</sup>. La

---

<sup>73</sup> Cfr. sobre los problemas de objetividad que se presentan en los ámbitos normativos: Jan-R. Sieckmann, «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung – Das Problem der Begrenzung der Besteuerung», *Der Staat*, núm. 41, 2002, págs. 392 s.; M. Borowski, «La restricción de los derechos fundamentales» (traducción al castellano de R. Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, 2000, pág. 46.

<sup>74</sup> Sobre el concepto de hiperracionalidad: cfr. John Elster, *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, 1990, capítulo 1.

<sup>75</sup> Sobre las propiedades de un sistema ideal de esta índole, cfr. Klaus Günther, «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special – Case Thesis"», *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, págs. 151 s.

existencia un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada. Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer objetividad. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura implica reconocer los límites de su propia racionalidad<sup>76</sup>.

### 3.1.2. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico<sup>77</sup>. La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicción para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa<sup>78</sup> satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», *op. cit.*

<sup>77</sup> Cfr. sobre la diferencia entre la racionalidad teórica y práctica: J. R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de L. M. Valdés Villanueva), Ediciones Nöbel, Barcelona, 2000, págs. 109 s. De un modo similar: J. Habermas, «Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla», en: *id.*, *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos* (traducción de P. Fabra y L. Díez, Trotta), Madrid, 2002, 1999, págs. 103 s.

<sup>78</sup> La estructura fundamental de la ponderación, tal como se revela, por ejemplo, en la fórmula del peso, es una forma de argumento, en el sentido de la teoría del discurso.

<sup>79</sup> La ponderación hace posible construir fundamentaciones claras, consistentes, saturadas, lógicas y coherentes. Sobre estas exigencias de la racionalidad práctica. Cfr.

Las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación —«cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»<sup>80</sup>— determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación. Esta estructura puede dividirse en los tres pasos que Alexy diferencia en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro»<sup>81</sup>. La fórmula del peso<sup>82</sup> amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclara cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de

---

R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 185 s.

<sup>80</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 92 s.

<sup>81</sup> R. Alexy, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 32.

<sup>82</sup> R. Alexy, «Die Gewichtsformel», en: Joachim Jickeli *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, 2003, 771 s.: Esta fórmula establece que el peso concreto del principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$  en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio  $P_i$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio  $P_j$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve  $2^0$ , es decir, 1; medio  $2^1$ , es decir, 2; y grave  $2^2$ , es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto  $2^0$ , es decir, 1; plausible  $2^{-1}$ , es decir  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ . A mi modo de ver, esta atribución de valor puede ser sólo metafórica, así como sólo metafórica puede ser la función que cumple el signo de multiplicación que relaciona las variables. Cfr. sobre esta crítica: C. Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», *op. cit.*

argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador<sup>83</sup>.

Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. La fórmula del peso se propone ciertamente como un algoritmo. Sin embargo, la aplicación de la fórmula del peso no se agota de ninguna manera en un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deban tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar, en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a estas variables en el marco de la escala triádica. Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, que también puede llamarse: dimensión discursiva, debe concluirse que la fórmula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes en los casos difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que esta determinación debe ser correcta. La determinación de los grados de afectación de los principios relevantes tiene un carácter proposicional. Esta determinación no se agota en un acto subjetivo, psíquico, sino que el juez tiene que expresarla mediante un enunciado o una proposición que está necesariamente vinculada con una pretensión de corrección. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quien observa la fórmula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los casos difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial. La vinculación de estas dos perspectivas, que siempre están presentes en todo sistema jurídico, implica la vinculación del elemento real (mediante la perspectiva institucional) y el elemento ideal (mediante la perspectiva discursiva o de la corrección) del derecho.

---

<sup>83</sup> R. Alexy, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 40.



Es bien posible refinar la estructura de la fórmula del peso. La doble escala triádica<sup>84</sup> por puesta por Alexy es una estrategia para ello. Otra posibilidad consiste en establecer un conjunto de reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables<sup>85</sup>. La formulación de estas reglas presupone la distinción entre las premisas normativas y empíricas que son relevantes para la determinación de las mencionadas magnitudes. Con su formulación del tipo «tanto mayor... cuanto mayor», estas reglas establecen un sistema de cargas de argumentación que no eliminan, pero sí delimitan un poco más el margen de deliberación del juez. De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial. También se hace explícito, cómo debe decidirse un caso, cuando a la carga de argumentación no se opone ningún argumento que tenga el peso suficiente para vencerla. No obstante, refinar la fórmula del peso genera un problema de complejidad. Cuanto más se refine la fórmula del peso, tanto más compleja será su aplicación. Con todo, este no es un problema de la fórmula del peso como tal, sino una propiedad de su objeto, es decir, los principios de derecho fundamental. La aplicación de los derechos fundamentales implica la consideración de un número extenso de premisas normativas y fácticas, cuya importancia y singularidad varía en cada caso concreto. Esta propiedad, por tanto, afectará a todos los métodos alternativos para la aplicación de los derechos fundamentales.

Por último, la ponderación es un tipo de racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia *ad hoc*. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface *levemente* las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como este implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La única manera de eliminar la ponderación consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa. Asimismo, los resultados de las

---

<sup>84</sup> Cfr. R. Alexy, «Discourse Theory and Fundamental Rights», en A. Menéndez y E. Eriksen (eds.), *Fundamental Rights through Discourse*, Arena Report 9, 2004, pág. 51.

<sup>85</sup> Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 613 s., en donde se propone un sistema de 87 reglas argumentativas para la aplicación del principio de proporcionalidad; *id.*, «La racionalidad de la ponderación», *op. cit.* Asimismo: L. Clerico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2000, págs. 212 s.

ponderaciones entre derechos fundamentales no representan decisiones aisladas. La ley de la colisión —«Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»<sup>86</sup>— es la base para la construcción de una red de normas adscritas de derecho fundamental, que se concretan mediante la ponderación, y que conforman el contenido de los derechos fundamentales. En España, por ejemplo, son bien conocidas las normas adscritas de derecho fundamental que el Tribunal Constitucional ha concretado para la solución de las colisiones entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor<sup>87</sup>. En cuanto contenido de precedentes jurisprudenciales, estas normas adscritas deben aplicarse en casos futuros que sean idénticos o análogos. En estos casos futuros, al Tribunal Constitucional le basta llevar a cabo una subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de las normas adscritas concretadas en sentencias anteriores. No necesita llevar a cabo una nueva ponderación, a menos que sea necesario modificar el sentido de los precedentes. Ahora bien, estas mismas consideraciones se aplican en relación con la atribución de las magnitudes correspondientes a las variables de la fórmula del peso. La red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a las disposiciones de los derechos fundamentales. La rigidez de las disposiciones de los derechos fundamentales y la fuerza vinculante de los precedentes garantizan la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias. De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones.

### 3.2. *El respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental*

La objeción del formalismo constitucional debe refutarse con el argumento de que la teoría de los principios respeta los límites de los

---

<sup>86</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 94.

<sup>87</sup> Cfr. entre muchas otras la: STC 54/2004. Asimismo: Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 95 s.

márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental. Es innegable que los derechos fundamentales representan una institucionalización en el sistema jurídico de valores o principios que aparecen en la moral en forma de derechos humanos<sup>88</sup>. Esta tesis puede fundamentarse no solo desde un punto de vista filosófico-jurídico, sino también, histórico. Los conceptos de libertad, igualdad, participación política o mínimo existencial se propusieron y se configuraron primero en el ámbito de la filosofía política y moral, como elementos de lo bueno y como objeto de los derechos humanos, antes de que se institucionalizaran en la Constitución. Como consecuencia de esta prioridad histórica y conceptual, quien quiera indagar el contenido de una disposición de derecho fundamental mediante la interpretación, debe buscar en la moral crítica. Ahora bien, quien quiera rechazar la institucionalización de estos conceptos morales en los derechos fundamentales, debe rechazar también la positividad de estos derechos y con ello, un rasgo decisivo del Estado constitucional democrático: la protección del individuo frente al abuso del poder. Por esta misma razón, la dimensión moral de los derechos fundamentales no puede desvanecerse. Los derechos fundamentales representan el intento de institucionalizar los derechos humanos en el derecho y los derechos humanos son derechos morales.

Con todo, la tesis de la institucionalización no implica la existencia de una constitución «metafísica», independiente del texto constitucional. La teoría de los principios reconoce la positividad de los derechos fundamentales. Los principios de derecho fundamental no tienen una existencia ideal. Su existencia es de derecho positivo. Ellos tienen validez como normas jurídicas, en las condiciones del sistema jurídico. Las disposiciones de derecho fundamental son el elemento básico de los derechos fundamentales<sup>89</sup>. Ellas definen el contenido de estos derechos. La institucionalización atribuye a los derechos fundamentales una existencia en el mundo jurídico, que es independiente y prevalece sobre a su fundamentación moral. Lo que ocurre es que el texto de las disposiciones de los derechos fundamentales es indeterminado y está dotado de un margen semántico en relación con el objeto de los principios. La interpretación de los derechos fundamentales consiste en establecer, dentro de ese margen semántico, qué es lo debido. A pesar de los problemas interpretativos de los derechos fundamentales, este margen se-

---

<sup>88</sup> R. Alexy, «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático» (traducción al castellano de M. C. Añaños Meza), *Derechos y libertades*, núm. 8, 2000, págs. 12 s.

<sup>89</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 63 s.

mántico tiene ciertos límites —los límites del significado posible del tenor literal de la Constitución—, a los que se suman los que derivan de los límites directamente constitucionales<sup>90</sup>. Aunque un principio pueda tener un significado más comprensivo en la dimensión de la moral, su contenido jurídico se limita a lo que establezca la correspondiente disposición de derecho fundamental dentro de sus márgenes semánticos. La aplicación de un principio mediante la ponderación presupone que este principio, es decir, el mandato de optimización se subsume dentro del supuesto de hecho de una disposición de derecho fundamental. Como consecuencia, los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental limitan las posibilidades semánticas de la optimización de los principios. Estas posibilidades semánticas se determinan aún más por medio de los precedentes que sientan las sentencias del Tribunal Constitucional. Con todo, las disposiciones de derecho fundamental ostentan una prioridad sobre los precedentes. La fuerza vinculante de los precedentes puede anularse mediante una reforma constitucional.

La teoría de los principios no defiende la tesis de que dentro de los márgenes semánticos de los derechos fundamentales exista una Constitución plena, coherente y determinada, ni que ella prescriba una respuesta correcta para cada caso. Una parte importante de la teoría de los principios es la dogmática de los márgenes de acción<sup>91</sup>. Mediante los márgenes de acción estructural del Legislador, es decir, el margen de acción para la determinación de fines y el margen de acción para la elección de medios, la teoría de los principios garantiza el respeto del principio democrático. De esta manera, se reconoce que la legislación no constituye una mera aplicación de los mandatos de optimización. Las disposiciones de derecho fundamentales no ordenan ni prohíben nada en relación con muchos casos posibles. Cuando la Constitución nada prescribe sobre un asunto, el Legislador tiene competencia para decidir lo que corresponda.

Algo similar puede decirse de la relación entre los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. Las disposiciones de derechos fundamental son en muchos casos indiferentes en relación con la interpretación del derecho ordinario y la valoración de las pruebas por parte

---

<sup>90</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 277 s.

<sup>91</sup> Sobre la teoría de los márgenes de acción: cfr. R. Alexy, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *op. cit.*, págs. 23 s.; *id.*, «Verfassungsrecht y einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit y Fachgerichtsbarkeit», *VVDStRL*, núm. 61, 2002, págs. 16 s.; V. Afonso da Silva, *Grundrechte y gesetzgeberische Spielräume*, *op. cit.*, págs. 113 s.

del juez ordinario. La jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legislativas que sean acordes con la Constitución, en los casos en que no sea procedente llevar a cabo una interpretación conforme con la Constitución. Asimismo, la jurisdicción ordinaria dispone de un margen de acción para la valoración de las pruebas, siempre y cuando no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva.

### 3.3. *Los límites epistémicos de los principios*

Para garantizar el respeto de los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia, dejar sin fundamento las objeciones que acusan a la teoría de los principios de desconocer estos márgenes, es necesario ampliar la definición de los principios en cuanto mandatos de optimización. Lo pertinente es incluir la dogmática de los márgenes de acción en la definición de los principios de derecho fundamental. Desde luego, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas. Para evitar interpretaciones de esta naturaleza, debe ampliarse la definición de los principios de la siguiente manera: Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y —aquí viene la modificación— *epistémicas* existentes.

Las posibilidades epistémicas imponen límites adicionales a los mandatos de optimización. La teoría de los principios parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión. Las posibilidades del Tribunal Constitucional para reconocer la magnitud que corresponda a cada una de las variables de la fórmula del peso son limitadas. Estos límites se proyectan en la seguridad de las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación. Las premisas empíricas<sup>92</sup> son relevantes en la determinación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del otro. Esta intensidad depende de la eficacia, velocidad, probabilidad, alcance y

---

<sup>92</sup> Ellas también son relevantes en la aplicación de los subprincipios de idoneidad y de necesidad, del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 111.

duración de la intervención y de la correlativa satisfacción de uno y otro principio en colisión<sup>93</sup>. Los límites epistémicos se originan, en primer lugar, a causa de la dificultad de determinar la magnitud que corresponda a cada una de estas variables relativas a las premisas empíricas y, en segundo lugar, a causa de la complejidad de hacer un análisis conjunto de todas estas variables. En todo caso, los límites epistémicos relativos a las premisas empíricas se incluyen en la tercera variable (S) de la fórmula del peso, concerniente a la seguridad de las premisas.

Las premisas normativas también juegan un importante papel en la catalogación del grado de intensidad de la intervención en un principio y del grado de satisfacción del principio contrario. El significado<sup>94</sup> que la posición de derecho fundamental afectada tiene para el titular de los principios en colisión y la importancia para el contenido de ese principio<sup>95</sup>, se establecen por medio de premisas normativas. Estas premisas también juegan un papel decisivo en la determinación del peso abstracto de los principios. Los límites epistémicos aparecen de nuevo en estos dos ámbitos. Las disposiciones de derecho fundamental no determinan por sí mismas cuál es el significado ni cuál es la importancia que revisiten las posiciones de derecho fundamental en cada caso, ni cuál es el peso abstracto de los principios. Desde luego, existen casos fáciles en relación con estas variables. Sin embargo, no existe ninguna clasificación de los pesos abstractos de los principios en las categorías de la escala triádica, que el juez pueda reconocer. Lo único que puede decirse es que en los casos difíciles el juez debe decidir según la mejor teoría material de la Constitución. El problema es que no siempre es claro, qué es lo que exige esta teoría en una sociedad pluralista. En todo caso, los límites epistémicos de las premisas normativas deben incluirse en la fórmula del peso. Una posibilidad consiste en integrarlos en la tercera variable (S), es decir, en la seguridad de las premisas. De esta manera, la seguridad no solo se referirá a la de las premisas empíricas sino también a la de las premisas normativas. Esta tercera variable institucionaliza en la fórmula del peso la ley epistémica de la ponderación, según la cual: «cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan dicha intervención»<sup>96</sup>. La tercera variable incluye también en la fórmula del

---

<sup>93</sup> C. Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», *op. cit.*

<sup>94</sup> Cfr. sobre el concepto de significado: J. Rawls, *El liberalismo político* (traducción de A. Doménech), Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, pág. 373.

<sup>95</sup> C. Bernal Pulido, «La racionalidad de la ponderación», *op. cit.*

<sup>96</sup> R. Alexy, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 55.

peso la posibilidad de graduar la intensidad del control que el Tribunal Constitucional lleva a cabo. Una regla para ello es aquella, según la cual, cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto más intenso deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional<sup>97</sup>. Esta regla se sigue lógicamente de la ley epistémica de la ponderación, porque el aumento en la intensidad del control que practica el Tribunal Constitucional implica que este Tribunal debe ser más severo al exigir una mayor certeza de las premisas que fundamentan la intervención en el derecho fundamental. De esta manera, el control del Tribunal Constitucional no debe ser siempre de mínimos o de máximos, sino de intensidad variable, de acuerdo con la intensidad de la intervención en el derecho fundamental<sup>98</sup>. En este sentido es posible estructurar un control de constitucionalidad de varias intensidades, como aquel que lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para enjuiciar las intervenciones en el principio de igualdad, o el Tribunal Constitucional alemán, cuando en el famoso *Mitbestimmungsurteil*<sup>99</sup>, estableció los conocidos tres tipos de control: un control de evidencia, un control de intensidad intermedia y un control sustancial intensivo.

Los límites epistémicos de los principios posibilitan la existencia de márgenes de acción epistémicos de tipo empírico y normativo para el Legislador<sup>100</sup> y para la jurisdicción ordinaria. De acuerdo con el principio democrático<sup>101</sup>, está permitido al Legislador decidir acerca de los asuntos sobre los no puede conocerse qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan o prohíben. De manera análoga, según el principio del Estado de Derecho, la jurisdicción ordinaria puede decidir acerca de los asuntos en relación con los que no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del derecho ordinario o la valoración de las pruebas. La existencia de estos márgenes de acción excluye toda posibilidad de incurrir en un formalismo, como aquél que objeta García Amado. Justo todo lo contrario, la concepción de los derechos fundamentales como

---

<sup>97</sup> C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 800. Asimismo: B. Schlink, *Abwägung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín 1976, pág. 50.

<sup>98</sup> A esta variable puede sumarse otra: cuanto mayor sea la certeza de las premisas que deba utilizar el Tribunal Constitucional para llevar a cabo su control, tanto más intenso deberá ser dicho control.

<sup>99</sup> Cfr. BVerfGE 50, 290 s.

<sup>100</sup> R. Alexy, «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», págs. 27 s.

<sup>101</sup> R. Alexy, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *op. cit.*, págs. 49 s.

principios aplicables mediante la ponderación, logra vincular de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales, cuando no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que, en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta.

### III. *ADDENDA* BIBLIOGRÁFICA

A continuación, se incorporan dos tipos de referencias bibliográficas. En primer lugar, bajo el título: bibliografía primaria, se enuncian los artículos que Robert Alexy ha escrito sobre los derechos fundamentales a partir de la fecha en que esta obra fuese publicada por primera vez en alemán. En segundo lugar, bajo el título: bibliografía secundaria, se enuncian algunos libros y artículos que, en las principales lenguas europeas, han tenido a la *Teoría de los derechos fundamentales* como su objeto de estudio, la han desarrollado o la han criticado. Desde luego, la lista de bibliografía secundaria no pretende ser exhaustiva. Sólo persigue mencionar algunas obras relevantes que pueden ser consultadas por quien tenga interés de seguir investigando sobre las tesis propuestas en este libro.

#### 1. BIBLIOGRAFÍA PRIMARIA

A continuación, se relacionan todos los trabajos escritos por Robert Alexy que tienen alguna relación con su *Teoría de los derechos fundamentales*, así como sus traducciones.

##### 1.1. *Ediciones de la Teoría de los derechos fundamentales*

- (1) Edición alemana: *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985; Reimpresión en: Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; 5.<sup>a</sup> ed., 2006.



- (2) Primera edición en castellano, traducción de Ernesto Garzón Valdés: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993; 3.ª ed., 2001.
- (3) Traducción al inglés de Julian Rivers: *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- (4) Traducción al coreano de Zoonil Yi: Hangilsa, Seoul, 2007.
- (5) Traducción al portugués de Virgílio Afonso da Silva: *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, Sao Paulo, 2008.
- (6) Traducción al polaco de Jerzy Zajadło: *Teoria praw podstawowych*, Wydawnictwo sejmowe, Warschau 2010.
- (17) Traducción al italiano de Leonardo Di Carlo: *Teoria dei diritti fondamentali*, Società editrice il Mulino, Bologna 2012

## 1.2. Otros trabajos de Robert Alexy relacionados con la Teoría de los derechos fundamentales

### 1.2.1. Libros

- (1) *Põhiõigused Eesti põhiseaduses* (Los derechos fundamentales de la Constitución de Estonia; traducción de Madis Ernits y Pille Vinkel), Tartu, 2001.
- (2) *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2004 (reimpresión del texto publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 13-64.)

### 1.2.2. Compilaciones de artículos

- (1) *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995.
- (2) *Teoría del discurso y derechos humanos* (introducción y traducción de Luis Villar Borda), Bogotá, 1995.
- (3) *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (introducción y traducción de Carlos Bernal Pulido), Bogotá, 2003.
- (4) *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (Cátedra «Ernesto Garzón Valdés» 2004; edición al cuidado de Rodolfo Vázquez y Ruth Zimmerling), México, 2005.
- (5) *Constitucionalismo discursivo* (traducción de Luís Afonso Heck), Porto Alegre, 2007; 4.ª ed., Porto Alegre, 2015.

- (6) *La institucionalización de la justicia* (introducción y edición al cuidado de José Antonio Seoane), Editorial Comares, Granada, 2005; 3.ª ed. ampliada, Granada, 2016.
- (7) *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal), Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2008.
- (8) *La construcción de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Jan-R. Sieckmann y Laura Clérico), Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- (9) *Law: The Institutionalization of Reason* (en chino, edición al cuidado de Lei Lei), China Legal Publishing House, Pekín, 2012.
- (10) *Teoria discursiva do direito* (traducción, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014; 3.ª ed., Rio de Janeiro, 2019.
- (11) *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito* (edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba y Mônica Sette Lopes), Editoria Forense, Rio de Janeiro, 2014; 2.ª ed., Rio de Janeiro, 2018.
- (12) *La natura del diritto. Per una teoria non-postivistica* (traducción de Paola Chiarella y Natalia Stamile), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015.
- (13) *La doble naturaleza del derecho* (traducción de Manuel Atienza, Daniel Oliver-Lalana, Ana Inés Haquín, Rudolfo Luis Vigo, Eduardo Roberto Soderó, María Claudia Qimbayo Duarte y Carlos Bernal Pulido), Editorial Trotta, Madrid, 2016.
- (14) *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima, 2019.
- (15) *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

### 1.2.3. Libros editados por Robert Alexy

- (1) R. Alexy y J. Laux (eds.), *50 Jahre Grundgesetz. Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Iuris e.V.*, Baden-Baden, 2000.
- (2) P. Andrés Ibáñez y R. Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, 2006.
- (3) R. Alexy y A. García Figueroa, *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

## 1.2.4. Artículos

1.2.4.1. Artículos anteriores a la *Teoría de los derechos fundamentales*

- (1) «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, págs. 59-87; reimpresso en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 177-212. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Sobre o conceito do princípio de direito», en: R. Alexy, *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre 2010, págs. 137-161. Traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «Sobre o conceito do princípio jurídico», en: R. Alexy, *Teoria discursiva do direito* (traducción, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Rio de Janeiro 2014, págs. 163-198, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 2019, págs. 147-177. Traducción al chino de Lei Lei, en: R. Alexy, traducción al chino de *Recht, Vernunft, Diskurs*, China Legal Publishing House, Pekín, 2010, págs. 171-206. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «Hacia un concepto de los principios jurídicos», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima 2019, S. 17-42
- (2) «R. M. Hares Regeln des moralischen Argumentierens und L. Nelsons Abwägungsgesetz», en: P. Schröder (ed.), *Vernunft, Erkenntnis, Sittlichkeit. Internationales philosophisches Symposium aus Anlaß des 50. Todestages von Leonard Nelson*, Hamburgo, 1979, págs. 95-122.
- (3) «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft NF 25 (1985), págs. 13-29; Reimpresso en: R. Alexy, H.-J. Koch, L. Kuhlen y H. Rübmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, págs. 217-233. Traducción al chino de Qingbo Zhang, en: *Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie* (Peking University Press) 2008, págs. 3-19

1.2.4.2. Artículos posteriores a la *Teoría de los derechos fundamentales*

- (1) «Individuelle Rechte und kollektive Güter», en O. Weinberger (ed.), *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, tomo 1, 1989, págs. 49-70; Reimpresso en: R. Alexy,

- Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 232-261. Traducción al inglés de Ruth Adler: «Individual Rights and Collective Goods», en: C. Nino (ed.), *The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Schools*, Tomo 8: Rights, Aldershot, Hong Kong, Singapur, Sidney, 1992, págs. 163-181. Traducción al castellano de Jorge M. Seña: «Derechos individuales y bienes colectivos», en: R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, págs. 179-208. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Direitos individuais e bens coletivos», en: R. Alexy, *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre, 2010, págs. 176-198. Traducción al chino de Guang Zhu, en: Robert Alexy, traducción al chino de *Recht, Vernunft, Diskurs*, China Legal Publishing House, Pekín, 2010, págs. 226-255.
- (2) «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», *Der Staat*, núm. 29, 1990, págs. 49-68; Reimpreso en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 262-287; y en: M. S. Stepanians (ed.), *Individuelle Rechte*, Paderborn, 2007, págs. 227-246. Traducción al japonés de Go Koyama en: *Meijo Law Review*, núm. 43, 1994, págs. 179-193 y núm. 44, 1994, págs. 321-341. Traducción al chino de Ming-Shiou Cherng en: *The Constitutional Review*, núm. 24, 1999, págs. 83-98. Traducción al coreano de Hyo-Jeon Kim, en: *Constitutional Law*, núm. 6, 2000, págs. 301-325; reimpreso en: Hyo-Jeon Kim (ed.), *Zum Verständnis der deutschen Grundrechtstheorie*, Seoul, 2004, págs. 351-376. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: *Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas*, en: R. Alexy, *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre, 2010, págs. 199-218.
- (3) «Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse», *Ratio Juris*, núm. 5, 1992, págs. 143-152. Traducción al castellano de Pablo Larrañaga: «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional», en: R. Alexy, *Derecho y razón práctica*, México, 1993, págs. 23-35; reimpreso en: *Isonomía*, núm. 1, 1994, págs. 37-49. Traducción al chino de Ji Tao, en: *Zhejiang University Law Review*, 2003, págs. 83-90.
- (4) «Normenbegründung und Normanwendung», en: A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. v. Wright y D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín, 1993, págs. 3-17; reimpreso en: R. Alexy, *Recht*,

- Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 52-70. Traducción al inglés: «Justification and Application of Norms», *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, págs. 157-170. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Fundamentação de normas e aplicação de normas», en: R. Alexy, *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre, 2010, págs. 46-60. Traducción al chino de Guang Zhu, en: R. Alexy, traducción al chino de *Recht, Vernunft, Diskurs*, China Legal Publishing House, Pekín, 2010, págs. 43-62.
- (5) «Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law», *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, págs. 227-238. Versión alemana: «Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas's prozeduralem Rechtsparadigma», en: O. Behrends y R. Dreier (eds.), *Gerechtigkeit und Geschichte. Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Dießelhorst*, Göttingen, 1996, págs. 78-89. Traducción al portugués de Geraldo de Carvalho, con revisión de Amadeu Moreira Fontenele Neto: «Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas» (como edición de los ensayos: «Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas' prozeduralem Rechtsparadigma» (1996) y «Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses» (1995)), en: G. Frankenberg y L. Moreira (eds.), *Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia*, Rio de Janeiro, 2009, págs. 119-139.
- (6) «Diskurstheorie und Menschenrechte», en: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, págs. 127-164. Traducción al castellano de Luis Villar Borda: «Teoría del discurso y derechos humanos», en: R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, 1995, págs. 63-138. Traducción al inglés de Susanne Gaschke und Kirsten Bock: «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, núm. 9, 1996, págs. 209-235; *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 67, 1997, págs. 81-104; reimpresso (en una versión breve) en: J. L. Alves (ed.), *Ética e o Futuro da Democracia*, Lisboa, 1998, págs. 133-142, así como (también en una versión breve) en: *Indian Socio-Legal Journal*, núm. 25, 1999, págs. 53-58. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Teoria do discurso e direitos do homem», en: R. Alexy, *Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito*, Porto Alegre 2010, pág. 101-127. Traducción al chino de Lei Lei, en: R. Alexy, traducción al chino de *Recht, Vernunft, Diskurs*, China Legal Publishing House, Pekín, 2010,

- págs. 121-157. Traducción al ucraniano de Sergey Maksymov: «Teoria dyskursu ta liudyny», en: (1) *Filosofia prava i zagalna teoria prava* (2013), págs. 73-98.
- (7) «Grundgesetz und Diskurstheorie», en: W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, 1996, págs. 343-360. Traducción al castellano de Daniel Oliver-Lalana: «Ley Fundamental y teoría del discurso», en: N. Cardinaux, L. Clérico y A. D'Auria (eds.), *Las razones de la producción del derecho*, Buenos Aires, 2006, págs. 19-38. Reimpreso en: R., *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, 2010, págs. 69-93.
- (8) «John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten», en: Philosophischen Gesellschaft Bad Homburg und W. Hinsch (eds.), *Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion*, Frankfurt am Main, 1997, págs. 263-303. Traducción al italiano de Anna Castelli y Fabrizio Sciacca: «La teoria delle libertà fondamentali di John Rawls», en: F. Sciacca (ed.), *Libertà fondamentali in John Rawls*, Milán, 2002, págs. 1-36.
- (9) «Carlos Santiago Ninós Begründung der Menschenrechte», en: B. Ziemecke, Th. Langheid, H. Wilms y G. Haverkate (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele*, Múnich, 1997, págs. 187-217. Traducción al castellano de M. Cecilia Añaños Meza: «La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Ninós», *Doxa*, núm. 26, 2003, págs. 173-201.
- (10) «Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en A. Aarnio, R. Alexy y G. Bergholtz (eds.), *Justice, Morality and Society. Festschrift für Aleksander Peczenik*, Lund, 1997, págs. 27-42; reimpreso en: W. Deppert, D. Mielke y W. Theobald (eds.), *Mensch und Wirtschaft. Interdisziplinäre Beiträge zur Wirtschafts- und Unternehmensethik*, Leipzig, 2001, págs. 15-31. Traducción al japonés de Koichi Aoyagi en: *Yokohama Law Review*, núm. 5, 1997, págs. 193-223. Traducción al chino de Ming-Shiou Cherng en: *Law Review of Central Police University*, núm. 5, 2000, págs. 427-441. Traducción al castellano de Alfonso García Figueroa: «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en: Miguel Carbonell (eds.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, págs. 31-47. Reimpreso en: M. Zavaleta Álvarez, C. García Novoa, P. J. Carrasco Parrilla, F. Iannacone Silva (eds.), *Estudios de derecho constitucional tributario*, Lima, 2011, págs. 17-34. Traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «Direitos fundamentais no estado

- democrático constitucional», en: *Teoria Discursiva do Direito* (traducción, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, págs. 125-143, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 2019, págs. 113-129. Traducción al polaco de: «Prawa podstawowe w demokracycznym państwie konstytucyjnym» (1997), en: *Studia z teorii konstytucyjnego państwa prawa prawa*, (edición a cargo de A. Grabowski y J. Holocher), Cracovia, Księgarnia Akademicka, 2019, págs. 33-52.
- (11) «Artikel: Güter- und Übelabwägung, Rechtlich; Norm/Normen, Rechtlich; Prinzipien, Rechtlich», en: W. Korff, L. Beck y P. Mikat (eds.), *Lexikon der Bioethik*, Gütersloh, 1998, tomo. 2, págs. 181-182; págs. 777-779; tomo 3, págs. 66-67.
- (12) «Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en: S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main, 1998, págs. 244-264. Traducción al castellano de María Cecilia Añaños Meza: «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Derechos y libertades*, núm. 8, 2000, págs. 21-41. Traducción al ucraniano de Oleksandr Judin y Larisa Doronitscheva: «Instytucjonalizacija prab ljudyny v demokratyčnij konstytucijyij», en: S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Filosofija prab ljudyny*, Kiev, 2008, págs. 172-189.
- (13) «Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, núm. 16, 1999, págs. 203-214 (traducción al portugués de Luís Afonso Heck); reimpresso en: *Revista de direito administrativo*, núm. 217, 1999, págs. 55-66; y en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre 2007, págs. 41-54. Traducción al castellano de Said Escudero Irra: «Derechos Fundamentales y Derechos Humanos», en: J. M. Camacho Bertrán, E. G. Macedo Ortiz, G. Villegas de la Concha y R. Rodríguez Gaona (eds.), *El Derecho Contemporáneo*, Hidalgo, 2004, págs. 59-76. Traducción al rumano de Ioana Constantin y Tatiana Petrache: «Drepturi fundamentale si drepturi ale omului», en: J. Rüsen, H.-K. Keul y A.-P. Iliescu (eds.), Bucarest 2004, págs. 29-47. Versión alemana: «Grund- und Menschenrechte», en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *Verfassung und Argumentation*, Baden-Baden 2005, S. 61-72.
- (14) «Artikel: Grundrechte», en: H. J. Sandkühler (ed.), *Enzyklopädie Philosophie*, Hamburgo, 1999, tomo 1, págs. 525-529. Traducción

- al castellano de Carlos Bernal Pulido: «Los derechos fundamentales», en: R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, 2003, págs. 19-39.
- (15) «Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, núm. 17, 1999, págs. 267-279 (traducción al portugués de Luís Afonso Heck); reimpressa en: *Revista de direito administrativo*, núm. 217, 1999, págs. 67-79; y en R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 55-69. Versión alemana (ampliada): «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», en: Korean Branch of International Association of Constitutional Law (ed.), *World Constitutional Law Review*, núm. 6, 2001, págs. 181-207; reimpresso en: M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, 2002, págs. 9-26. Traducción al estonio de Madis Ernits: «Kollisioon ja kaalumine kui põhiõiguste dogmaatika põhiprobleemid», *Juridika*, núm. 9, 2001, págs. 5-13. Traducción al italiano de Massimo La Torre: «Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali», en: M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, 2002, págs. 27-44.
- (16) «Einleitung: 50 Jahre Grundgesetz», en: R. Alexy y J. Laux (eds.), *50 Jahre Grundgesetz. Tagung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität und des Vereins Kieler Doctores Iuris e.V.*, Baden-Baden, 2000, págs. 9-13.
- (17) «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en: B. Schilcher, P. Koller y B.-C. Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000, págs. 31-52. Traducción al inglés (en versión abreviada): «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, págs. 294-304. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en: R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá 2003, págs. 93-137. Traducción al chino de Lei Lei, en: R. Alexy, *Law: The Institutionalization of Reason* (traducción al chino al cuidado de Lei Lei), China Legal Publishing House, Pekín, 2012, págs. 131-147. Traducción al ruso de Victor Kornev y Maria Sinyavskaja, en: (131) *Russian Justice* (2017), págs. 19-34.
- (18) «Grundrecht und Status» (reimpresión del quinto capítulo de la *Theorie der Grundrechte*, 3.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, 1996, Nr. 2),



- en: S. L. Paulson y M. Schulte (eds.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen, 2000, págs. 209-225.
- (19) «Grundrechtsnorm und Grundrecht», *Rechtstheorie*, Beiheft 13, 2000, págs. 101-115. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «Las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima, 2019, p. 77-90.
- (20) «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», en: *Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio*, núm. 17, 2001, págs. 69-83. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «La ponderación en la aplicación del derecho», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima, 2019, p. 91-106.
- (21) «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en: *VVDStRL*, núm. 61, 2002, págs. 7-33. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada», *Revista dos tribunais*, núm. 91/799, 2002, págs. 33-51 y en *Revista dos tribunais*, núm. 92/809, 2003, págs. 54-73; reimpresso en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 71-92. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: «Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en: R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 41-92.
- (22) «Zur Entwicklung der Menschen- und Grundrechte in Deutschland», *Christiana Albertina*, núm. 54, 2002, págs. 6-18. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha», en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 93-104.
- (23) «Postscript», en: R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford, 2002, págs. 388-425. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 13-64; Reimpreso como: Robert Alexy, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Traducción al portugués de Virgílio Afonso da Sil-

- va: «Posfácio» (2002), en: R. Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2008, págs. 575-627. Traducción al italiano de Leonardo Di Carlo: «Postfazione», en: R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, págs. 607-661.
- (24) «Grundrechte, Abwägung und Rationalität», *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, núm. 7, 2002, págs. 113-125. Traducción al italiano de Damiano Canale: «Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità», *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, núm. 7, 2002, págs. 131-144; y de Carmelina Longo: «Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità», en: M. La Torre y A. Scerbo (eds.), *Diritti, procedure, virtù*, Turín, 2005, págs. 1-13. Versión inglesa: «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, págs. 131-140. Traducción al castellano de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes: «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad», en: F. Fernández Segado (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. (La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo)*, Madrid, 2003, págs. 1505-1514. Reimpreso es: M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, págs. 106-116; (11) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2009), págs. 3-13; y en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (editado por Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima 2019, págs. 107-117. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade», *Revista de direito privado*, núm. 6, 2005, págs. 334-344; reimpreso en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 105-116.
- (25) «Ragionevolezza im Verfassungsrecht. Acht Diskussionsbemerkungen», en: M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, 2002, págs. 143-150. Traducción al italiano de Massimo La Torre: «Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione», en: M. La Torre y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Turín, 2002, págs. 151-157.
- (26) «Die Gewichtsformel», en J. Jickeli, P. Kreutz y D. Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, 2003, págs. 771-792. Traducción al coreano de Jong-Sup Chong y Zin-Wan Park, en: *Seoul Law Journal*, núm. 44.3, 2003, págs. 327-355. Traducción al italiano de Dagmar Sonja Winkler y Damiano Canale: «La formula per la quantificazione del peso nel bilancia-

- mento», *Ars Interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica*, núm. 10, 2005, págs. 97-123. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «A fórmula peso», en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 131-153. Traducción al inglés de Bartosz Broýek y Stanley L. Paulson: «The Weight Formula», en: J. Stelmach, B. Broýek y W. Zaluski (eds.), *Studies in the Philosophy of Law*, tomo 3, Cracovia, 2007, págs. 9-27. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: «La fórmula del peso», publicada como epílogo a la segunda edición en castellano de R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, edición española: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007 y edición latinoamericana: Palestra, Lima, 2007, págs. 457-493. Reimpreso en: M. Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, 2007, págs. 15-49; M. Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, 2008, págs. 11-37; M. Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008, p. 13-42; M. Carbonell y P. P. Grández Castro (eds.), *El Principio Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010, págs. 13-36; R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición a cargo de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima, 2019, págs. 141-162. Traducción al ruso de Vladislav Arkhipov en: *Russian Yearbook of Legal Theory*, núm. 3, 2010, págs. 208-228. Traducción al chino de Lei Lei, en: R. Alexy, *Law: The Institutionalization of Reason* (en chino, edición al cuidado de Lei Lei), China Legal Publishing House, Pekín, 2012, págs. 148-177. Traducción al rumano de Teodor Papuk: «Formula cântăririi», en: *Noua Revista de Drepturile Omului*, núm. 6, 2019, 97-113.
- (27) «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, págs. 433-449. Traducción al chino de Zheng Yongliu, en: *Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie* (Pekín University Press), 2007, págs. 77-94. Traducción al castellano de Miguel León Untiveros: «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural», en: *Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 9, 2009, págs. 40-48; reimpreso en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra Editores, Lima, 2019, págs. 163-

- 180; traducción al castellano de Luis Felipe Vergara Peña: «De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural», en: E. Montealegre Lynett, N. Bautista Pizarro y L. F. Vergara Peña (eds.), *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, págs. 39-62.
- (28) «Menschenrechte ohne Metaphysik?», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, núm. 52, 2004, págs. 15-24. Traducción al castellano de Eduardo Roberto Soderó: «¿Derechos humanos sin metafísica?», *Doxa*, núm. 30, 2007, págs. 237-248; reimpresso en: R. Alexy, *La doble naturaleza del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, págs. 59-72; traducción revisada de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó, en: R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2.<sup>a</sup> ed. ampliada, Comares, Granada, 2010, págs. 79-94. Traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «Direitos humanos sem metafísica?», en: R. Alexy, *Teoria Discursiva do Direito* (traducción, edición, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, págs. 109-124, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 2019, págs. 99-112. Traducción al italiano de Leonardo Di Carlo: «Diritti umani senza metafísica?», en: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 92, 2015, págs. 7-24.
- (29) «Discourse Theory and Fundamental Rights», en: A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Fundamental Rights through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory. European and Theoretical Perspectives*, Oslo, 2004, págs. 35-51; reimpresso en: A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, 2006, págs. 15-29. Traducción al castellano de Pablo Larrañaga: «Teoría del discurso y derechos constitucionales», en: R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, págs. 47-70. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, en: A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales* (traducción del inglés de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs. 29-48. Traducción al portugués de Maria Cláudia Cachapuz: «Teoria do discurso e direitos fundamentais», en: Luís Afonso Heck (ed.), *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*, Porto Alegre, 2010, págs. 123-137.
- (30) «Los derechos constitucionales y el sistema jurídico» (traducción al castellano de René González de la Vega), en: R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, págs. 71-

88. Versión en inglés: «Constitutional Rights and Legal Systems», en: J. Nergelius (ed.), *Constitutionalism – New Challenges*, Leiden y Boston, 2008, págs. 3-15.
- (31) «Balancing, constitutional review, and representation», *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, núm. 3, 2005, págs. 572-581. Reimpreso en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 133-141. Traducción al castellano de René González de la Vega: «Ponderación, control de constitucionalidad y representación», en: R. Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, 2005, págs. 89-103; reimpreso en: P. Andrés Ibáñez y R. Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, 2006, págs. 1-18. Versión alemana: «Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation», en: M. Becker y R. Zimmerling (eds.), *Politik und Recht. Politische Vierteljahresschrift*, número especial 36, 2006, págs. 250-258. Traducción al portugués de Thomas da Rosa de Bustamante: «Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular», en: C. Pereira de Souza Neto y D. Sarmento (eds.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, 2007, págs. 295-304; y de Luís Afonso Heck: «Ponderação, jurisdição constitucional e representação», en: R. Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2007, págs. 155-166. Traducción al chino de Yan Zhang, en: *Beihang Law Review*, 2010, págs. 252-260.
- (32) «Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz», en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, 2007, págs. 105-121. Traducción al castellano de Rebecca Jowers, con revisión de Ricardo García Manrique: «Sobre los derechos constitucionales a protección», en: R. García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007, págs. 45-84; traducción al castellano de Daniel Oliver-Lalana: «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección», en: Gustavo A. Beade y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, págs. 349-384; reimpreso en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2011, págs. 119-135. Traducción al portugués de Artur Ferrari: «Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção», *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal*

- da Bahia*, núm. 17, 2008, págs. 339-357. Versión en inglés: «On Constitutional Rights to Protection», *Legisprudence*, núm. 3, 2009, págs. 1-17.
- (33) «Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona», en: R. Alexy y A. García Figueroa (eds.), *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 85-100. Reimpesión por Tirant lo Blanch, México, 2012. Versión en alemán: «Data und die Menschenrechte. Positronisches Gehirn und doppeltriadischer Personenbegriff», disponible en Internet en: <https://www.alexyn.jura.uni-kiel.de>.
- (34) «Die Konstruktion der Grundrechte», en: L. Clérico y J.-R. Sieckmann (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2009, págs. 9-19. Reimpreso en: *Förde Recht*, núm. 1, 2012, págs. 1-10. Traducción al chino de Yan Zhang, en: *Jurist*, núm. 5, 2009, págs. 28-34. Versión en inglés: «The Construction of Constitutional Rights», en: *Law and Ethics of Human Rights*, núm. 4, 2010, págs. 20-32. Reimpreso en: *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 91, 2012, págs. 465-477 y en R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 121-132. Traducción al castellano de L. Clérico y J.-R. Sieckmann: «La construcción de los derechos fundamentales», en: R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, 2010, págs. 19-37. Reimpreso en: L. Clérico, J.-R. Sieckmann y D. Oliver-Lalana (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada 2011, págs. 1-14 y en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 211-223. Traducción al portugués de Ana Paula Barbosa-Fohrmann: «A construção dos direitos fundamentais», en: R. Lobo Torres y A. P. Barbosa-Fohrmann (eds.), *Estudos de Direito Público e Filosofia do Direito. Um Diálogo entre Brasil e Alemanha*, Renovar, Río de Janeiro, 2011, págs. 281-296. Traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «A construção dos direitos fundamentais», en: R. Alexy, *Teoria discursiva do direito* (traducción, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Río de Janeiro, 2014, págs. 145-159; 3.<sup>a</sup> ed., Río de Janeiro, 2019, págs. 131-144. Traducción al portugués europeo de Paulo Pereira Gouveia: «A construção dos

- direitos fundamentais», *Direito & Política. Law and Politics*, núm. 6, 2014, págs. 38-48.
- (35) «The Reasonableness of Law», en: G. Bongiovanni, G. Sartor y C. Valentini (eds.), *Reasonableness and Law*, Kluwer, Dordrecht, Heidelberg, Londres y Nueva York, 2009, págs. 5-15. Traducción al ucraniano de Sergey Maksymov: «Rozumnist prava», *Filosofia prava i zagalna teoria prava*, núm. 2, 2013, págs. 229-239.
- (36) «Two or Three?», en: Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 119, 2010, págs. 9-18. Traducción al chino de Lei Lei, en: R. Alexy, *Law: The Institutionalization of Reason* (en chino, edición de Lei Lei), China Legal Publishing House, Pekín, 2012, págs. 207-222. Versión en alemán: «Zwei oder drei?», en: J. Stamm (ed.) *Festschrift für Helmut Rießmann*, Saarbrücken, 2013, págs. 3-15. Traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «Dois ou três?», en: R. Alexy, *Teoria discursiva do direito* (traducción, edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), Editora Forense, Río de Janeiro, 2014, págs. 225-238; 3.<sup>a</sup> ed., Río de Janeiro, 2019, págs. 203-214. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «¿Dos o tres?», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 225-236.
- (37) «Grundrechte und Verhältnismäßigkeit», en: U. Schliesky, C. Ernst, S. E. Schulz, *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, 2011, págs. 3-15. Traducción al chino de Yan Chen en: *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, págs. 209-220. Versión en inglés: «Constitutional Rights and Proportionality», *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, págs. 221-235. Reimpreso en: *Revus*, núm. 22, 2014, págs. 51-65. Traducción al castellano de Jorge Alexander Portocarrero Quispe: «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, págs. 11-29. Traducción al castellano de Renate Hoffmann: «Derechos fundamentales y proporcionalidad», en: Griselda Capaldo, Jan-R. Sieckmann y L. Clérico (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, págs. 183-197. Reimpreso en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 237-

250. Traducción al serbio de Bojan Spaić: «Ustavna prava i proporcionalnost», *Revus*, núm. 22, 2014, págs. 35-50. Traducción al portugués de Paulo Pereira Gouveia: «Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade», *O Direito*, núm. 146, 2014, págs. 817-834.
- (38) «Law, Morality, and the Existence of Human Rights», *Ratio Juris*, núm. 25, 2012, págs. 2-14. Reimpreso en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 51-63. Traducción al castellano de Alejandro Nava Tovar: «Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos», *Signos Filosóficos*, núm. 15, 2013, págs. 153-171.
- (39) «Rights and Liberties as Concepts», en: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, págs. 283-297.
- (40) «Die Struktur der Grundrechtsnormen», en: Ino Augsberg y Sebastian Unger (eds.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2012, págs. 254-270.
- (41) «The Existence of Human Rights», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 136, 2013, págs. 9-18. Reimpreso en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 142-153. Traducción al ucraniano de Sergiy Maksimov: «İsnuvannia prav liudyny», *Law of Ukraine* (edición en ucraniano), núm. 8, 2011, págs. 121-130. Traducción al ruso de Sergiy Maksimov: «Sushchestvovanie prav cheloveka», *Law of Ukraine* (edición en ruso), núm. 11-12, 2011, págs. 117-127. Traducción al portugués (parcial) de Carlos Luiz Strapazzon y Paulo Hahn: «A Existência dos Direitos Humanos», en: R. Alexy, N. Leandro Xavier Baez, H. Jörg Sandkühler y P. Hahn (eds.), *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*, Editora Unoesc, Joaçaba, 2013, págs. 67-75. Traducción completa al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno: «A Existência dos Direitos Humanos», en: R. Alexy, *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito* (edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba y Mônica Sette Lopes), Editoria Forense, Rio de Janeiro 2014, págs. 173-200. Traducción al chino de Cai Lin, publicada en: *Nanjing University Law Review*, 2013, p. 3-12. Traducción al castellano de Alfonso Ballesteros y José Antonio Seoane: «La existencia de los derechos humanos», en: R. Alexy, *La institucionalización de la justicia* (edición e in-



- roducción de José Antonio Seoane) 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, Comares, Granada, págs. 91-107.
- (42) «Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte», *Der Staat*, núm. 52, 2013, págs. 87-98.
- (43) «Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa» (traducción al castellano de Leonardo García Jaramillo), en: Juan Carlos Henao (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, págs. 47-64. Reimpreso en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 251-263. Traducción al portugués de Ana Margarida Gaudêncio y Luís Meneses do Vale: «Direitos Constitucionais e Fiscalização da Constitucionalidade», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, núm. 88, 2012, págs. 511-526. Traducción al japonés de Mitsuhiro Matsubara, publicada en: *The Horitsu Jiho*, número 87, cuaderno 3, 2015, págs. 60-67. Versión en inglés: «Constitutional Rights, Democracy, and Representation», *Rivista di filosofia de diritto. Journal of Legal Philosophy*, núm. 4, 2015, págs. 23-35. Reimpreso como: «Constitutional Rights and Constitutional Review», en: Kenneth Einar Himma y Bojan Spaić (eds.), *Fundamental Rights. Justification and Interpretation*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, págs. 63-74. Versión en alemán: «Grundrechte, Demokratie und Repräsentation», *Der Staat*, núm. 51, 2015, págs. 201-212.
- (44) «Princípios Formais» (traducción al portugués de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno), en: R. Alexy, *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito* (edición e introducción de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba y Mônica Sette Lopes), Editoria Forense, Rio de Janeiro 2014, págs. 3-36. Versión en inglés: «Formal principles: Some replies to critics», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 12, 2014, págs. 511-524. Reimpreso en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 175-189. Traducción al castellano de María Claudia Quimbayo Duarte: «Principios formales», *Doxa*, núm. 37, 2014, págs. 15-29. Reimpreso con una revisión del texto de Gonzalo Villa Rosas, en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 265-280. Traducción al castellano de Jorge A. Portocarrero Quispe: «Principios formales.

- Algunas repuestas a los críticos», en: Jorge Portocarrero (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Columbia, 2016, págs. 23-57.
- (45) «Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte», en: W. Ewer, U. Ramsauer, M. Reese y R. Rubel (eds.), *Methodik – Ordnung – Umwelt, Festschrift für Hans-Joachim Koch*, Berlín 2014, págs. 15-27. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «Um conceito não-positivista de direitos fundamentais», en: Luís Afonso Heck (ed.), *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*, Porto Alegre, 2015, págs. 9-25. Traducción al castellano de Alejandro Nava Tovar: «Un concepto no-positivista de derechos fundamentales», Suprema Corte de Justicia de la Nación (ed.), *Argumentación Jurisprudencial*, México, 2014, págs. 381-403. Traducción al castellano de Bibiana Erustes Camps —con revisión del texto de María Elósegui Itxaso—: «Un concepto no positivista del derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral», en: María Elósegui Itxaso (ed.), *Los principios y la interpretación jurídica de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2016, págs. 27-45. Versión en inglés: «A Non-Positivist Concept of Constitutional Rights», en: Massimo La Torre, Leone Niglia y Mart Susi (eds.): *The Quest for Rights. Ideal and Normative Dimensions*, Edward Elgar, Celtenham, 2019, págs. 13-26. Reimpreso en: *International Journal for the Semiotics of Law*, núm. 33, 2020, págs. 35-46.
- (46) «Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit», *Archiv für Öffentliches Recht*, núm. 140, 2015, págs. 497-513. Traducción al portugués de Rogério Luiz Nery da Silva: «A dignidade humana e a análise da proporcionalidade», en: N. Leandro Xavier Baez y R. Luiz Nery da Silva (eds.), R. Alexy, *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70. Aniversário de Robert Alexy*, Florianópolis, 2015, págs. 13-38. Traducción al castellano de Alfonso García Figueroa: «La dignidad humana el juicio de proporcionalidad», *Parlamento y constitución*, núm. 16, 2014, págs. 9-27. Traducción al castellano de María Claudia Quimbayo Duarte: «Dignidad humana y proporcionalidad», en: R. Alexy, *Dignidad humana y proporcionalidad*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2015, págs. 41-90. Reimpreso, con una revisión del texto por parte de Gonzalo Villa Rosas, en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y*

- el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 281-295. Traducción al rumano de Teodor Papuk: «Demnitatea umana și analiza proporționalității», *Noua Revista de Drepturile Omului*, núm. 4, 2017, págs. 85-97. Traducción al italiano de Federico Pedrini: «Dignità umana e proporzionalità», *Lo Stato*, núm. 6, 2018, págs. 13-30. Versión en inglés: «Human Dignity and Proportionality», en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 205-219.
- (47) «Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade», traducción al portugués de Rogério Luiz Nery da Silva, en: N. Leandro Xavier Baez y R. Luiz Nery da Silva (eds.), R. Alexy, *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70. Aniversário de Robert Alexy*, Florianópolis, 2015, págs. 165-178.
- (48) «The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2017), págs. 1-17. Reimpreso: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 235-252. Versión en alemán: «Die absolute und die relative Dimension der Grundrechte», en: Vlastimil Göttinger (ed.), *European Constitutionalism in the Context of Judicial Dialogue*, Praga, 2016, págs. 74-86. Traducción al italiano de: «Dimensione assoluta e dimensione relativa dei diritti costituzionali», *Analisi e diritto*, 2016, págs. 203-221. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 297-316.
- (49) «Proportionality and Rationality», en: Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, págs. 13-29. Reimpreso en: R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 220-234. Versión corta en inglés: «Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation», en: Jan-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Springer, Cham, 2021, págs. 1-10. Traducción del inglés al castellano de Juan P. Alonso y Julieta A. Rábanos, con una ampliación: «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad», en: Juan Pablo Alonso y Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (eds.), *Argu-*

- mentación, derechos humanos y justicia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, págs. 25-48. Reimpreso en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 333-349.
- (50) «Ideales Sollen und Optimierung», en: F. Salinger (ed.), *Rechtstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann*, Heidelberg, 2017, págs. 17-30. Traducción al portugués de «Rafael S. Glatzl: “Dever” ideal e otimização», en: Cláudia Toledo (ed.), *O pensamento de Robert Alexy como sistema*, Editora Forense, Río de Janeiro, 2017, págs. 7-28. Traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas: «El deber ser ideal y la optimización», en: R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (edición de Gonzalo Villa Rosas), Palestra, Editores, Lima, 2019, págs. 317-331. Versión en inglés: «Ideal ‘Ought’ and Optimization», en: R. Alexy, *Law’s Ideal Dimension*, Oxford, Oxford University Press, 2021, págs. 190-204.
- (51) «Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak», *International Journal of Constitutional Law*, núm. 16, 2019, págs. 871-879.
- (52) «Mart Susi’s internet balancing formula», *European Law Journal*, núm. 25, 2019, págs. 213-220. Traducción al portugués de Luís Afonso Heck: «A fórmula da ponderação na internet de Mart Susi», en: M. Susi y R. Alexy, *Proporcionalidade e internet* (edición de Luís Afonso Heck), Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2020, págs. 65-77. Traducción al castellano de Satoshi Yokodaido y Kodai Zukeyama, en: *Keio Media and Communications Research*, núm. 70, 2020, págs. 87-94.
- (53) «The Claim to Correctness, Rights, and the Ideal Dimension of Law: A Short Reply», *Ratio Juris*, núm. 33, 2020, págs. 283-290.
- (54) «Luigi Ferrajoli’s Two Objections to the Principles Theory of Constitutional Rights», en: *Leonardo Di Carlo* (eds.), *Bilanciamento e systema delle fonti*, Giappichelli Editore, Turin 2020, S, 19-26.

## 2. BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

A continuación, se relacionan las obras completas dedicadas al estudio de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. A ellas se suman incontables artículos y capítulos de libros en más de 20 idiomas

en los que esta obra es de una influencia notoria y que, hoy día, cualquier investigador puede encontrar mediante el uso de una base de datos.

- (1) A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Fundamental Rights through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory. European and Theoretical Perspectives*, Oslo, 2004, págs. 35-51; reimpresso en: A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, págs. 15-29. Versión en castellano: *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- (2) Jan-R. Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2007, págs. 105-121. Versión en castellano: *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- (3) G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart, Oxford y Portland, 2007.
- (4) L. Clérico, Jan-R. Sieckmann, D. Oliver-Lalana, C. Bernal Pulido (ed.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Comares 2010.
- (5) C. Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del Derecho: Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011.
- (6) M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford University Press, Oxford y New York, 2012.
- (7) Stanley L. Paulson, Alexandre T. G. Trivisonno y Júlio Aguiar de Oliveira, *Alexy's Theory of Law*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2015.
- (8) M. Borowski, S. Paulson y Jan-R. Sieckmann (eds), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, Tuubing, Mohr Siebeck, 2017.
- (9) J. Andrade Neto (ed), *Borrowing Justification for Proportionality. On the Influence of the Principles Theory in Brazil*, Nueva York, Springer, 2018.
- (10) Jan-R. Sickemann (ed), *Proportionality, Balancing, and Rights. Robert Alexy's Theory of Constitutional Rights*, Nueva York, Springer, 2021.



TEORÍA DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES

*Por*

ROBERT ALEXY





## **Prólogo**

La presente investigación fue presentada como trabajo de habilitación en la Facultad de Derecho de la Universidad Georg August de Gotinga. Quisiera expresar mi agradecimiento al profesor Dr. Ralf Dreier, quien propiciara la redacción de este trabajo y la acompañara críticamente, así como al juez del Tribunal Constitucional Federal profesor Dr. Hans H. Klein y al profesor Dr. Christian Starck. Reitero también mi agradecimiento a mi esposa por sus múltiples apoyos.

Gotinga, noviembre de 1985  
ROBERT ALEXY



## **Prólogo a la segunda edición en castellano**

La aparición de la traducción española de la *Teoría de los derechos fundamentales*, ahora en esta segunda edición completamente reelaborada, representa para mí una alegría especial. Me siento particularmente contento de que un científico de los derechos fundamentales tan sobresaliente, como Carlos Bernal, haya llevado a cabo esta tarea monumental. A él mi agradecimiento más profundo.

Kiel, octubre de 2007  
ROBERT ALEXY



## Prefacio a la tercera edición en castellano

La «Teoría de los derechos fundamentales» se publicó por primera vez en el año 1985. Sigo defendiendo mucho de lo que planteé en ese entonces. Principalmente, a pesar de las múltiples objeciones dirigidas en su contra, la distinción entre reglas y principios, así como la teoría amplia del supuesto de hecho.

Sin embargo, he de admitir que se han producido una serie de nuevos desarrollos en varios de sus aspectos. Ciertamente, de no haberse producido tales nuevos desarrollos, mi teoría no sería una teoría científica. Hay tres nuevos desarrollos de especial importancia: uno de tipo analítico, otro de tipo filosófico y otro tipo metodológico.

El nuevo desarrollo de tipo analítico se refiere a la ponderación en el marco del test de proporcionalidad. En el año 1985 planteé dos leyes de razonamiento: la *ley de colisión*<sup>1</sup> y la *ley de ponderación*<sup>2</sup>. En lo concerniente a la ley de colisión no he cambiado mi posición en lo más mínimo. Por el contrario, la ley de ponderación la he transformado en la *fórmula del peso*. Considero que la fórmula del peso es el elemento más importante en la evolución de mi teoría de los derechos fundamentales.

La ley de ponderación reza:

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro<sup>3</sup>.

La ley de ponderación se encuentra, con diferentes formulaciones, casi de manera ubicua en la jurisprudencia constitucional. Dicha ley expresa una característica central de la ponderación y tiene un gran significado

---

<sup>1</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden 1985, pág. 83-84.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pág. 146.

<sup>3</sup> *Ibid.*

práctico. Si se quiere lograr un análisis preciso y completo de la estructura de la ponderación, es necesario admitir que la ley de ponderación debe ser descrita con mayor detalle. El resultado de esta profundización es la fórmula del peso. Publiqué una primera formulación de la fórmula del peso en el año 2002 en el «*Postscript*» a la traducción inglesa de la «Teoría de los derechos fundamentales»<sup>4</sup>. Este «*Postscript*» se incluyó en la segunda edición de la traducción al castellano de la «Teoría de los derechos fundamentales» en el año 2007 como «*Epilogo*»<sup>5</sup>. La fórmula en aquel momento era innecesariamente complicada. Además, en los años siguientes se ha demostrado que puede incluso ser ampliada. Sin embargo, su núcleo se mantuvo y se mantiene firme. En un artículo publicado en alemán el año 2003, resumí este núcleo como sigue<sup>6</sup>:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Hasta el día de hoy, esta es la formulación estándar de la fórmula del peso.

La fórmula del peso define el peso de un principio  $P_i$  en un caso concreto, es decir, el peso concreto de  $P_i$  en relación con un principio contrapuesto  $P_j$  ( $G_{i,j}$ ), como el cociente, primero, del producto de la intensidad de la afectación en  $P_i$  ( $I_i$ ) y el peso abstracto de  $P_i$  ( $G_i$ ) y la

<sup>4</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford 2002, págs. 408-409, 419. La primera publicación de la fórmula del peso en su formulación inicial en idioma alemán se dio en el año 2001, cfr. *id.*, «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», en *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität Tokio* 17 (2001), págs. 69-83, 77. La primera publicación de la fórmula del peso en su formulación inicial en idioma castellano se dio en el año 2002, cfr. *id.*, «Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales», traducida al castellano por Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (2002), págs. 13-64, 41.

<sup>5</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, págs. 511-562.

<sup>6</sup> R. Alexy, «Die Gewichtsformel», en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Joachim Jickeli, Peter Kreutz y Dieter Reuter (eds.), De Gruyter, Berlin 2003, págs. 771-792, 790; *id.*, «The Weight Formula», traducción al inglés de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, en *Studies in the Philosophy of Law* 3, Krakow 2007, págs. 9-27, 25; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension*, Oxford University Press, Oxford 2021, págs. 154-74, 172; *id.*, «La fórmula del peso», traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, en *id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.ª ed., traducción al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, págs. 349-374, 371.

seguridad epistémica ( $S_i$ ) de las premisas empíricas o normativas sobre lo que significa la medida en cuestión para la no realización de  $P_i$ , y, segundo, del producto de los valores correspondientes a  $P_j$ , ahora en relación a  $P_j$ .

Hablar de cocientes y de productos presupone el uso de números. Esto nos lleva al problema del escalamiento o graduación. He propuesto una escala geométrica y discreta como escala estándar. Las escalas discretas se definen por el hecho de que no existen otros puntos entre los puntos que la componen. Se puede empezar a ponderar a partir del momento en que contemos con dos valores, como por ejemplo, leve y grave. En el derecho constitucional se suele utilizar una escala triádica, que trabaja con los valores leve ( $l$ ), moderado ( $m$ ) y grave ( $g$ ). Hay diferentes maneras de representar estos valores mediante números<sup>7</sup>. Si se escoge una progresión geométrica como  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , será posible mostrar que la fuerza de los principios crece de manera desproporcionada (*überproportional*) ante intensidades de afectación crecientes. Esta es la base de la respuesta a la objeción de que la teoría de los principios lleva a un inaceptable debilitamiento de los derechos fundamentales. Cuando el peso concreto ( $G_{i,j}$ ) de  $P_i$  es mayor a 1,  $P_i$  tiene prioridad ante  $P_j$ , si por el contrario este peso es menor a 1,  $P_j$  tiene prioridad ante  $P_i$ . Si empero el peso concreto ( $G_{i,j}$ ) es igual a 1, se produce un empate. En este caso está permitido tanto realizar la medida objeto de análisis como no realizarla. Esto significa que el Estado, en especial el legislador, tiene un margen de discrecionalidad a su disposición<sup>8</sup>. Este argumento es de gran relevancia para responder la objeción de que la teoría de los principios llevaría a una sobreconstitucionalización<sup>9</sup>.

En contra de la fórmula del peso se han dirigido numerosas objeciones. Muchas de ellas afirman que la argumentación jurídica no puede

---

<sup>7</sup> Cfr. Alexy, «Die Gewichtsformel» (nt. 6), págs. 783-387, *id.*, «La fórmula del peso», págs. 364-368.

<sup>8</sup> R. Alexy, «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 61 (2002), págs. 7-33, 22-26; *id.*, «Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, en *id.*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, págs. 41-92, 71-80.

<sup>9</sup> E.-W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik» en *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, págs. 159-199, 185-191; *id.*, «Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights», traducción al inglés de Thomas Dunlap y Ruth Zimmerling, en *Constitutional and Political Theory*, Mirjam Künkler y Tine Stein (eds.), Oxford University Press, Oxford 2017, págs. 234-265, 255-259.

expresarse mediante números. Estoy de acuerdo con la tesis de que la fundamentación no puede ser reemplazada por números. Ciertamente, la intensión de la fórmula del peso no es esta. Ella simplemente busca clarificar y precisar la estructura de la argumentación ponderativa. Ella tiene, por tanto, únicamente una función analítica. En este aspecto, existe un fuerte paralelismo entre la estructura lógica de la subsunción y la estructura matemática de la ponderación<sup>10</sup>. Ambas no determinan el contenido de la decisión, pero sí confieren orden al proceso argumentativo. Ese orden es una irrenunciable ganancia en racionalidad. Todo esto nos remite a cuestiones metodológicas, mismas que abordaré en la tercera parte de mis reflexiones dedicadas a los nuevos desarrollos de tipo metodológico de mi «Teoría de los derechos fundamentales».

Sin embargo, antes de eso, me gustaría discutir el nuevo desarrollo de tipo filosófico. En el primer capítulo de la «Teoría de los Derechos Fundamentales», describí mi teoría como una «teoría jurídica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental»<sup>11</sup>. Como punto de partida se encontraban los derechos fundamentales entendidos como derecho positivo<sup>12</sup>. Esto se corresponde con la fuerte tendencia analítica del libro. Las estructuras analíticas básicas de los derechos fundamentales pueden estudiarse a partir de cualquier sistema jurídico que cuente con derechos fundamentales. Cuanto mejor sea la institucionalización de los derechos fundamentales, más fácil y fructífero será el análisis. La entonces existente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ya contaba con treinta años de existencia, proporcionó material excepcional a mi análisis. A pesar de que reconozco que existe una dimensión filosófica de los derechos fundamentales junto a la dimensión analítica<sup>13</sup>, he querido separar estas dos dimensiones. En trabajos posteriores, sustituí esta tesis de la separación por la tesis de la conexión, la cual es un elemento esencial de mi teoría general de la doble naturaleza del derecho<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> R. Alexy, «On Balancing and Subsumption», en *Ratio Juris* 16 (2003), págs. 433-49, 448; *id.*, «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural», traducción al castellano de Miguel León Untiveros, en *Foro Jurídico* 9 (2009), págs. 40-48, 48.

<sup>11</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nt. 1), pág. 21.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>14</sup> R. Alexy, «The Dual Nature of Law» en *Ratio Juris* 23 (2010), págs. 167-182; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), págs. 36-50; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», traducción al castellano de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, en *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Carlos Bernal Pulido (ed.), Palestra, Lima 2011, págs. 29-58.



El punto de partida para la conexión entre el análisis jurídico y la reflexión filosófica lo constituye la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos humanos*. Los derechos fundamentales son derechos positivos, los derechos humanos no son derechos positivos. Como derechos no positivos, los derechos humanos se definen a través de cinco características: ellos son derechos, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales y, en cuarto lugar, abstractos, que, en quinto lugar, tienen prioridad por encima de todas las demás normas<sup>15</sup>. Los derechos fundamentales como derechos positivos están necesariamente conectados con los meramente morales, y por tanto no positivos, derechos humanos. Esta conexión consiste en que los derechos fundamentales son derechos que han sido positivizados en una constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo.

El primer problema que enfrenta esta tesis de conexión está relacionado con el concepto de intención. Una asamblea constituyente puede renunciar a incluir en la constitución un catálogo de derechos fundamentales. La *pretensión de corrección* juega un rol importante en este punto. La pretensión de corrección constituye la base de mi filosofía del derecho<sup>16</sup>. La corrección en el derecho implica justicia. No es posible encontrar una constitución en la que exista un enunciado del tipo:

X es una república soberana, federal e injusta.

Ciertamente, una república y un Estado pueden ser injustos. Y existen muchos ejemplos para esto, pero en todos los casos elevan una pretensión de corrección. Esta pretensión define la dimensión ideal del derecho.

Sin embargo, la pretensión de corrección tiene un lado formal, ya que por «corrección» puede entenderse distintas cosas. Ello no significa que todo pueda ser clasificado como correcto. Esto lleva a la pregunta de si los derechos humanos, *qua* derechos morales, son elementos necesarios de su contenido. Mi respuesta a esta pregunta es: sí. Esto presupone que los derechos humanos existen. Los derechos existen cuando son válidos. Los derechos humanos como derechos morales son válidos si es posible fundamentarlos, por tanto, la validez de los derechos hu-

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 178; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», pág. 50.

<sup>16</sup> R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 6.<sup>a</sup> ed., Alber, Karl Alber Verlag, Freiburg y München, 2020, págs. 64-70; *id.*, *El concepto y la validez del derecho*, traducción al castellano de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona 1994, págs. 41-45.

manos radica únicamente en su *fundamentabilidad*<sup>17</sup>. He intentado fundamentar la validez de los derechos humanos en dos artículos<sup>18</sup>. Debo admitir que no he conseguido elaborar una fundamentación perfecta. Una fundamentación perfecta sería una fundamentación objetiva y como, por ejemplo, ocurre en el teorema de Pitágoras o en la afirmación de que la luna es el único satélite de la tierra. Lo que sí es posible es una fundamentación que combine elementos objetivos con subjetivos. Esta es la fundamentación explicativa-existencial. Esta fundamentación se ajusta a las líneas kantianas, así como a ciertos elementos de la filosofía de Kierkegaard<sup>19</sup>. Una fundamentación objetiva-subjetiva no es la más óptima, pero es la mejor.

La posibilidad de una fundamentación objetiva-subjetiva tiene consecuencias de gran alcance para la interpretación de los catálogos de derechos fundamentales. La pretensión de corrección exige que se tengan en cuenta los derechos humanos *qua* derechos morales en la interpretación de la constitución jurídica positiva. Esto puede darse de varias formas<sup>20</sup>. Aquí sólo consideraré una de estas variantes. Se trata de añadir a los derechos fundamentales garantizados por la constitución un derecho fundamental que no figura en el catálogo escrito. Un ejemplo es la decisión Hartz IV del Tribunal Constitucional Federal de 2010, en la que el Tribunal añade otro derecho social fundamental, el derecho a un mínimo vital, al catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental que contiene explícitamente un único derecho social fundamental, a saber, el derecho de toda madre «a la protección y a la asistencia por

<sup>17</sup> Alexy, «The Dual Nature of Law» (nt. 14), pág. 178; *id.*, «La doble naturaleza del Derecho», pág. 50.

<sup>18</sup> Robert Alexy, «Menschenrechte ohne Metaphysik?» en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), págs. 15-24; *id.*, «¿Derechos humanos sin metafísica?», traducción al castellano de José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Sodero, en *id.*, *La institucionalización de la justicia*, José Antonio Seoane (ed.), 3.<sup>a</sup> ed. ampliada, Comares, Granada 2016, págs. 76-90. *id.*, «The Existence of Human Rights» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 136 (2013), págs. 9-18; *id.*, «La existencia de los derechos humanos», traducción al castellano de Alfonso Ballesteros y José Antonio Seoane, en *id.*, *La institucionalización de la justicia*, José Antonio Seoane (ed.), 3.<sup>a</sup> ed., ampliada, Comares, Granada 2016, págs. 91-107.

<sup>19</sup> Alexy, «The Existence of Human Rights» (nt. 18), pág. 18; *id.*, «La existencia de los derechos humanos», pág. 137.

<sup>20</sup> R. Alexy, «The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights» en *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), págs. 31-47, 35-36; reimpresso en *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), págs. 235-252, 238-239; *id.*, «La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales», traducción al castellano de Gonzalo Villa Rosas, en *id.*, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Gonzalo Villa Rosas (ed.), Palestra, Lima 2019, págs. 297-316, 300-302.

parte de la comunidad» [artículo 6 (4) de la Ley Fundamental de Bonn]. La fundamentación se basa principalmente en la dignidad humana<sup>21</sup>, la cual, conforme a la decisión sobre las viudas de guerra de 1951, si bien existía en la Constitución, no tenía la fuerza como para exigir «protección ante necesidades materiales»<sup>22</sup>. Aquí se puede hablar de un fortalecimiento de la interpretación de la dignidad humana, el cual es exigido por los derechos humanos *qua* derechos morales. Hasta aquí los nuevos desarrollos de tipo filosófico en mi «Teoría de los derechos fundamentales».

Por último, como ya he anunciado, llego al tercer aspecto, el nuevo desarrollo de tipo metodológico. En la tercera sección del décimo y último capítulo de la «Teoría de los derechos fundamentales», abordo en detalle la relación entre los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional y la teoría de la argumentación jurídica<sup>23</sup>. En el nuevo desarrollo de tipo filosófico, vinculo mi libro «Concepto y Validez del Derecho» con la «Teoría de los derechos fundamentales». Ahora se trata de vincular la «Teoría de los derechos fundamentales» con la «Teoría de la argumentación jurídica». En el décimo capítulo del libro, el vínculo adopta una configuración más bien general. En aquella época, la fórmula del peso aún no existía. En los últimos años, he tratado de precisar el vínculo entre la ponderación y la argumentación desde la perspectiva de la fórmula del peso.

Mi punto de partida es la frecuente objeción referida a que la fórmula del peso funciona con números. Esto sería posible si en el derecho existiesen instrumentos de medición, como los termómetros. Sin embargo, en derecho se trabaja con argumentos. Ciertamente, reconozco que no existe un «argumentómetro» equivalente al termómetro<sup>24</sup>. Pero esto no constituye un argumento en contra de la fórmula del peso. Hay dos tesis detrás de esta respuesta, la *tesis de la proposición* y la *tesis de la argumentación*. La tesis de la proposición, que también puede denominarse «tesis de la proposicionalidad», sostiene que los números, como

<sup>21</sup> BVerfGE 125,175 (222).

<sup>22</sup> BVerfGE 1, 97 (104).

<sup>23</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nt. 1), págs. 493-521.

<sup>24</sup> R. Alexy, «Proportionality and Rationality» en *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Vicki Jackson y Mark Tushnet (ed.), Cambridge University Press 2017, Cambridge, págs. 13-29, 22; reimpresso en: *id.*, *Law's Ideal Dimension* (nt. 6), 220-234, 228; traducción al castellano de Juan P. Alonso y Julieta A. Rábanos, en *id.*, «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad» en *id.*, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Gonzalo Villa Rosas (ed.), Palestra, Lima 2019, págs. 333-349, 343.

por ejemplo los números 1, 2 y 4 de la escala tríadica, representan tres proposiciones o enunciados diferentes. El número 1 representa la proposición «La interferencia al derecho es leve», el número 2 la proposición «La interferencia al derecho es moderada», el número 4 la proposición «La interferencia al derecho es grave». He llamado a estas frases «proposiciones clasificatorias»<sup>25</sup>. Las proposiciones clasificatorias, como las proposiciones en general, requieren una fundamentación. La racionalidad de la ponderación depende de si dichas proposiciones son susceptibles de ser fundamentadas.

Aquí es donde entra en juego la segunda tesis, la tesis de la argumentación. Dicha tesis sostiene que las afirmaciones sobre la intensidad de una intervención y el peso de las razones que la sustentan son susceptibles de una fundamentación racional. Se podría pensar que si lo que en última instancia importa es el peso de los argumentos, sería posible prescindir de las matemáticas de la fórmula del peso. Pero esto significaría renunciar al orden de los argumentos. Eso representaría una grave pérdida de racionalidad.

Resumiendo. La conexión de los nuevos desarrollos de tipo analítico, filosófico y metodológico de mi «Teoría de los derechos fundamentales», representa un paso hacia la consolidación de su racionalidad.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, pág. 22; *id.*, «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad», pág. 343.

## Introducción

Las preguntas acerca de qué derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a qué principios está sujeta la legislación estatal y qué es aquello que exige la realización de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes. Se convierten en problemas jurídicos cuando una Constitución —como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (LF)— establece que las normas de los derechos fundamentales, en tanto derecho de vigencia inmediata, vinculan a la legislación, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y somete esa vinculación a un control amplio por parte de un Tribunal Constitucional.

Al existir un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico que originan estos derechos es, sobre todo, un problema atinente a la interpretación de formulaciones del derecho positivo revestidas con autoridad. En este aspecto, este problema no se diferencia de los problemas interpretativos que se le plantean a la jurisprudencia en general. Si se echa una mirada a la discusión sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se percibirá que la polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquiere ciertamente un nuevo carácter, en virtud de la positivización de estos derechos como derecho de vigencia inmediata; pero, por ello, ni disminuye en agudeza ni pierde en profundidad.

Una razón para que ello sea así reside en la —a menudo descrita— textura abierta de las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales. Así, se habla de «fórmulas lapidarias y de disposiciones de principios que carecen en sí mismas de univocidad de contenido»<sup>1</sup>, de «lenguaje de

---

<sup>1</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, pág. 1529; cfr., además, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> edición, Berlín 1976, pág. 197, quien habla de «cláusulas generales lapidarias».

palabras clave»<sup>2</sup>, de una «aglomeración de cláusulas generales y conceptos de plastilina»<sup>3</sup>, de falta de «independencia conceptual»<sup>4</sup>, de «fórmulas vacías bajo las cuales es posible subsumir cualesquier estado de cosas»<sup>5</sup>. Ciertamente, hay que distinguir, en cada caso, entre aquellas disposiciones de derecho fundamental que son muy abiertas en su textura y las que lo son menos<sup>6</sup>, pero, en general, es verdad que el catálogo de derechos fundamentales, junto con las demás regulaciones materiales de la Constitución —sobre todo las disposiciones que se refieren a los fines y a la estructura del Estado— constituyen, en el sistema jurídico de la República Federal de Alemania, la «obra de regulación con la menor densidad regulativa»<sup>7</sup>.

Desde luego, la textura abierta como tal no logra explicar la intensidad de las discusiones acerca de los derechos fundamentales. Una disposición, por más abierta que sea en su textura, no provoca mayores discusiones, si existe un amplio consenso sobre la materia a la que ella se refiere. No obstante, si a la textura abierta se suma un profundo disenso acerca de los objetos de que se regulan, está ya entonces abonado el terreno para el surgimiento de una amplia polémica. Justamente esto es lo que sucede en el caso de los derechos fundamentales. El catálogo de derechos fundamentales regula con la máxima textura abierta, asuntos muy discutidos que parcialmente atañen a la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Esto se percibe con la mayor claridad en el caso de los conceptos de los derechos fundamentales a la dignidad, la libertad y la igualdad. Si a ellos se agregan los conceptos de los fines del Estado y los conceptos estructurales atinentes a la democracia, al Estado de derecho y al Estado social, se obtiene un sistema de conceptos que comprende las fórmulas centrales del derecho racional moderno<sup>8</sup>, que se extiende a su vez al principio

<sup>2</sup> H. Huber, «Über die Konkretisierung der Grundrechte» en *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für M. Imboden*, editado por P. Saldin/L. Wildhuber, Basilea/Stuttgart 1972, pág. 197.

<sup>3</sup> R. Dreier, «Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation» en: *Id., Recht - Moral - Ideologie*, Fráncfort del Meno 1981, pág. 112.

<sup>4</sup> W. Leisner, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tubinga 1984, pág. 5.

<sup>5</sup> K. D. Opp, *Soziologie im Recht*, Reinbek 1973, págs. 124, 232. Con respecto a la tesis de la fórmula vacía, cfr., además, E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 1, Reinbek 1973, págs. 25 ss., 117; E. Topitsch, «Die Menschenrechte» en *JZ* 1963, pág. 3 s.; G. Degenkolbe, «Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln» en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialphilosophie* 17 (1965), págs. 327 ss.

<sup>6</sup> Sólo más adelante interesará el hecho que, no sólo hay que distinguir entre disposiciones sobre derechos fundamentales más o menos vagas, sino también entre diferentes tipos de vaguedad.

<sup>7</sup> O. Bachof, «Diskussionsbeitrag» en *VVDStRL* 39 (1981), pág. 175.

<sup>8</sup> Cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, pág. 124. En tanto fórmulas centrales del

del Estado social que expresa las exigencias de los movimientos sociales de los siglos diecinueve y veinte. Estos siguen siendo conceptos fundamentales de la filosofía política. Al mismo tiempo, en la polémica de las ideologías, sirven como armas semánticas. Sobre todo a ellos se refiere la expresión «lucha por la Ley Fundamental»<sup>9</sup>.

Si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado e inestable. El hecho de que, en gran medida, ello no sea así, se debe esencialmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A lo largo de su praxis jurisprudencial de más de treinta años, ha ido introduciendo cada vez más precisiones dentro del amplio campo de lo que es posible según el texto constitucional. Los derechos fundamentales son lo que son hoy día, sobre todo a causa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales —a pesar de la controversia acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal<sup>10</sup>— ha devenido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.

Por cierto, la red de precedentes, cada vez más densa, le ha proporcionado a la polémica acerca de los derechos fundamentales<sup>11</sup> ciertos puntos fijos, pero no ha logrado restarle vivacidad. Esto no sólo se debe al gran número de antiguos problemas aún no solucionados, ni a los nuevos, que continuamente se añaden, ni tampoco sólo al hecho de que la ciencia de los derechos fundamentales pueda dudar de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, sino sobre todo al hecho de que justamente el Tribunal Constitucional Federal, con sus manifestaciones generales y, a menudo, ambiguas, provoca reiteradamente discusiones básicas sobre los derechos fundamentales. Ejemplos de este tipo de discusiones iniciadas por el Tribunal Constitucional son sus tesis acerca de un orden valorativo objetivo establecido en la sección sobre los derechos fundamentales, su afirmación acerca de la prioridad del ejercicio político de la libertad frente al ejercicio de la misma que está en exclusiva al servicio

---

derecho racional moderno, los conceptos expuestos se basan, a su vez, en tradiciones más antiguas. Cfr., por ejemplo, C. Starck, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie» en Lombardi Vallauri/G. Dilcher (comps.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Baden Baden/Milán 1982, págs. 814 ss., quien habla de la «chispa inicial bíblica antigua de la idea de la dignidad humana».

<sup>9</sup> Cfr. P. Römer (comp.), *Derecho Kampf um das Grundgesetz*, Fráncfort del Meno 1977; M. Kriele, «Das Grundgesetz im Parteienkampf» en *Id.*, *Legitimationsprobleme der Bundesrepublik*, Múnich 1977, pág. 131 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *infra* capítulo 10, III, 3.2.3.

<sup>11</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 7, 198 (205).

de intereses privados<sup>12</sup>, su interpretación de las disposiciones de los derechos fundamentales como garantía de «libertades institucionales»<sup>13</sup>, su suposición de que las normas sobre derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protección y hasta el deber de sancionar<sup>14</sup>, sus consideraciones acerca de los derechos de prestación que deben asegurar los presupuestos reales del ejercicio de los derechos de libertad<sup>15</sup>, y el contenido jurídico-procesal de los derechos fundamentales, que se enfatiza cada vez más en los últimos tiempos<sup>16</sup>. Estos ejemplos muestran que, en la imagen que el Tribunal Constitucional Federal traza de los derechos fundamentales, se combinan variados aspectos. Casi todas las posturas que se defienden en las disputas sobre los derechos fundamentales pueden invocar a su favor alguna decisión y/o alguna posición básica del Tribunal Constitucional Federal. Aun cuando en las discusiones sobre los derechos fundamentales se tratara únicamente de determinar lo que el Tribunal Constitucional ha decidido sobre lo que es válido en razón de estos derechos, sería siempre posible sostener concepciones muy diferentes frente a numerosas preguntas. A la textura abierta de las disposiciones que regulan los derechos fundamentales se suma, pues, la textura abierta de la jurisprudencia sobre los mismos. Es bien cierto que la jurisprudencia ha reducido en algo la textura abierta de las disposiciones que regulan los derechos fundamentales pero, en ningún caso, puede decirse que la haya eliminado.

Ante esta situación, la ciencia de los derechos fundamentales se enfrenta a la tarea de dar respuestas racionalmente fundamentadas a los problemas vinculados con los derechos fundamentales. Esta teoría de los derechos fundamentales intenta contribuir al cumplimiento de esta tarea. El primer capítulo informa sobre su contenido y su carácter. Por tanto, el primer capítulo puede leerse como una continuación de la Introducción. Aquí cabe tan sólo señalar que se trata de una teoría jurídica, es decir, de una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. No se trata, pues, de una filosofía de los derechos fundamentales, independiente del derecho positivo, ni tampoco de una teoría sociológica, histórica o politológica. Lo que puede esperarse de esta teoría puede caracterizarse —utilizando una terminología tradicional— como la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales. Su base la constituyen la teoría de los principios, expuesta en el tercer capí-

---

<sup>12</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 7, 198 (212); 42, 163 (170).

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 12, 205 (264); 31, 314 (326).

<sup>14</sup> BVerfGE 39, 1 (41 s.).

<sup>15</sup> Cfr., BVerfGE 33, 303 (331 ss.).

<sup>16</sup> Cfr., BVerfGE 37, 132 (148); 45 297 (322); 48, 292 (297 s.); 51, 150 (156).



tulo, y la teoría de las posiciones jurídicas básicas, elaborada en el cuarto capítulo. La teoría de los principios es una teoría de los valores depurada de suposiciones insostenibles. Habrá que mostrar que una dogmática adecuada de los derechos fundamentales no puede existir sin una teoría de los principios. Como consecuencia, uno de los objetivos de esta investigación es la rehabilitación de la teoría de los valores de los derechos fundamentales, tantas veces denostada. La teoría de las posiciones jurídicas básicas remite las múltiples relaciones iusfundamentales a posiciones y relaciones de tipo elemental y, de esta manera, permite construirlas con exactitud. Este es un presupuesto necesario de una dogmática clara de los derechos fundamentales. Esta teoría sigue el espíritu de la teoría del status de Jellinek que, con su ayuda, se precisará y refinará. Sobre la base de la teoría de los principios y de las posiciones, se tratarán algunos problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, a saber, la teoría del supuesto de hecho y de los límites, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad, los derechos de protección y los derechos a la organización y al debido proceso, los derechos sociales fundamentales y el efecto entre terceros o efecto horizontal de los derechos fundamentales. El capítulo final está dedicado al papel de los derechos fundamentales y de las normas sobre los derechos fundamentales en el sistema jurídico, como así también a la argumentación y a las decisiones acerca de los derechos fundamentales. Aquí habrá que mostrar que la positivización de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para todos los poderes del Estado, implica una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.

Es obvio que, dada la gran cantidad de preguntas vinculadas con los derechos fundamentales, aquí sólo es posible tratar algunas de ellas. Si se logra darles una respuesta correcta, es de esperar que ésta sea también útil para la solución de los problemas que aquí no se han considerado.



## Capítulo primero

# OBJETO Y TAREA DE UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. EL CONCEPTO DE UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Es posible formular teorías de tipos muy distintos sobre los derechos fundamentales. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales<sup>1</sup>, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación<sup>2</sup>, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social<sup>3</sup>, son sólo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos.

De lo que aquí se trata es de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales. El objeto y el carácter de esta teoría resultan de las tres características ya indicadas: primero, es una teoría de los *derechos fundamentales de la Ley Fundamental*; segundo, es una teoría *jurídica* y, tercero, una teoría *general*.

---

<sup>1</sup> Cfr., por ejemplo, los trabajos reunidos en R. Schnur (comp.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, especialmente los de G. Jellinek y E. Boutmy.

<sup>2</sup> De la época reciente cfr., por ejemplo, J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge/Mass. 1971, por una parte, y R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York 1974, por otra.

<sup>3</sup> Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2.<sup>a</sup> edición, Berlín 1974.

## 1. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido validez en el pasado (teorías histórico-jurídicas), así como de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre los derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania.

El hecho de que deba distinguirse entre estas teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, respectivamente, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental<sup>4</sup>. Una conexión con las teorías teórico-jurídicas se produce, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras de los derechos fundamentales que resultan posibles y necesarias, es decir, de una teoría general de las formas de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan validez significa que todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales han cobrado realidad. Como consecuencia, por una parte, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse de las perspectivas teórico-jurídicas, y por otra, puede contribuir a ellas por medio del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado.

## 2. UNA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Dista mucho de ser claro qué es lo que convierte a una teoría en una teoría dogmática y, por lo tanto, en jurídi-

---

<sup>4</sup> Con respecto a estas formas de interpretación, cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort del Meno 1978, págs. 293 s.

ca<sup>5</sup>. Parece obvio orientarse, ante todo, por aquello que realmente se practica como ciencia del derecho y se denomina «dogmática jurídica» o «jurisprudencia», es decir, por la ciencia del derecho en sentido estricto y propio<sup>6</sup>. Si se sigue esta vía, es posible diferenciar entre tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa<sup>7</sup>.

Dicho brevemente, la dimensión *analítica* trata de la exploración conceptual y sistemática del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y los límites a los derechos fundamentales y la del efecto entre terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, el llamado efecto de irradiación de los de-

---

<sup>5</sup> Con respecto al concepto de la dogmática jurídica, cfr. E. J. Thul, «Die Denkform der Rechtsdogmatik» en *ARSP* 46 (1960), págs. 241 ss.; Th. Viehweg, «Zwei Rechtsdogmatiken» en U. Klug (comp.), *Philosophie und Recht, Ftschr. für C. A. Emge*, Wiesbaden 1960, págs. 106 ss.; L. Raiser, «Wozu Rechtsdogmatik?» en *DRiZ* 1968, pág. 98; Fr. Wieacker, «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik» en R. Bubner/K. Cramer/R. Wiehl (comps.), *Hermeneutik und Dialektik, Ftschr. für H. G. Gadamer*, tomo 2, Tubinga 1970, págs. 311 ss.; J. Esser, «Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht» en *AcP* 172 (1972), págs. 97 ss.; del mismo autor, «Dogmatik zwischen Theorie und Praxis» en F. Baur *et al.* (comps.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Ftschr. für L. Raiser*, Tubinga 1974, págs. 517 ss.; K. Adomeit, «Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik» en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 503 ss.; H. Albert, «Erkenntnis und Recht» en *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), págs. 80 ss.; S. Simitis, «Die Bedeutung von System und Dogmatik» en *AcP* 172 (1972), págs. 131 ss.; W. Krawietz, «Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?» en *ÖZöR* 23 (1972), págs. 47 ss.; U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tubinga 1973; D. de Lazzer, «Rechtsdogmatik als Kompromissformular» en R. Dubischar *et al.* (comps.), *Dogmatik und Methode, Ftschr. für J. Esser*, Kronberg 1975, págs. 85 ss.; G. Struck, «Dogmatische Diskussionen über Dogmatik» en *JZ* 1975, págs. 84 ss.; E. v. Savigny/U. Neumann/J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich 1976; R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 51 ss., 85 ss., 109 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.<sup>a</sup> edición, Stuttgart 1973, págs. 205 ss.

<sup>7</sup> Con respecto a la tesis de la tridimensionalidad, cfr. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, págs. 10 ss., 51 ss., 88 s.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 308 ss. Aquí se relaciona la tesis de la tridimensionalidad con la dogmática jurídica. Sobre su utilización en el marco de la distinción entre teoría del derecho, sociología del derecho y filosofía del derecho, cfr. H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Friburgo/Munich 1981, págs. 13 ss., quien, por lo demás, dentro del marco de la dogmática jurídica establece la misma distinción propuesta aquí (*loc. cit.* págs. 16 s.). Cfr., además, M. Reh binder, *Rechtssoziologie*, Berlín/Nueva York 1977, págs. 5 ss., quien aplica la tridimensionalidad a la distinción entre filosofía jurídica, dogmática jurídica y sociología jurídica.

rechos fundamentales) y del fundamento de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble sentido: primero, en relación con el conocimiento del derecho positivo válido y, segundo, en relación con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica<sup>8</sup>, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuencialistas<sup>9</sup>. Aquí habrá de interesar sólo lo primero<sup>10</sup>.

Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivo válido tendrá que presuponer un amplio y polifacético concepto del derecho y de la validez. En la dimensión empírica no se trata tan sólo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y el pronóstico de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial<sup>11</sup>, la eficacia del derecho es también objeto de la dimensión empírica. Por lo tanto, el objeto de la dimensión empírica se extiende más allá de los conceptos de derecho y de validez del positivismo legislativo. Las razones para que ello sea así pueden apreciarse fácilmente, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. Debido a la textura abierta de las disposiciones que los establecen, poco es lo que se gana si sólo se conoce el derecho legislado. Incluso quien sostiene una concepción del concepto y de la validez del derecho acorde con el positivismo legislativo, cuando, como jurista, escribe un comentario sobre los derechos fundamentales o cuando, como abogado, asesora a un cliente en asuntos de derechos fundamentales o, como juez constitucional, fundamenta una decisión, no puede renunciar al conocimiento y a la consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Aquí puede dejarse sin responder la pregunta de cómo ha de construirse esto en cada caso, desde el punto de vista de las teorías de la validez y de las fuentes del derecho<sup>12</sup>. Basta constatar que

<sup>8</sup> Cfr. al respecto K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich 1971; G. Winters, «Tatsachenurteile im Prozess richterlicher Rechtssetzung» en *Rechtstheorie* 2 (1971), págs. 171 ss.; C. Starck, «Empirie in der Rechtsdogmatik» en *JZ* 1972, págs. 609 ss.; H. Rothleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Francfort del Meno 1973, págs. 205 ss.

<sup>9</sup> Cfr. H. J. Koch/H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, Munich 1982, págs. 227 ss.; Th. W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung*, Kronstein 1979.

<sup>10</sup> De lo que se trata es, pues, de una «teoría del derecho puramente empírica» en el sentido de Kant; cfr. *Metaphysik der Sitten* en *Kant's gesammelte Schriften* editadas por la Academia Real Prusiana de Ciencias, tomo VI, Berlín 1907/14, pág. 230.

<sup>11</sup> Cfr., a modo de ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edición, Viena 1960, págs. 212 ss.

<sup>12</sup> Cfr. al respecto *infra* Capítulo 10. III. 3.2.2.

existe un concepto amplio del conocimiento del derecho positivo válido, que no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas.

La caracterización de la segunda dimensión como «empírica» no implica que el conocimiento del derecho positivo válido se agote en el conocimiento de los hechos observables o que pueda ser reducido a ellos. Es un lugar común afirmar que *sólo* a partir de constataciones como aquella, en la que un número de personas reunidas en una sala, primero hablan y luego levantan la mano, no puede siempre inferirse la existencia de un derecho válido, cualquiera que sea el sentido que se dé a esta expresión<sup>13</sup>. Quien, sobre la base de estos hechos<sup>14</sup>, quiera formular enunciados sobre el derecho válido, tiene que interpretarlos a la luz de suposiciones que son las que hacen que estos hechos sean fuente de derecho<sup>15</sup>. Los detalles de este proceso de interpretación son objeto de discusión<sup>16</sup>. Lo único que aquí interesa es que su punto de partida son siempre hechos en un sentido empírico estricto. Esto justifica hablar de una «dimensión empírica».

En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple narración de aquello que puede identificarse en la dimensión empírica como derecho positivo válido, para llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial. Para ella es constitutiva la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. En todos los casos discutidos, la respuesta a esta pregunta incluye las valoraciones de quien da la respuesta<sup>17</sup>. En gran medida, la dogmática jurídica es un intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a problemas valorativos que han quedado sin resolver en el material autoritativo que ya existe. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor<sup>18</sup>. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, págs. 2 ss.

<sup>14</sup> Se trata de «brute facts» [«hechos brutos»] en el sentido de Searle, que deben ser distinguidos de los «institutional facts» [«hechos institucionales»], de los cuales la sanción de una ley es un ejemplo; cfr. J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, págs. 50 ss.

<sup>15</sup> Cfr. N. MacCormick, «Law as Institutional Fact» en *The Law Quarterly Review* 90 (1974), págs. 102 ss.; O. Weinberger, «Das Recht als institutionelle Tatsache» en *Rechtstheorie* 11 (1980), págs. 427 ss.

<sup>16</sup> Para un modelo del proceso de interpretación, cfr. A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik, «Grundlagen der juristischen Argumentation» en W. Krawietz/R. Alexy (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín 1983, págs. 13 ss.

<sup>17</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, págs. 17 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, págs. 31 ss., 53 ss., 261 ss.

<sup>19</sup> Cfr. *infra* Capítulo 10. III. 3.1.

El problema de la valoración se plantea, sobre todo, en la interpretación del material autoritativo, verificable de manera empírica, y cuando se trata de llenar sus lagunas. En esta medida, se puede hablar de un «*problema de complementación*». Al problema de la complementación se añade el *problema de la fundamentación*, en la medida en que para identificar el material autoritativo sea indispensable llevar a cabo valoraciones. En el ámbito del derecho constitucional, el problema de la fundamentación puede ser importante, por ejemplo, en el marco del problema de las llamadas normas constitucionales inconstitucionales<sup>20</sup> o al responder la pregunta atinente a la fuerza vinculante de los precedentes del Tribunal Constitucional Federal. En última instancia, el problema de la fundamentación está también vinculado con la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución<sup>21</sup>, aun cuando en relación con este aspecto no juegue casi ningún papel en la dogmática de los derechos fundamentales<sup>22</sup>.

En la historia de la ciencia del derecho —y, más aún, en la de las teorías sobre la ciencia del derecho—, suele variar la importancia de las tres dimensiones. Un ejemplo bien claro al respecto es el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses para llegar a la jurisprudencia de valores<sup>23</sup>. De cómo se determine la relación de las tres dimensiones depende lo que en cada caso se conciba como jurídico en sentido estricto y propiamente dicho. Para conseguir determinar esta relación, es necesario recurrir a un punto de vista comprensivo de las tres dimensiones. Un criterio de esta naturaleza es el carácter de la ciencia del derecho en tanto disciplina *práctica*. La ciencia del derecho, tal como se cultiva en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central es: ¿qué es lo debido en los casos reales o imagina-

---

<sup>20</sup> El problema de la fundamentación se percibe claramente cuando el Tribunal Constitucional Federal afirma que es concebible que el poder judicial que «fundamenta su autoridad no sólo externamente en la Constitución sino —de acuerdo con la esencia de su actividad— en cierta medida en la propia idea del derecho», examine «las normas constitucionales con la medida del derecho suprallegal, incorporado en la Constitución y presupuesto por ella» (BVerfGE 3, 225 (235)). Crítico y con numerosos ejemplos. Fr. Müller, *Die Einheit der Verfassung*, Berlín 1979, págs. 50 ss., 128 ss.

<sup>21</sup> Cfr. al respecto la teoría de las «underpinning reasons» [«razones de cimiento»] de MacCormick, en su *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, págs. 62 ss., 138 ss., 240 ss., 275 ss.

<sup>22</sup> En este contexto es instructiva la distinción de A. Peczenik entre justificación profunda y justificación suficiente en el contexto jurídico, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena/Nueva York 1983, págs. 1 s.

<sup>23</sup> Cfr. Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> edición, Gotinga 1967, págs. 433 ss., 574 ss.



rios? Esta pregunta se plantea en la ciencia del derecho desde una perspectiva que coincide con la del juez<sup>24</sup>.

Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas, ni que en ella se trate siempre directamente de la solución de casos concretos. Lo que significa es que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente a la ciencia del derecho y que, por más abstractos que puedan ser, los enunciados y teorías que se exponen en ella desde esta perspectiva, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos relativos al deber ser<sup>25</sup>.

Frente a las tres dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica resulta ser un principio unificador. Si la ciencia del derecho ha de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular a las tres dimensiones entre sí. Tiene que ser una disciplina integradora multidimensional: la vinculación de las tres dimensiones es una condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica.

Es fácil reconocer cuáles son las razones por las cuales ello es así. Para poder dar una respuesta a la pregunta de qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivo válido. El conocimiento del derecho positivo válido es una tarea de la dimensión empírica. El material autoritativo que puede recogerse en la dimensión empírica no es suficiente para fundamentar de una forma vinculante el juicio jurídico concreto de deber ser en todos los casos más o menos problemáticos. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. La claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia son presupuestos de la racionalidad de toda ciencia<sup>26</sup>. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuán importante es el papel de la dimensión analítica dentro

---

<sup>24</sup> Con respecto a la ciencia del derecho como una disciplina práctica en este sentido, cfr. Ph. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> edición, Tubinga 1932, pág. 3; H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Colonia/Opladen 1959, pág. 23; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 39 ss.

<sup>25</sup> Cfr. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.<sup>a</sup> edición, Heidelberg 1963, pág. 5.

<sup>26</sup> Con respecto al concepto de coherencia, cfr. N. Rescher, *The Coherence Theory of Truth*, Oxford 1973; del mismo autor, *Cognitive Systematization*, Oxford 1979; con respecto al papel de la coherencia en la ciencia del derecho, cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, págs. 176 ss.; A. Aarnio, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki 1933, pág. 191; N. McCormick, «Coherence in Legal Justification» en W. Krawietz/H. Schelsky/G. Winkler/A. Schramm (comps.), *Theorie der Normen, Festgabe für O. Weinberger*, Berlín 1984, págs. 37 ss.

del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que desee asumir su tarea de una manera racional.

La vinculación de las tres dimensiones en la orientación de la tarea práctica de la ciencia del derecho, constituye lo dogmático y, con ello, lo jurídico en sentido estricto. Si, sobre esta base, se define el concepto de teoría jurídica, entonces una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría adscrita al contexto de las tres dimensiones y orientada a la tarea práctica de la ciencia del derecho.

### 3. UNA TEORÍA JURÍDICA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA LEY FUNDAMENTAL

Una teoría general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestación. Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares. Esta distinción apunta al alcance de la teoría. El alcance de una teoría es un asunto de diferentes grados. De este modo, una teoría que se centra en los problemas comunes a todos los derechos de libertad es desde luego una teoría general pero es menos general que una teoría que trata los problemas que afectan a todos los derechos fundamentales.

Es difícil distinguir entre teorías generales y particulares cuando se trata de los derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad. En estos casos, ya el objeto mismo reviste generalidad. Con todo, también aquí puede distinguirse entre una teoría general de estos derechos, en cuanto derechos fundamentales de un determinado tipo, y una teoría particular que se ocupa de ciertos problemas singulares relativos a la interpretación de estos derechos.

## II. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integradora que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan formularse en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. Es posible referirse a una teoría semejante como

«teoría ideal de los derechos fundamentales». Toda teoría fácticamente existente —y, en este sentido, real— de los derechos fundamentales sólo puede ser una aproximación a este ideal.

La idea de una teoría integradora está expuesta a dos malentendidos. El primero consiste en creer que el postulado de la vinculación conduciría a una amplia y confusa mezcla de tanto-esto-como-aquello. Justamente lo contrario es lo que se persigue. De lo que se trata es de un sistema ordenado lo más claramente posible de enunciados generales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales. El segundo consiste en sostener que el programa integrador exige demasiado de la construcción teórica sobre los derechos fundamentales y hace aparecer injustamente a como insuficiente o carente de valor toda teoría existente sobre los derechos fundamentales que no sea amplia, a pesar de que sea verdadera o correcta. Sin embargo, éste tampoco es el caso. La concepción de una teoría integradora es una idea regulativa a la que la construcción de teorías sobre los derechos fundamentales puede aproximarse por las más diferentes vías. Toda teoría de los derechos fundamentales que contribuya a su realización es, en virtud de esta contribución, valiosa. Considerar que una teoría carece de valor porque no alcanza plenamente el ideal significaría desconocer el carácter del programa integrador como idea regulativa. Para realizar en la mayor medida posible *la* teoría de los derechos fundamentales (en el sentido de la teoría ideal), hay que reunir muchas teorías verdaderas o correctas de los derechos fundamentales. Naturalmente, es necesario evaluar dichas teorías según su contribución a la teoría ideal.

A la luz de estas observaciones, es instructivo echar una mirada a las teorías que en la literatura actual son llamadas «teorías de los derechos fundamentales». El resumen más influyente es el de Böckenförde. Él distingue cinco teorías: «la teoría liberal de los derechos fundamentales o teoría de los derechos fundamentales en el Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social»<sup>27</sup>. Más adelante se analizará el estatus de estas teorías<sup>28</sup>. Aquí interesa tan sólo su «función como idea normativa rectora para la interpretación», puesta de relieve por

---

<sup>27</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, pág. 1530; de manera similar, K. Kröger, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, Baden Baden 1978; cfr., además, M. Kloepfer, *Datenschutz als Grundrecht*, Kronsstein 1980, pág. 20; E. Schnridt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung*, Gotinga 1979, págs. 63 ss.

<sup>28</sup> Cfr. *infra* Capítulo 10. III. 3.2.3.

Böckenförde<sup>29</sup>. Desde *este* punto de vista, en las teorías presentadas se trata de concepciones básicas del tipo más general acerca del fin y la estructura de los derechos fundamentales.

Sobre las teorías de los derechos fundamentales que tienen la forma de concepciones fundamentales del tipo más general pesan dos problemas. El primero resulta de su carácter abstracto<sup>30</sup>. Por definición, no son teorías elaboradas en las tres dimensiones. Por lo pronto, no ofrecen más que hipótesis que pueden orientar la elaboración de una teoría amplia. En caso de que se confirmen estas hipótesis, ellas pueden adoptar el carácter de la suma más general de las teorías elaboradas. Por lo tanto, las teorías de los derechos fundamentales que adoptan la forma de concepciones básicas del tipo más general no pueden sustituir a una elaborada teoría de los derechos fundamentales; tan sólo pueden constituir su punto de partida y, posiblemente, su punto de llegada.

El segundo problema es más grave. Si se toma cada una de las teorías presentadas en sí misma, se verá que cada una expresa *una* tesis básica. Es posible denominar «teoría de un solo punto» a una teoría que pretende remitir los derechos fundamentales a una tesis básica. Un candidato de teoría de un solo punto de los derechos fundamentales, que no aparece en la lista de Böckenförde, es la tesis según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales<sup>31</sup>. Todo habla a favor de la suposición de que los derechos fundamentales no pueden ser concebidos adecuadamente sobre la base de una teoría de un solo punto, cualquiera que ella sea. Más adelante en esta investigación se expondrá la confirmación de esta suposición. Aquí sólo se aducirá como razón la consideración general según la cual, sería muy sorprendente que justamente los derechos fundamentales pudieran ser remitidos a un único principio, dada la variedad y complejidad de aquello que regulan y la experiencia de que en preguntas prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí. Una excepción vale tan sólo para las teorías de un solo punto con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana<sup>32</sup>. Desde luego, ésta no es una ver-

---

<sup>29</sup> E. W. Böckenförde, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation» en *NJW* 1976, pág. 2096; de manera similar K. Kröger, *loc. cit.*, pág. 11: «horizonte decisivo para la interpretación de los derechos fundamentales».

<sup>30</sup> Cfr. al respecto J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, pág. 5.

<sup>31</sup> Cfr. con numerosas referencias, H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrenrs Garantien*, Baden-Baden 1931.

<sup>32</sup> Cfr., además, fórmulas como las de W. Schmidt, «Grundrechtstheorien im Wandel der Verfassungsgeschichte» en *Jura* 1983, pág. 180, según el cual la protección «de la li-

dadera excepción pues estas teorías de un grado máximo de abstracción no son en realidad teorías de un solo punto. Dentro de sus marcos tienen cabida las más diversas teorías de los derechos fundamentales como las que aquí se han mencionado.

Lo opuesto a la teoría de un solo punto es una *teoría combinada*. Una teoría combinada es la que subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que recurre a todas las concepciones básicas aquí mencionadas<sup>33</sup>. Es sostenida, además, por los numerosos autores que predicán la existencia de varias funciones<sup>34</sup>, aspectos<sup>35</sup>, o fines<sup>36</sup> de los derechos fundamentales. En contra de una teoría combinada surge de inmediato la objeción de que ella no representa una teoría que pueda guiar las decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino sólo una colección de tópicos sumamente abstractos de los cuales es posible valerse como se desee. Justo en este sentido, Böckenförde objeta al Tribunal Constitucional Federal que se apoye «alternadamente en diferentes teorías de los derechos fundamentales como punto de partida de sus interpretaciones, sin que en esta alternancia pueda reconocerse ningún sistema»<sup>37</sup>. Esta objeción es correcta en el sentido de que poco puede hacerse con una teoría que consiste, en lo esencial, en una lista de suposiciones básicas muy generales acerca de los fines y las estructuras de los derechos fundamentales. Ello es así, no sólo debido al grado de abstracción de las teorías que se reúnan sino, sobre todo, debido a que ellas pueden entrar en colisión entre sí de variadas formas en los casos concretos<sup>38</sup>.

Si existiera sólo la alternativa de una teoría de un solo punto o una combinación indeterminada de suposiciones básicas abstractas y que fácilmente pueden entrar en colisión, la teoría de los derechos fundamentales se encontraría realmente frente a un dilema. Sin embargo, esta alternativa no agota en modo alguno las posibilidades de construcción de teo-

---

bertad de decisión del individuo entre dominación estatal y poder social» debe ser el punto central de una moderna teoría de los derechos fundamentales.

<sup>33</sup> Cfr., por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (337): teoría liberal; BVerfGE 12, 205 (259 ss.): teoría institucional; BVerfGE 7, 198 (205): teoría axiológica; BVerfGE 42, 163 (170): teoría democrática; BVerfGE 33, 303 (330 ss.): teoría del Estado social; BVerfGE 53, 30 (64 s.): teoría del procedimiento.

<sup>34</sup> Cfr. E. Stein, *Staatsrecht*, 8.ª edición, Tubinga 1982, págs. 250 ss.; E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, Reinbek 1979, pág. 138; A. Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Colonia/Berlin/Bonn/Munich 1979, págs. 155 ss.

<sup>35</sup> Cfr. P. Haberle, «Grundrechte im Leistungsstaat» en *VVDStRL* 30 (1972), pág. 75.

<sup>36</sup> Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, págs. 336 ss.

<sup>37</sup> E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», págs. 1536 ss.

<sup>38</sup> Cfr. E. Denninger, *Staatsrecht*, tomo 2, pág. 182.

rías sobre los derechos fundamentales. La insuficiencia de ambas versiones muestra únicamente que la teoría de los derechos fundamentales no debe quedarse en la superficie de las suposiciones básicamente generales, sea en forma de una teoría de un solo punto o en forma de una teoría combinada. La teoría combinada expresa atinadamente que hay que tomar en cuenta una pluralidad de puntos de vista. No obstante, para poder controlarlos, es indispensable disponer de un modelo que proporcione algo más que una enumeración que en definitiva no resulta vinculante. La tarea de una teoría integradora consiste en elaborar un modelo de este tipo.

### III. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO TEORÍA ESTRUCTURAL

El camino hacia una teoría integradora adecuada pasa por una teoría estructural de los derechos fundamentales. Una teoría estructural —en cuando parte de una teoría integradora— es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no una teoría analítica pura, porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, la de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la de la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre considerando las tareas prácticas de una teoría integradora. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Se orienta por la pregunta acerca de la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter analítico-normativo.

Una teoría estructural tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integradora de los derechos fundamentales, sino también la base y el marco para todo lo demás. Para ello hay varias razones. La claridad analítico-conceptual es una condición elemental de racionalidad de toda ciencia. En las disciplinas prácticas que la experiencia empírica sólo controla muy indirectamente, este postulado tiene una importancia aún mayor. Esto es válido en especial para el ámbito de los derechos fundamentales, que está caracterizado en mucha menor medida por tradiciones analíticas que, por ejemplo, el ámbito del derecho civil, y que está expuesto a influencias ideológicas en una medida mucho mayor.

La dogmática de los derechos fundamentales, como disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de concretos juicios de deber ser concernientes a los derechos fundamentales. La

racionalidad de la fundamentación exige que el camino que conduce desde las disposiciones de los derechos fundamentales hasta los juicios concretos de deber ser concernientes a estos derechos, sea accesible, en la mayor medida posible, a controles intersubjetivos. Sin embargo, esto presupone tener claridad acerca de la estructura de las normas de derechos fundamentales, así como sobre todos los conceptos y formas de argumentación relevantes para la fundamentación de derecho fundamental. En modo alguno puede decirse que ya exista suficiente claridad sobre estos aspectos. Si se echa una mirada a la caracterización teórico-estructural de los derechos fundamentales y de las normas de derechos fundamentales que se encuentra en la jurisprudencia y en la literatura, se obtiene es una imagen casi desconcertante. Incluso una constatación, tan simple a primera vista, como la que sostiene que los derechos fundamentales son, por una parte, «derechos individuales» y, por otra, «principios objetivos»<sup>39</sup>, si se observa más de cerca, plantea problemas. ¿Qué se quiere decir con «objetivo» y con «principio»? La apariencia de que no existen problemas decrece no cuando se adscriben «derechos de defensa» a las disposiciones de derechos fundamentales, sino también «derecho de participación» o «autorizaciones para participar»<sup>40</sup>. Y, ¿qué se quiere decir cuando, a veces, se habla de «poder jurídico»?<sup>41</sup> Asimismo, existen ciertas dificultades especiales que están vinculadas con ciertas paráfrasis de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que se agrupan alrededor del concepto de valor. Ejemplos de ello son: «norma básica decisiva valorativa»<sup>42</sup>, «decisión valorativa»<sup>43</sup>, «decisión valorativa jurídico-objetiva»<sup>44</sup>, «contenido valorativo»<sup>45</sup>, «valores constitucionales»<sup>46</sup> y «valor conformador de la comunidad»<sup>47</sup>. No puede soslayarse la numerosa cantidad de términos que no pertenecen a la familia de los valores, tales como «principios de orden social»<sup>48</sup>, «directrices»<sup>49</sup>, «impulsos»<sup>50</sup>, «principios estructurales»<sup>51</sup>, «principios fundamentales»<sup>52</sup>, «nor-

---

<sup>39</sup> BVerfGE 50, 290 (337).

<sup>40</sup> BVerfGE 35, 79 (112, 128, 115).

<sup>41</sup> BVerfGE 24, 367 (396).

<sup>42</sup> BVerfGE 6, 55 (71); 35, 79 (112); 39, 1 (47).

<sup>43</sup> BVerfGE 27, 195 (201).

<sup>44</sup> BVerfGE 49, 89 (142).

<sup>45</sup> BVerfGE 7, 198 (208); 27, 104 (109).

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 202 (225).

<sup>47</sup> BVerfGE 12, 45 (54).

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 198 (215).

<sup>49</sup> BVerfGE 39, 1 (41).

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> BVerfGE 31, 58 (69).

<sup>52</sup> BVerfGE 31, 58 (70).

ma rectora»<sup>53</sup>, «norma-pauta»<sup>54</sup>, «pautas»<sup>55</sup>, «postulados»<sup>56</sup>, «tareas»<sup>57</sup> y «deber de protección»<sup>58</sup>. La variedad terminológica de la jurisprudencia es superada todavía por la literatura. Así, para mencionar sólo un ejemplo —cuya repetición es por cierto notable pero, por lo demás, en modo alguno atípica— Scheuner en *un* artículo<sup>59</sup> utiliza con respecto a los derechos fundamentales, entre otras, las siguientes 21 expresiones con connotaciones teórico-estructurales: «garantías de libertad», «principios de conformación social», «elementos de ordenación social»<sup>60</sup>, «principios constitucionales», «límites» (de la libertad de conformación del legislador), «objetivo», «tarea», «directriz obligatoria»<sup>61</sup>, «principios y determinaciones de su contenido institucional-funcional», «principios»<sup>62</sup>, «determinaciones objetivas», «marco», «libertades de derecho fundamental», «objetivos de derecho fundamental»<sup>63</sup>, «participación»<sup>64</sup>, «derechos sociales», «disposiciones de los fines del Estado», «concepciones de fines», «vinculación a fines», «tareas legislativas» y «directrices»<sup>65</sup>.

Sobre el trasfondo de estas enumeraciones adquiere especial importancia la frase de Hohfeld: «in any closely, reasoned problem, whether legal or non legal, chameleon-hued words are a peril both to clear thought and to lucid expression»<sup>66</sup> [«en todo problema razonado de cerca, sea jurídico o no, palabras de tintes camaleónicos son un peligro tanto para el pensamiento claro como para la lúcida expresión»]. Si no existe claridad acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de las normas de derecho fundamental, no es posible alcanzar claridad en la fundamentación de derecho fundamental. Lo correspondiente es válido para todos los conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales. Tesis dogmáticas como las que afirman que «la libertad no es una liber-

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> BVerfGE 21, 73 (85).

<sup>55</sup> BVerfGE 42, 143 (148).

<sup>56</sup> BVerfGE 35, 79 (114).

<sup>57</sup> BVerfGE 35, 321 (331).

<sup>58</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>59</sup> U. Scheuner, «Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit» en *DÖV* 1971, págs. 505 ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 506.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág. 507.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 508.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 510.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 512.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pág. 513.

<sup>66</sup> W. N. Hohfeld, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning» en *Id.*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, New Haven 1923, pág. 35.