

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REGLAS Y COMO PRINCIPIOS

*Constitutional Rights as Rules and as Principles**

Michaela PETERS**

Sumario:

I. Reglas y principios II. Críticas inherentes al sistema III. La crítica sistémica trascendental IV. Resumen. V. Bibliografía.

Resumen: Robert Alexy ha publicado su segunda edición de la “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Como punto central y de partida de su tesis se encuentra la diferenciación categórica entre derechos fundamentales como reglas y como principios. Los primeros son caracterizados como normas definitivas que solamente pueden ser satisfechas o no serlo, los segundos son mandatos de optimización que tienen que ser satisfecho en el grado más alto posible y cuya forma característica de aplicación es la ponderación de diferentes principios. Este intento de sistematización no solamente ocasiona efectos en la terminología jurídica, pero también en la claridad y fuerza vinculante de los derechos fundamentales, los métodos jurisdiccionales de determinación y la Constitución como un todo, particularmente, la relación entre el parlamento y la ley constitucional. Elementos y evaluaciones desde la moral ganan influencia en consecuencia del incremento del peso, apoyado por el punto de vista no-positivista por Alexy. El contenido desbordado de los derechos fundamentales conduce a una menor importancia de la legislación federal y se vuelve la fuente de su deducción. El balance entre el legislativo y la judicatura podría quedar en peligro debido al amplio contenido de los derechos fundamentales concedido por el Tribunal constitucional para limitar la mayoría del derecho ordinario —en otras palabras: el legislador puede ser controlado completamente.

Palabras clave: reglas, principios, ponderación, proporcionalidad, no positivismo.

Abstract: Robert Alexy recently published the second edition of the “Theorie der Grundrechte”. Starting and central point of his treatise is a categorial differentiation between basic rights as rules and principles. The former are characterized as definitive norms that only can or can not be fulfilled, the latter as orders of optimization that have to be fulfilled in a degree as high as possible and which characteristic way of application is the weighing of different principles. This attempt of systematization not only causes effects on legal terminology but on the clarity and binding force of basic rights, the juridical methods of determination and the Constitution as a whole, particularly the relation between the parliamentary and the constitutional law. Moralizing elements and evaluations gain influence in consequence of increased, supported by Alexys non-positivistic point of view. The inflated content of the fundamental rights leads to less importance of the federal

* Traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán. Texto original publicado en alemán como: Peters, Michaela, “Grundrechte als Regeln und als Prinzipien”, *Zeitschrift für öffentliches Rechts (ZÖR)*, Austria, Springer, 1996, pp. 159-182. Se traduce y reproduce con permiso expreso de la editorial. Revisión técnica a cargo de Francisco M. Mora Sifuentes.

legislation and becomes the source for its deduction. The balance between the legislative and the judicative might be put out of joint because extended basic rights enable the Constitutional Court to check most of the common law—in other words: the legislator can be controlled completely.

Keywords: *rules, principles, balancing, proportionality, non-positivism.*

I. Reglas y principios

Sin las categorías de reglas y principios en el ámbito de los derechos fundamentales no puede existir ni una teoría de las restricciones ni una teoría satisfactoria de las restricciones y mucho menos una teoría suficiente sobre el papel de los derechos fundamentales en el sistema jurídico alemán. La distinción constituye además un punto de partida para la respuesta a la pregunta relativa a la posibilidad y las limitaciones de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales¹. Esto es una pretensión y una promesa al mismo tiempo, las cuales conecta Robert Alexy con la división categórica de los derechos fundamentales en reglas y principios². El hecho de que se ha publicado ya la segunda edición de la *Teoría de los derechos fundamentales* ejemplifica cuanta popularidad ha alcanzado—desde la publicación en el año 1984— el intento de sistematización del académico de Kiel. Así, mientras tanto, se ha vuelto incalculable el número de autores que hacen referencia a la teoría de Alexy. De la misma manera, muy frecuentemente se recurre a la distinción teórico-estructural de reglas y principios, lo cual no asombra, después de todo, pues constituye tanto el punto de partida como el punto central de la teoría de los derechos fundamentales.

A. Definiciones

Ahora bien, ¿qué son los principios y las reglas?, ¿qué es lo que las diferencia? Y ¿cómo se clasifican los derechos fundamentales en estas categorías?

1. Reglas

Las reglas se tratan de normas que “siempre pueden solamente cumplirse o no”³. Si se presentan los requisitos exigidos por estas, de esta manera, los mandatos, prohibiciones, permisos y habilitaciones resultantes son definitivos; es decir, absolutos y concluyentes. Por ello, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de las posibilidades fácticas y jurídicas. “Estas pueden... ser descritas de manera sencilla como mandatos definitivos. La forma característica de

¹ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 71.

² Junto a este se ocupan también con este tema, ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1975, pp. 50 y ss.; LARENZ, Karl, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtstechnik*, Múnich, C.H. Beck, 1979, pp. 23 y ss.; LARENZ, Karl, *Methodenlehre*, Heidelberg, Springer, 1991, pp. 421 y ss. En Reino Unido véase DWORKIN, Ronald, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1984 (Texto original en: *Taking rights seriously*, Londres, 1978), quien desarrolló las categorías de reglas (*rules*) y principios (*principles*). Alexy se refiere a este en varias partes de su trabajo.

³ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 76. Una definición casi similar emplea PECZENIK, Aleksander, “Legal rules and moral principles”, *Rechtstheorie*, no. 11, 1991, p. 151: “Así, las reglas establecen una frontera entre la obligatoriedad y la no obligatoriedad, lo prohibido y lo permitido”.

su aplicación es la subsunción”⁴. Como ejemplo de una regla dispuesta de manera directa en el texto de la Constitución, Alexy aduce únicamente el art. 103, párr. 2 de la Ley Fundamental⁵: O bien, se determina la punibilidad del acto y entonces se cumple la regla, o no se hace⁶.

2. Los principios

Por el contrario, los principios son, siguiendo la teoría estricta de la separación⁷, de una estructura lógica totalmente distinta. Estos no se cumplen fácilmente, porque no contienen ningún mandato definitivo. Más bien, exigen solamente que “algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”⁸. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina a través de las reglas y principios contrarios⁹. La palabra clave en este contexto es el concepto de mandato de optimización, que a tal efecto caracteriza a los principios, ya que pueden cumplirse en diferentes grados. De acuerdo con la perspectiva de Alexy, el carácter mostrado por los principios de las normas de derechos fundamentales hace implícito el principio de la proporcionalidad: “Sus primeras dos gradas, es decir, la grada de idoneidad y la grada de necesidad, surgen de la dependencia de la medida de cumplimiento exigida de las posibilidades fácticas... El principio de proporcionalidad en sentido estricto se deja deducir de la relativización de las posibilidades jurídicas”¹⁰. Los principios presentan similitudes estructurales, en lo que se refiere a su relatividad, respecto de los valores. No obstante, a diferencia de los últimos, los principios dicen solamente lo que es debido *prima facie* y no lo que es bueno *prima facie*. De esta manera, la distinción consiste en el carácter deontológico de los principios, por un lado, y el carácter axiológico de los valores, por el otro. Con excepción del art. 103, párr. 2 de la Ley Fundamental, todos los derechos fundamentales poseen el carácter de principios. Alexy señala como ejemplo, el derecho a la integridad física (art. 2, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental)¹¹ o la libertad de información por radio, televisión y cinematografía (art. 5, párr. 1, enunciado 2 de la Ley Fundamental)¹². La misma dignidad humana (art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental) es definida como una norma de derecho fundamental con el carácter de un principio¹³.

B. Los criterios de distinción

Si se quiere implementar la división en principios y en reglas, se necesitan los criterios de distinción que ofrezcan la explicación de si en un caso concreto se encuentra uno frente a un prin-

⁴ ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Múnich, Alber, 1992, p. 120; ALEXY, Robert, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995, p. 268.

⁵ Conforme al art. 103, párr. 2 de la Ley Fundamental puede ser punible hecho, cuando la punibilidad estaba fijada legalmente antes de que cometiera el acto.

⁶ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 92 y 93.

⁷ ALEXY, Robert, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 183 y 184, bajo referencia a Dworkin.

⁸ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 75; ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts...*, cit., p. 120

⁹ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 76; ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts...*, cit., 120. También definido en este sentido en PECZENIK, Aleksander, *op. cit.*, p. 151: “Un principio establece un ideal. El ideal puede ser realizado hasta cierto grado, más o menos”.

¹⁰ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 54.

¹¹ *Ibidem*, p. 81.

¹² *Ibidem*, p. 85.

¹³ *Ibidem*, p. 95.

cipio o una regla. El criterio de distinción más importante es el comportamiento divergente de colisión de las dos categorías.

1. Las colisiones entre principios

Los principios colisionan “cuando de acuerdo con un principio algo está prohibido y conforme a otro lo mismo está permitido”¹⁴. Exactamente se trata de tales casos, según Alexy, cuando el Tribunal Constitucional Federal Alemán efectúa ponderaciones de bienes.¹⁵ Igualmente, no se trata así de una cuestión de validez, porque los dos principios podrían reclamar tal validez. Incluso, cuando en un caso concreto, un principio cede, esto no implica su expulsión del ordenamiento jurídico. Entonces, se trata únicamente de la cuestión acerca del peso correcto y, por ello, de la relación de prelación en el caso concreto. Respecto a la precisión del peso entre los principios en colisión, Alexy establece una ley de colisión. Después, el conflicto es solucionado a través de “la ponderación de los intereses en colisión. En esta ponderación se trata de a cuál de los intereses abstractos de mismo rango le corresponde el mayor peso en el caso concreto”¹⁶. Con vista en las circunstancias del caso, se determina una relación de prelación entre los principios, la cual también puede ser decidida de manera distinta bajo otras circunstancias¹⁷. “El establecimiento de la prelación condicionada consiste en que, bajo referencia de las condiciones dadas por el caso y con respecto a estas, un principio tiene prioridad frente otro”¹⁸. De tal modo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha decidido que, por ejemplo, en el caso Lüth, el derecho de libertad de expresión debe ceder si se han lesionados intereses de alto rango de especial protección a través del ejercicio de la libertad de expresión¹⁹. En este caso, se debe ponderar concretamente entre las diferentes situaciones jurídicas —o “principios”— de los derechos fundamentales. Como término para el enunciado, producto de la solución de la colisión, se introduce el de *enunciado de preferencia*²⁰. Este tiene el carácter de una regla y es, sin más, objeto de la subsunción. La ley de colisiones en su forma formal-abstracta dice, por consiguiente: “Las condiciones, bajo las cuales un principio cede ante otro, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio con prioridad”²¹. Así, el resultado encontrado debe ser una “norma de derecho fundamental adscrita”²².

Para relacionar entre sí los pesos de los principios en el caso concreto, Alexy establece la *fórmula de la ponderación*. La fórmula de la ponderación, que desemboca en un enunciado de preferencia, señala que: “Entre mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”²³. Por el contrario, el grado de satisfacción, sería determinado desde una perspectiva objetiva y no a partir de la perspectiva subjetiva de lo ponderado. Se enfrentan el grado de afectación y la importancia del principio afectado, los cuales deben ser colocados entre sí en una posible relación óptima. Esta ley de la ponderación se basa en un modelo de justificación que distingue entre el proceso físico, que

¹⁴ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

¹⁵ *Ibidem*, p. 79.

¹⁶ *Ibidem*, p. 80.

¹⁷ Relativo a las distintas soluciones de caso en caso. Véase, ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 193; ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 79.

¹⁸ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 81 y 82: En cambio, se trata

¹⁹ BVerfGE 7, 198 8 (p. 210).

²⁰ ROBERT, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 83.

²¹ *Ibidem*, p. 84.

²² *Ibidem*, pp. 58 y 60.

²³ *Ibidem*, p. 146.

conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su justificación²⁴. El fin del modelo de justificación es proceso más racional de la ponderación.

2. La colisión de reglas

La colisión de reglas se configura de manera menos espectacular que la colisión de principios. Esta puede ser resuelta de dos maneras: Se puede incorporar a una regla una cláusula de excepción que elimina la colisión. Por ejemplo, en la disposición del art. 103, párr. 2 de la Ley Fundamental se puede incorporar la siguiente cláusula de excepción: Un acto puede ser solamente penado cuando su punibilidad estaba establecida jurídicamente por una ley anterior a la comisión del acto, a menos, que al momento de la sentencia se aplique una ley más benigna que en el momento del hecho del delito. Si no se puede eliminar la contradicción de varias reglas por medio de una excepción, se tiene que declarar inválida al menos una de las reglas²⁵. Para Alexy, la diferencia significativa con la colisión de principios consiste en que la colisión de reglas sucede en la dimensión de la validez, mientras que la de principios en la dimensión de peso.

3. Otros criterios diferenciadores

Junto a las distintas relaciones de colisiones, Alexy menciona como otra característica diferenciadora, el distinto carácter *prima facie* de los principios y las reglas. Con ello se refiere a que los principios, a diferencia de las reglas, no contienen mandatos definitivos, sino solamente mandatos *prima facie*. Lo que un principio exige no se aplica incondicionalmente en el resultado, en cambio, requiere primero una armonización con otros principios²⁶. La terminología se repite cuando las dos categorías se diferencian en su calidad como razones, porque los principios deben ser solamente razones *prima facie*²⁷, mientras que las reglas son razones definitivas²⁸.

C. El modelo de las reglas y los principios

No obstante, ¿cómo se configura ahora la interacción de las dos categorías normativas? Si hay normas de derecho fundamentales que son principios y otras que constituyen reglas, podrían, sin embargo, juntarse también las dos categorías en una norma de derecho fundamental. Esa es, al menos, la tesis de Alexy. Se consideran dentro de la esfera de los principios los derechos fundamentales que están dispuestos directamente en el texto constitucional y aquellos que se pueden asignar a estos derechos fundamentales. Las normas que están adscrita a derechos fundamentales se encuentran en una relación de precisión respecto de la abiertas semánticamente, porque las expresiones imprecisas contienen normas de derechos fundamentales directamente estatuidas²⁹. De tal manera, a la disposición del art. 5, párr. 3, enunciado 1 de la Ley Fundamental se podría asignar para la precisión de la palabra “ciencia” una norma con el siguiente contenido: “Lo que de acuerdo con el contenido y forma es un intento para el descubrimiento de la verdad, debería ser libre”³⁰. No obstante, son relevantes para los derechos fundamentales también

²⁴ *Ibidem*, p. 144.

²⁵ *Ibidem*, p. 77.

²⁶ *Ibidem*, p. 58.

²⁷ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

²⁸ *Ídem*.

²⁹ *Ibidem*, pp. 58 y 60.

³⁰ *Ibidem*, p. 58.

los principios que no se pueden asignar a ninguna disposición constitucional en cuanto a su contenido. Un gran número de cláusulas de restricción limitan la habilitación del legislador de decidir por sí mismo a qué principios se quiere orientar, es decir, la competencia de limitar los derechos fundamentales debido a otros principios que no deben ser perseguidos; desde el punto de vista de la Constitución. Un ejemplo es el principio del mantenimiento y promoción del trabajo artesanal³¹. Por lo tanto, se aplican los principios que se pueden asignar a normas de derechos fundamentales y aquellos que se sustraen de una asignación, pero que deben ser consideradas en la ponderación conforme a la ley de la ponderación. Para distinguir los dos tipos de principios, Alexy certifica a los principios asignados en derechos fundamentales el rango constitucional de primer grado y a los no asignados el rango constitucional de segundo grado: “Un principio tiene un rango constitucional de primer grado cuando puede limitar un derecho sin reservas de ley. Tiene rango constitucional de segundo grado cuando solamente puede limitar un derecho fundamental junto a una habilitación contenida en una disposición con reserva de ley”³². El aspecto de contenido y de competencia se reúnen cuando un derecho fundamental debe experimentar una restricción³³.

Si se afecta, por medio de una disposición de derechos fundamentales, algún tipo de determinación relativa a las exigencias de principios en colisión, entonces, por ello, se estatuye no solamente un principio, sino también una regla³⁴. Este es el caso, siempre y cuando las normas de derechos fundamentales “presenten diferentes supuestos de hecho de garantía y cláusulas de restricción”³⁵. La regla resultante no debe ser aplicada de manera absoluta sin una ponderación, porque no lo es, de tal manera que su carácter incompleto puede ser resuelto a través del recurso al ámbito de los principios. La relación del ámbito de los principios y el de las reglas puede ser determinado de tal manera que las últimas tienen prelación respecto de los primeros, a menos que las razones para otra determinación diferente al de las reglas sean tan fuertes que hagan retroceder también al principio de la vinculación al texto de la Constitución.

D. El orden de los principios

La forma característica de aplicación de los principios es la de la ponderación. En la búsqueda de no dar rienda suelta con más frecuencia a influencias decisionistas y subjetivas—que más adelante serán analizadas, Alexy se empeña en la creación de un orden de los principios que idealmente conduzca en cada caso, de manera intersubjetiva y controlable, exactamente a un resultado³⁶. Por falta de una realización de tal tipo de orden estricto se estatuye un orden débil, que consta de tres elementos: Un sistema de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie*. Al sistema de condiciones de prioridad pertenece la ley de las colisiones ya analizada. “Las reglas correspondientes a la regla de la colisión dan referencia sobre el peso relativo de los principios”³⁷. El sistema de las estructuras de ponderación se representa a través de la ley de la ponderación, la cual, desde la perspectiva de Alexy, se corresponde con el principio de proporcionalidad³⁸, y en el sistema de las prioridades

³¹ *Ibidem*, pp. 118 y 119, relativo al ejemplo, bajo referencia de BVerfGE 13, 97-113 (p. 110)

³² *Ibidem*, p. 119.

³³ *Ídem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 121.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 224.

³⁷ *Ibidem*, p. 225.

³⁸ *Ídem*.

prima facie presenta el autor como ejemplo el caso Lebach, en el que se concede una prioridad prima facie a favor de la libertad a la información frente a la protección del derecho a la personalidad de los autores del delito³⁹. Por medio de estas prioridades, a saber, no realizaron determinaciones definitivas, pero al menos se tomaron decisiones sobre la repartición de las cargas argumentativas.

II. Críticas inherentes al sistema

A. La validez de los principios

En la exposición acrítica de las categorías no puede dejarse de mencionar que el autor deja, no obstante, sin responder cuestiones importantes.

En comparación con el modelo británico, de Ronald Dworkin, en Alexy se presentan inexactitudes. Si bien, no es un objetivo claro del autor el aplicar genuinamente la teoría del Dworkin en la Ley Fundamental de la República Alemana. No obstante, la distinción se limita a la declaración de Alexy de calificar a los principios como mandatos de optimización; la cual no efectúa Dworkin⁴⁰. Para complementar esto, se encuentra la siguiente divergencia a saber: Dworkin reconoce a los principios como parte del ordenamiento jurídico, pero precede su declaración fundamentalmente en consideraciones morales⁴¹. Él los clasifica como meras posibilidades de restricción del margen de discrecionalidad de los jueces, lo cual impone la pregunta de si con ello este quiere contraponerlos directamente con las normas con una configuración de reglas. La correcta traducción de la palabra *rule* (regla) parece ser menos el concepto *Regel* (regla en alemán) y más bien es el concepto de *Norm* (norma). De acuerdo con esto, el equivalente alemán a las categorías propuestas para la Constitución del Gran Bretaña tendría el siguiente nombre: Los derechos fundamentales como normas y como principios. No obstante, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son, sin ninguna duda, calificados todos como normas y, por lo tanto, deben ser diferenciados de los principios. El concepto general de las normas de derechos fundamentales como marco para los principios y las reglas es por ello incorrecto, porque solamente las reglas pueden ser calificadas como normas de derechos fundamentales, pero nos los principios, tal y como Alexy lo expone.

Junto a las imprecisiones lingüísticas existe además poca claridad respecto a cuando un principio puede reclamar validez en absoluto como norma de derecho fundamental. Respecto a esta pregunta, Alexy detalla: “Un principio es... entonces, relevante si se puede invocar justificadamente a favor o en contra de una decisión de derechos fundamentales. Si se puede invocar justificadamente, entonces, tiene validez”⁴². Con esta suposición se degrada a los principios a meros argumentos. Con esto, la fuente de los principios se vuelve inagotable e inabarcable. Como magos, los jueces pueden crear siempre más derechos fundamentales por medio de nuevas decisiones y nuevos argumentos con el carácter de principios; porque, junto a los directamente estatuidos, deberían también existir los principios “asignados a las normas de derechos fundamentales” y también incluirse en la ponderación los principios que no pueden ser asignados a una norma de derecho fundamental. Lo que hacen falta son requisitos de validez, como los

³⁹ BVerfGE 35, 202 (p. 231).

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 77, nota al pie 27; relativo a una comparación de las dos teorías, véase, particularmente, ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 177 y ss.

⁴¹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 82: El origen de estos principios como principios de derecho no se encuentra en la decisión determinada de un cuerpo legislativo o un tribunal, sino en un sentido para la proporcionalidad.

⁴² ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 117.

que propone decididamente Peczenik⁴³. En Alexy, estos principios no sirven a un fin de mayor importancia y no pueden ser medidos en relación con la moral, justicia o su contenido de dignidad humana; solamente para mencionar algunas posibilidades. Al contrario: se puede recurrir discrecionalmente a cada argumento pensable, en tanto se postule como principio⁴⁴.

B. El concepto de norma de derecho fundamental

Alexy justifica la creación de las normas de derechos fundamentales adscritas —que se encuentran junto a las estatuidas directamente en el texto de la Constitución— con la apertura semántica de estas últimas. La formulación concisa de los derechos fundamentales ocasiona que, las normas con la jerarquía más alta en el Estado son las que presentan el menor contenido y, como ningún otro grupo de normas, requieren de la interpretación. Sin embargo, se puede cuestionar si para la precisión de las normas de derechos fundamentales existe la necesidad de crear normas de derechos fundamentales adscritas. ¿Por qué la imprecisión de una norma debería ser disipada a través de una nueva norma? Con su ayuda pueden ser precisados conceptos jurídicos imprecisos, sin embargo, ¿son acaso las normas que precisan nuevamente objeto de la interpretación? Es decir, ¿qué se ha ganado?

Los reconocidos cánones de interpretación ofrecen suficientes posibilidades para controlar los conceptos jurídicos imprecisos. Es improbable que resista una reflexión más profunda la aseveración de que la aplicación de nuestros derechos fundamentales no ha tenido éxito durante muchos años a través de la práctica jurídica debido a la falta de precisión. Además, surge otro punto de crítica adicional a la creación de las normas de derechos fundamentales adscritas. ¿Qué fuerza vinculante se les debería otorgar? Alexy explica que se deberían clasificar las normas de derechos fundamentales en rango constitucional de primer y de segundo grado; dependiendo de si estas por sí solas pueden limitar un derecho sin reserva de ley o solamente en vinculación con una competencia estatuida en una reserva de ley⁴⁵. Esto deja claro que los derechos fundamentales presentan diferente fuerza vinculante y, entonces, es cuestionable si las normas de derechos fundamentales con rango constitucional de segundo grado están en posibilidad de vincular a la legislación, la jurisprudencia y el poder de la administración pública. Para el art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental es al menos desconocido tal tipo de rango constitucional atenuado.

C. La problemática del mandato de optimización

Adicionalmente, se debe analizar de manera crítica el carácter de optimización. Este señala que los principios deben ser satisfechos en la mayor medida posible. La media exacta de satisfacción depende otra vez de las posibilidades fácticas y jurídicas. En sí, resulta positivo cuando se puede realizar el contenido de los derechos fundamentales en la mayor medida posible. Sin embargo, se debe cuestionar la fuerza expresiva del postulado de optimización. ¿A qué se debería aproximar? Hace falta un ideal, una meta de aproximación a la que se apunte. Es inequívoco y más vinculante el querer hacer realidad una cierta situación de manera absoluta y no solamente en la

⁴³ PECZENIK, Aleksander, “Principles of law. The search for Legal Theory”, *Rechtstheorie*, no. 2, 1971, p. 30: “Un principio es un principio, si esta conectado con el derecho positivo en una de cinco formas distintas”. Los cinco requisitos, de los cuales al menos uno debes ser satisfecho, son detallados por Peczenick en las páginas 31 y 32.

⁴⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 118, relativo a la habilitación del legislador.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 119.

mayor medida posible. La relativización de las posibilidades fácticas y jurídicas requiere al menos una aclaración para desterrar el inherente peligro del uso arbitrario. Finalmente, la limitación no puede ser derivada directamente del sentido normativo de los principios jurídicos⁴⁶. De manera inversa se puede preguntar si el mandato de optimización, a través de la relativización de las posibilidades fácticas y legales, no adopta un carácter *prima facie*, sino un carácter definitivo. La estricta validez de los mandatos de optimización resulta, a saber, de que no se puede dar una excepción al mandato de realizar la mejor respuesta posible. Por lo que se constata que los mandatos de optimización son reglas y no principios⁴⁷. El más tajante crítico del mandato de optimización —Ernst Wolfgang Böckenförde— objeta justificadamente que “los principios tienen una tendencia normativa a la optimización, sin que, por esto, estén fijados a un contenido normativo fijo”. El carácter de principios trae consigo imprecisión, movilidad y dinamismo⁴⁸. Este señala: “Se trata de una norma de principio con una tendencia de realización trascendental y sin ninguna medida en sí”⁴⁹. Por consiguiente, de acuerdo con el punto de referencia de la optimización, se pueden ampliar los derechos fundamentales en direcciones totalmente distintas. De este modo, pierden estos contenido sustancial y parecen más bien “banderas al aire” que propiamente “pilares” de la Constitución. A partir de la vista general de todos los argumentos en contra los mandatos de optimización se desprende que son muy inciertos para caracterizar el contenido de los derechos fundamentales. La claridad conceptual de la Constitución, la cual el mismo Alexy exige como un requisito racional elemental⁵⁰, es por lo tanto afectada.

D. La problemática de la colisión

A través de la calificación de todos los derechos fundamentales como principios de mismo rango devienen múltiples colisiones entre ellos, de tal manera, que es necesaria la ponderación entre los bienes en colisión. Queda para analizar aquí sobre qué tipo de ponderación trata Alexy y en qué etapa del examen de los derechos fundamentales se asienta. El principio de proporcionalidad en el marco del examen de las llamadas *Schranken-Schranken* (Restricción-Restricción) no es equivalente a la ponderación, porque en este se trata de la cuestión de si una ley infraconstitucional puede lesionar excepcionalmente en un derecho fundamental con mayor jerarquía. Por el contrario, la ponderación entre principios consiste en la determinación de una relación de prelación entre normas de derechos fundamentales de mismo rango. Se omite una definición minuciosa del ámbito de protección. Este, en opinión del autor, se desdibuja de manera muy amplia, por lo cual este ámbito de protección no es idóneo para excluir colisiones aparentes, al contrario, las propicia. También las reservas de ley adquieren bajo esta luz una configuración totalmente diferente, porque deben entrar en la ponderación únicamente como principios⁵¹, con la consecuencia de que pueden ser encubiertas y ser subordinadas en la determinación de la relación de prelación bajo las circunstancias. La compleja sistemática de las restricciones de la Ley Fundamental es ignorada. Alexy proclama sin justificación que la relativización de los principios de acuerdo con las posibilidades fácticas corresponde a las gradas de idoneidad y

⁴⁶ Del mismo modo, PECZENIK, Aleksander, “Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln“, *JuristenZeitung*, no. 3, 1989, p. 109.

⁴⁷ Sieckmann alberga también esta objeción, Sieckmann, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 65.

⁴⁸ Bajo referencia a Müller, Jörg Paul, “Zur sogenannten subjektiv- und objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte“, *Der Staat*, no., 29, 1990, pp. 43 y 44.

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen“, *Der Staat*, no. 29, 1990, p. 13.

⁵⁰ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 32.

⁵¹ *Ibidem*, p. 257.

la necesidad, y la relativización de las posibilidades jurídicas a la proporcionalidad en sentido estricto⁵². La construcción elegida en la Teoría de los derechos fundamentales satisface más bien el principio de la concordancia práctica⁵³, el cual encuentra aplicación en los derechos fundamentales sin reserva de ley. No obstante, la concordancia práctica se diferencia del principio de proporcionalidad en un punto importante: la concordancia práctica es un mandato de optimización, mientras que el principio de proporcionalidad es un límite de tolerancia⁵⁴.

E. La utilidad de un orden débil de principios

Las aristas particulares del orden débil de los principios fueron ya discutidas. Sin embargo, ¿qué utilidad tiene este orden? La intención, que se conecta con este orden, es la creación de un procedimiento de ponderación que permita en casos problemáticos la determinación de qué derecho goza de prioridad. Las normas no deben ser colocadas entre sí en una relación abstracta, sino solamente en una clasificación *in concreto* de acuerdo con el peso al que estén sujetas. La tarea de la justificación de la decisión queda en manos del juez. El propio Alexy admite que, “incluso con nuevas combinaciones de características — con las cuales se establezca la decisión correcta en cada caso— no se puede construir un orden”⁵⁵. Por ello, la preferencia de un orden se desvanece. Únicamente con el fin de determinar el procedimiento y las cargas de argumentación, no se requiere de ningún orden de los derechos fundamentales. Además, conforme a la actual práctica judicial, los jueces están sujetos en sus decisiones —sea aplicada de manera autónoma o heterónoma— a modos de justificación y argumentación, lo cual se puede probar de manera suficientemente gracias a las detalladas justificaciones en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Dignos de mención son solamente los efectos negativos de un orden en la estructura de la Constitución⁵⁶, como a continuación de detallará.

III. La crítica sistemática trascendental

De acuerdo con la discusión de las cuestiones sistémicas inmanentes se necesitan aclarar cuáles consecuencias se producen con la división de los derechos fundamentales en reglas y en principios, sobre todo su fuerza vinculante y claridad, y cómo se dictan las decisiones jurisdiccionales en el ámbito de los derechos fundamentales con base en estos fundamentos. Es necesario una mirada a la estructura constitucional en su totalidad, en particular la relación del derecho ordinario con el derecho constitucional y las eventuales consecuencias jurídico-funcionales.

A. El peligro del decisionismo jurisdiccional y la moralización del derecho

Los principios, que en abstracto poseen el mismo rango, requieren en el caso concreto de una ponderación que tiene lugar en el ámbito del derecho constitucional. Si se considera como deseable, dentro el ámbito de las decisiones jurisdiccionales, un alto grado de racionalidad,

⁵² *Ibidem*, pp. 100 y 101.

⁵³ *Ibidem*, p. 152.

⁵⁴ Véase, KLAUS, Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H. Beck, 1994, t. 3/2, p. 835.

⁵⁵ ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts...*, cit., p. 225.

⁵⁶ Este orden fue defendido anteriormente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la forma de un sistema de valores: BVerfGE 7, 198 (p. 204); BVerfGE 21, 236 (p. 372); BVerfGE 25, 167 (p. 173); BVerfGE 31, 58 (p. 70); BVerfGE 35, 79 (p. 114); BVerfGE 39, 1 (p. 47); BVerfGE 49, 89 (p. 142). La idea se puede encontrar por primera vez en SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1928, pp. 161 y 163.

entonces, es cuestionable si varias ponderaciones conducen a esta meta. La ponderación, independientemente si puede estar sujeta a muchos mecanismos de control, es, empero, finalmente un procedimiento abierto de valoración: el que hace la valoración es quién “inclina la balanza”. Cuando Alexy explica que no existe una prioridad estricta de los principios, entonces, únicamente depende de la decisión en el caso concreto. También cuando la determinación del enunciado de preferencia debe ser siempre justificado, de tal manera que finalmente queda en las manos de quien justifica cuáles argumentos debe escoger para la legitimación de su decisión. Además, la determinación del rango y el peso de los bienes está reservada al juez que pondera, de tal manera que los resultados del procedimiento de ponderación se basan realmente en valoraciones subjetivas influenciadas aleatoriamente, más que en puntos de vista objetivos. Detrás de esta problemática se esconde un planteamiento clásico de la teoría del Derecho, o, mejor dicho, de la filosofía del Derecho: ¿cuál es el mejor camino para resolver los problemas jurídicos? ¿Se puede recurrir también a enunciados jurídicos derivados de la naturaleza humana y racionalmente reconocibles o puede servir, para la búsqueda hacia un resultado jurídico libre, solamente el Derecho positivo en conexión con los métodos reconocidos de interpretación?

1. El planteamiento no-positivista de Alexy

En su libro publicado en 1992 *Begriff und Geltung des Rechts* (“El concepto y validez del Derecho”), el autor de la *Teoría de los derechos fundamentales* se ocupa de esta problemática y se decide por la postura del no-positivismo; aunque en su forma débil. Conforme a esta interpretación, basada en la tesis de la separación, el Derecho y la moral deben ser elementos interconectados,⁵⁷ con la consecuencia de que el juez —que considera una norma como contraria a la moral— pueda decidir también *contra legem*. Tal concepto de Derecho no está orientado en primera línea a una debida legislación o eficacia social, en cambio, más bien, a la corrección interna de las leyes⁵⁸. Se aducen más argumentos a favor de la orientación iusnaturalista, es decir, jurídico racional: el autor espera de una judicatura influida moralmente, sobre todo, la superación de una situación injusta, como la que reino durante la dictadura a través del nazismo⁵⁹. Al superar un cierto umbral, las normas deben, de acuerdo con Alexy, perder su carácter jurídico, por ello, la injusticia es reducida a una medida insoportable⁶⁰. Con ello se toma referencia de la fórmula de Gustav Radbruch, la cual señala, el Derecho positivo tiene prioridad en tanto su contradicción con la justicia no alcance una medida insoportable, porque la ley como Derecho incorrecto tiene que ceder ante justicia⁶¹. El autor se remite, entre otras cosas, a declaraciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el contexto de la superación de la legislación del período nazi. El Tribunal se da cuenta, en la decisión de una demanda constitucional contra la ley que regula las situaciones jurídicas de las personas que caen en el supuesto del art. 131 de la Ley Fundamental de 1951⁶², que la validez sociológica de la disposiciones jurídicas se vuelve insignificante “en donde tales disposiciones se encuentran en tal evidente contradicción con los principios de justicia que rigen todo el Derecho formal, el juez que aplica o quiere reconocer sus

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts...*, cit., p. 17.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 29.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁶¹ RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, no. 1, 1946.

⁶² BVerfGE 3, 58 (p. 119).

consecuencias jurídicas, hablaría entonces de injusticia en lugar de Derecho”⁶³, El famoso argumento de la injusticia experimenta una conexión con la teoría de los principios, especialmente debe efectuarse la pérdida del carácter jurídico, en la medida que el juez declare *prima facie* tal ley como Derecho, pero después de una ponderación no puede ser definitivamente designada como Derecho⁶⁴.

Otro argumento importante en contra de la concepción positivista constituye el argumento de la corrección. A cada sistema jurídico le es inherente la pretensión de corrección. Si no se quiere exponer al reproche de la deficiencia, debe llevar a cabo también esta pretensión⁶⁵. Lo mismo aplica a cada decisión jurídica individual que tiene en cuenta la pretensión de corrección, si no fuese también moral, de tal manera que en cada decisión jurisdiccional debe tener lugar un examen gracias a los parámetros morales. En este trasfondo de la filosofía del Derecho, se incorpora sin modificaciones la teoría de los derechos fundamentales —sobre todo, la diferenciación entre reglas y principios—. Solamente es necesario exponer a las normas de derechos fundamentales a un procedimiento ampliamente abierto para que puedan entrar valoraciones morales y de justicia.

2. Crítica a la moral pura

Los argumentos “normativos” aducidos no pueden ser convincentes. Al argumento de la injusticia se le debe objetar que da rienda suelta a la decisión. ¿Quién debe determinar el límite respecto del cual un “cierto” grado injusticia es superado y se despoja obligatoriamente a una norma de la eficacia jurídica? Alexy no responde esta cuestión, porque no se sirve del Derecho internacional u otros parámetros para determinar este umbral. Más bien, se deja en manos del juez el establecimiento del límite, el cual decide a discreción sobre la moral y lo amoral. Sin embargo, no solamente existe “el juez o el ciudadano que, confrontado con Derecho nazi, prefiere seguir mejor una moral humana. Pero también existe el juez o ciudadano que, confrontado con leyes democráticas, decide seguir mejor una moral nazi”⁶⁶. Es claro que el procedimiento de decisión de Alexy en las manos de un juez adepto de una moral falsa produce consecuencias peligrosas. No obstante, Alexy sostenía que existe una moral absoluta para la cual estas últimas concepciones no cuentan, a lo cual se le puede objetar que “tal tipo de moral...no puede ser encontrada por medio del reconocimiento científico”⁶⁷.

Por lo demás, la genuina tarea de los juristas es conducida ad absurdum. Estos mutan en apóstoles de la moral, los cuales con esta justificación deciden en todo momento contra legem y en caso necesario pueden combatir las leyes como fuerzas armadas para la justicia. Pero ese no es su destino, ¡debido a que el jurista es el operador de las leyes y se tiene que atener a estas! Queda por objetar que la teoría del Derecho moral permanece completamente ineficaz en un

⁶³ Esta ley federal fue promulgada debido a un mandato constitucional, en el art. 131 de la Ley Fundamental, para regular las situaciones jurídicas de los parientes de los funcionarios públicos que fueron dados de baja después del 8 de mayo de 1945 por otras razones del servicio público o jurídico-arancelarias. Varias de los afectados por esta regulación presentaron una demanda constitucional contra esta ley. Sin embargo, la demanda fue desestimada por infundada.

⁶⁴ ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts...*, cit., pp. 74 y 75.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

⁶⁶ HOERSTER, Norbert, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2482.

⁶⁷ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1960, p. 69.

ordenamiento inmoral, porque los poderes estatales y los jueces mismos están sometidos a este ordenamiento, el cual en caso necesario los hará entrar en razón por medio de la sanción.

Tampoco el argumento de la corrección de Alexy no resiste a una reflexión más profunda. Es correcto, que cada ordenamiento jurídico exige para sí mismo una cierta corrección y este también debe llevar a cabo la satisfacción de esta pretensión. En una democracia dividida en poderes, cada órgano, en el marco de sus competencias, es responsable de la corrección interna de las normas. El legislativo crea un marco para la judicatura, el cual puede complementar y precisar a través de la interpretación, pero no puede salirse del mismo. Una decisión es correcta cuando interpreta y aplica correctamente el Derecho establecido. Por esta razón, la corrección no puede equipararse de ningún modo con la moral, porque la moral es una categoría que se encuentra fuera de este marco establecido, en el cual el juez se puede mover, lo que no excluye que las decisiones jurídicas también pueden ser morales; pero no tienen que serlo.

Además, existen en suficiente medida posibilidades consolidadas en la Constitución para influenciar al legislativo, de este modo, por medio de un control normativo abstracto, conforme al art. 100, párr. 1 de la Ley Fundamental, ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal puede ahora por su parte rechazar la norma en cuestión⁶⁸. El legislador también tiene la posibilidad de dejar sin validez una norma inmoral, al retirarla. En cambio, Alexy se opone al caso de la retirada no realizada. A este se le puede oponer que los miembros del legislativo, debido a su deseo de ser reelectos, es poco probable que promulguen leyes insoportablemente inmorales, o bien, no las retiren.

Sin embargo, si se alberga la inquietud de que las normas del Estado con la jerarquía más alta sean reguladas de manera contraria a la moral por un legislador con facultades de constituyente, esta “probabilidad de que el libre legislador democrático con facultades de constituyente sobrepase en algún momento estos límites... es de hecho muy baja, de tal forma que la posibilidad teórica de normas constitucionales originarias que sean contrarias a la Constitución equivale casi a una imposibilidad práctica”⁶⁹. No obstante, si uno se encuentra en un ordenamiento jurídico completamente amoral, se escuchara muy poco la apelación a la moral. Tampoco el no positivismo puede alterar eso.

3. Consecuencias

Un sistema jurídico, cuyo Derecho positivo está sometido a parámetros fuera del Derecho mismo, reemplaza la seguridad jurídica por una mirada a la bola de cristal. Las ponderaciones continuas abren un espectro de argumentación amplio y teñido subjetivamente⁷⁰. Sin embargo, hay que advertir sobre tal creación jurídica, porque esta lleva “en los sucesivos su propia vida dogmática”. Esta desarrolla necesariamente un subsistema particular, el cual se concentra, dentro del ordenamiento existente, de manera autárquica —¡virtualmente autista!— al desarrollo de

⁶⁸ Dentro del procedimiento revisa el Tribunal Constitucional la compatibilidad de Derecho federal o de los *Länder* con la Constitución o la compatibilidad del Derecho de los *Länder* con otras leyes federales a petición del gobierno federal, un gobierno de un *Land* o un tercio de los miembros del Bundestag.

⁶⁹ BVerfGE 3, 225 (p. 233).

⁷⁰ KLAUS, Stern, *op. cit.*, p. 620.

nuevas reglas y sus contenidos ideales⁷¹. Por esta razón, en favor de la racionalidad, no puede plantearse las ponderaciones como absolutamente necesarias⁷².

Alexy intenta tratar estas objeciones al establecer en las decisiones de ponderación un deber de argumentación. Sin embargo, él mismo retira el viento de sus propias velas, cuando expone que se puede recurrir a todos los argumentos posibles en la argumentación de los derechos fundamentales. Todos los cánones de interpretación son aplicables y todos argumentos dogmáticos, prejudiciales, generales, prácticos y empíricos⁷³. Pero, dependiendo de la dirección de la argumentación, ¿no se puede llegar a resultados completamente distintos e incluso contradictorios? Una justificación empírica puede tener consecuencias totalmente distintas que una práctica. La justificación en sí no se sustenta en una base racional. Por lo cual Alexy concede que la ley de la ponderación no ofrece un proceso de decisión definitivo; una decisión sobre el grado de importancia sería, a saber, necesaria, pero esta escapa a una métrica, la cual podría conducir a un cálculo obligatorio intersubjetivo del resultado. La ley de la ponderación señala únicamente lo que es necesario para la justificación del enunciado de preferencia condicionado, en otras palabras, enunciados sobre el grado de afectación e importancia. No obstante, se podrían tener diferentes consideraciones respecto de los grados de importancia correspondientes⁷⁴.

También el orden de los principios establecido por Alexy —a través de la creación de sistemas de condiciones de prelación, estructuras de ponderación y prioridades prima facie— no puede debilitar estas objeciones. Porque la ilusión de Alexy, con vistas a un modelo obligatorio de decisión intersubjetivo, no es realizable tampoco desde la perspectiva del mismo autor⁷⁵. Por lo tanto, está claro que la última decisión vinculante siempre está sometida a unos momentos de valoración y un desvío de lo decidido por la presunta conclusión correcta forma parte de los riesgos de la labor judicial. Queda únicamente el intento de mantener lo más estrecho posible el margen de discrecionalidad de los valores, lo que Alexy —porque este primero lo amplía sin límites a través de la ponderación— quiere alcanzar con la edificación de un orden de valores. No obstante, este también llega a la conclusión de que los tres ámbitos del orden no se pueden presentar más como una estructura de argumentación y un procedimiento de argumentación correspondiente⁷⁶. La ganancia de tal tipo de procedimiento complejo queda por verse. Parece absurdo el ampliar de manera innecesaria la discrecionalidad de la decisión a través de la arbitrariedad de la ponderación, para luego, preocupados por la decisión judicial, limitarla nuevamente con ayuda de varios sistemas, los cuales no ofrecen un apoyo argumentativo. De cara al procedimiento que se sigue actualmente —consistente en el ámbito de protección, intervención y justificación por la reserva de ley— en de las libertades de configuración no existe ninguna diferencia. Los tribunales están sometidos, incluso sin el sistema de orden de Alexy, a una cierta carga argumentativa y adicionalmente, están obligados a justificar su decisión de manera plausible, lo cual también sucede en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Todo esto demuestra que una racionalización del derecho constitucional no puede ser efectuada. Finalmente, la mayor seguridad jurídica posible puede ser alcanzada solamente por me-

⁷¹ PICKER, Eduard, “Richterrecht oder Rechtsgewinnung – Alternativen der Rechtsgewinnung“, *JuristenZeitung*, no. 43, 1988, p. 66.

⁷² Del mismo modo, ISENSEE, Josef, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. 5, § 111, número marginal 175.

⁷³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 144 y 145.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 143.

⁷⁶ ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., pp. 225-227.

dio de la reducción de las ponderaciones. Si bien, no se pueden eliminar totalmente del procedimiento jurídico, pero cuando sea posible, se deben evitar⁷⁷.

B. La pérdida de claridad y fuerza vinculante de los derechos fundamentales

Desde la perspectiva de Alexy, el ámbito de protección de los derechos fundamentales —en contra de su disposición— no debe servir más como una forma de limitar y evitar colisiones aparentes, en cambio, concede una protección jurídica comprensiva y libre de posibles lagunas. Conforme al resultado de la ponderación exigida, a este amplio ámbito de protección no le corresponde más un derecho subjetivo del ciudadano, porque se garantizan contenidos excesivos en el ámbito de protección, los cuales requieren de una relativización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. En la medida en la que a estos principios no les corresponde ningún derecho subjetivo, pierden estos su justiciabilidad. Este es un ejemplo del caso cuando existe una pretensión *prima facie* del derecho de toda persona a una vivienda, sin embargo, después de la ponderación con principios en colisión, queda únicamente una pretensión de una decisión libre de arbitrariedad para la asignación de los espacios de vivienda ya existentes. Estos contenidos excesivos se tratan únicamente de directivas para el legislador, más no de derechos subjetivos de los ciudadanos. De tal forma que queda sin aplicación un derecho comprensivo a la vivienda y degenera en un mero mandato constitucional⁷⁸.

Entonces, surge la pregunta de si esta pérdida sustancial deja intacta la fuerza de vinculación que asigna el art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental a las normas con la más alta jerarquía. Esto es cuestionable, si se recuerda, que los principios son trascendentales y en sí imprecisos. El tipo y contenido de estas normas universales, que corresponden a una norma objetiva sin un objeto de regulación o un destinatario, son de alcance universal, pero al mismo tiempo indeterminadas y abiertas en el sentido de una extensión amplia⁷⁹. No obstante, ¿cómo pueden estar las instancias vinculadas a normas cuyo contenido es dinámico y que quedan en manos de elementos valorativos totalmente subjetivos? Los derechos fundamentales se vuelven “normas-comodín” dependientes de los casos, las cuales en su validez son desarrolladas discrecionalmente y modificadas dependiendo de las necesidades del caso y, por último, pueden ser maleables. Con esto no solamente se afecta la normatividad de la Constitución. Ya que existe el peligro de que se reavive nuevamente la discusión de la época de la Constitución de Weimar relativa a los derechos como meros enunciados programáticos. De esta situación a la “recuperación del estado anterior a la pre-modernidad”⁸⁰ solamente hay un paso.

C. Los derechos fundamentales como fuentes deductivas del Derecho ordinario

El contenido de los derechos fundamentales se desborda por medio de su clasificación como principios, porque los principios como mandatos de optimización abarcan *prima facie* de manera muy amplia. Para conceder la protección de los derechos fundamentales no solamente *prima facie*, sino de manera definitiva, son necesarias varias ponderaciones. Los resultados de estas ponderaciones son los enunciados de preferencia, los cuales deciden en un caso concreto

⁷⁷ BLECKMANN, Albert, “Robert Alexy, Theorie der Grundrechte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 1598.

⁷⁸ En esta dirección apunta también la crítica, GRIMMERS, Klaus, *Demokratie und Grundrechte*, Berlín, Duncker und Humblot, 1980, p. 30.

⁷⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, p. 7.

⁸⁰ Así es la crítica de BYDLINSKIS, Franz, “Fundamentale Rechtsgrundsätze”, *Rechtstheorie*, 1991, p. 213.

qué derecho debe tener prioridad respecto del otro. Entonces surge así una regla, la cual obtiene como norma de derecho fundamental adscrita nuevamente un rango constitucional. Sin embargo, ¿se pueden considerar todas las decisiones de esta manera y otorgarles el rango constitucional? Entonces surge la pregunta, ¿qué función deberían tener en el futuro las leyes ordinarias? Debido a que el legislador, el cual se encarga de crear leyes conforme a la Constitución, debe realizar estas ponderaciones, cuyos resultados de la Constitución son fijados con vista en el caso concreto. Pero, de esta manera el legislador ejecuta solamente la Constitución y las leyes ordinarias simplemente son el resultado de una ponderación afortunada o desafortunada. El operador e intérprete de la Constitución cae en la tentación de entenderla como libre de lagunas y es del convencimiento de que la protección jurídica basta con ella y no a través del derecho de las leyes. Este entendimiento de la Constitución despoja al Derecho ordinario de su función y lo degrada a la mera aplicación de la Constitución. Existe la amenaza de la situación pintada por Forsthoff en la cual la Constitución se vuelve un “huevo jurídico originario”, “del cual todo se deduce desde la ley penal hasta la ley para la fabricación de termómetros para la fiebre”⁸¹.

Por último, la ponderación entre la ley ordinaria y la Constitución decide la cuestión de poder relativa a la separación de competencias entre el legislativo y la judicatura

D. Las consecuencias jurídico-funcionales

¿Qué repercusiones surgen de la extensión del contenido del derecho fundamental y su calificación como mandato de optimización para la organización del Estado? El margen de discrecionalidad del legislador parlamentario se restringe, porque el legislador, conforme al art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, está vinculado a los derechos fundamentales. Entre más garantizan, mayor extensión tienen, pero, al mismo tiempo, es más difusa esta vinculación. Si uno se imagina el estado final de un desarrollo, el cual es evocado a través de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, la tarea del legislador se agotaría en aplicar la Constitución, la cual sería cada vez más estrecha para que este actué conforme a su decisión. Las reuniones parlamentarias serían al menos todavía necesarias para que puedan ponderar juntos, no para que tomen decisiones políticas. El legislador se convertiría en una marioneta de la Constitución. Sin embargo, al menos se puede advertir sobre el declarar las ilusiones de los derechos fundamentales como mandatos constitucionales, con la esperanza de que sean jurídicamente un reemplazo para lo que realmente debió surgir del proceso político⁸². En caso contrario, toda la política será reemplazada pronto por la dogmática, es decir, los juristas fingirían una aplicación jurídica que estaría basada en consensos —siempre alcanzados de manera laboriosa— de la colectividad democrática⁸³.

La calidad del primer poder —el legislativo— es adicionalmente infiltrada por la creciente fuerza del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Un entendimiento constitucional, que considera a las constantes ponderaciones como un medio que todo lo cura, fortalece el lugar de los

⁸¹ FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, C.H. Beck, 1971, p. 144.

⁸² HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, no. 30, 1972, p. 110.

⁸³ MÜLLER, Jörg Paul, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

últimos intérpretes de la Constitución en Karlsruhe. El umbral hacia un Estado jurisdiccional o el “Estado de 16 jueces” es fácilmente superado⁸⁴.

No obstante, no ha sido aclarada completamente la pregunta de en qué medida es adscrita la competencia de control del Tribunal Constitucional por la Constitución. Robert Alexy tampoco contribuye a esta aclaración, porque a pesar de que su teoría produce consecuencias de gran alcance para la relación entre la ley y la Constitución, así como de la totalidad de los poderes del Estado, no realiza ningún esfuerzo de responder las preguntas planteadas por él mismo. No parece ser este el lugar correcto para ocuparse de esta problemática⁸⁵. Al mismo tiempo Alexy ha pasado por alto que una teoría no flota en el aire sin que sea medida por sus consecuencias. Ni tampoco puede una teoría de los derechos fundamentales dejar sin tratar las cuestiones competenciales y jurídico-funcionales de la organización del Estado.

IV. Resumen

La gran apertura de las normas de derechos fundamentales y la inagotable fuente de los principios que se asignan a estas normas, otorgan al Tribunal constitucional un poder significativo en sus manos, porque el Tribunal decide sobre la validez o no de las normas de derechos fundamentales adscritas. Además, se combinan valoraciones subjetivas y concepciones morales a través del procedimiento incierto de la ponderación dentro de las decisiones de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal Alemán no tendría que temer a un control: ¿quién controlaría la instancia con la última palabra? De la misma manera que cuando se cambia de página: por medio de la calificación de los derechos fundamentales como principios que requieren de ponderación, pierden las decisiones, en el ámbito de los derechos fundamentales, de credibilidad, seguridad jurídica y comprensión. Adicionalmente, los derechos fundamentales pierden fuerza vinculante cuando son degenerados a meros principios. Debido a que la calificación de la mayoría de los derechos fundamentales como mandatos de optimización los hace normas imprecisas, movibles y dinámicas.

De manera positiva se puede mencionar que la división de los derechos fundamentales en reglas y principios conduce a una dedicación intensiva con la problemática de la ponderación. Los conocimientos adquiridos favorecen al principio de la concordancia práctica, porque los derechos fundamentales sin reserva de ley requieren en los hechos de la ponderación en el plano constitucional. No se puede recurrir a esta teoría en los casos de derechos fundamentales con reserva de ley. Alexy parece intentar, al querer garantizar una protección jurídica sin lagunas por medio de la Constitución, el clasificar los derechos fundamentales en categorías; las cuales no les queda. Una división de todos los derechos fundamentales en reglas y principios no se encuentra dentro de la Constitución, en cambio, significa, a saber, una reforma constitucional. Pero quien desee una reforma constitucional en tal sentido, debe seguir el camino jurídico de la reforma constitucional y no puede adoptar posteriores expansiones de los derechos fundamen-

⁸⁴ El lugar del más alto tribunal no solamente se fortalece frente al legislador, sino también frente a los tribunales, para los cuales se ha vuelto una instancia super-revisora que examina la compatibilidad con la Constitución de todas las decisiones jurisdiccionales. Porque la comprensiva inclusión de la Constitución a través de la ponderación tiene, también para las decisiones de los tribunales ordinarios, como consecuencia un control comprensivo de las decisiones por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

⁸⁵ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 427.

tales a través de la interpretación. Es tarea del legislador el modificar la Constitución de acuerdo con el camino jurídico establecido art. 79 de la Ley Fundamental.

Para decirlo con el propio Alexy, las objeciones —convincentes desde la postura defendida aquí— contra la división de los derechos fundamentales en reglas y principios sería resumidas en cuatro formulaciones cortas: “Normas en lugar de valores; subsunción en lugar de ponderación; autonomía de la ley en lugar de una Constitución omnipresente, y; autonomía del legislador, en el marco de la Constitución, en lugar de tribunales omnipresentes apoyados en la Constitución, sobre todo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán”⁸⁶.

V. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Múnich, Alber, 1992.

_____, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1995.

_____, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.

BLECKMANN, Albert, “Robert Alexy, Theorie der Grundrechte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat*, no. 29, 1990.

BYDLINSKIS, Franz, “Fundamentale Rechtsgrundsätze”, *Rechtstheorie*, 1991.

DWORKIN, Ronald, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1984.

ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1975.

FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, C.H. Beck, 1971.

GRIMMERS, Klaus, *Demokratie und Grundrechte*, Berlín, Duncker und Humblot, 1980.

HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, no. 30, 1972.

HOERSTER, Norbert, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986.

ISENSE Josef & Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. 5.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., 1960.

KLAUS, Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, C.H. Beck, 1994, t. 3/2.

LARENZ, Karl, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtstechnik*, Múnich, C.H. Beck, 1979.

⁸⁶ ALEXY, Robert, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, en ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs...*, cit., p. 214, en relación con la exposición de la crítica a su teoría.

_____, *Methodenlehre*, Heidelberg, Springer, 1991.

MÜLLER, Jörg Paul, “Zur sogenannten subjektiv- und objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte”, *Der Staat*, no., 29, 1990.

PECZENIK, Aleksander, “Legal rules and moral principles”, *Rechtstheorie*, no. 11, 1991.

_____, “Principles of law. The search for Legal Theory”, *Rechtstheorie*, no. 2, 1971.

_____, “Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln“, *Juristen Zeitung*, no. 3, 1989.

PICKER, Eduard, “Richterrecht oder Rechtdogmatik-Alternativen der Rechtgewinnung”, *JuristenZeitung*, no. 43, 1988.

RADBRUCH, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, no. 1, 1946.

SIECKMANN, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1928.