

Algunas reflexiones en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy

Ezequiel Spector

1. La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy es un intento valiosísimo por llevar la racionalidad argumentativa al campo del derecho y, en particular, a las sentencias judiciales. El hecho de que en ciertos casos los jueces deban sopesar principios que en abstracto tienen la misma jerarquía, señala el autor, no implica que su decisión deba ser irracional, ni que tenga un “cheque en blanco” para decidir de acuerdo con el procedimiento que se le ocurra. En este sentido, la teoría de Alexy puede entenderse como una advertencia a los jueces, de acuerdo con la cual la racionalidad no termina allí donde la ley no proporciona explícitamente una solución a un caso.

2. Una de las distinciones principales en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy es aquella entre reglas y principios. El autor afirma que entre las reglas y los principios hay una diferencia cualitativa, no de grado. En el esquema conceptual que adopta Alexy, tanto las reglas como los principios son normas. Sin embargo, los principios son normas según las cuales algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas. Para Alexy, los principios son *mandatos de optimización*, y su rasgo definitorio es que pueden cumplirse en diferente grado. En cambio, las reglas son normas que o bien son cumplidas o no. Si una regla es válida, debe cumplirse. Si no lo es, no debe cumplirse (o no es necesario cumplirla).¹ Dicho de otro modo, a diferencia de las reglas, los principios no contienen mandatos definitivos, sino *prima facie*.²

La diferencia entre reglas y principios puede ilustrarse mejor mediante ejemplos de *conflicto* de normas: más precisamente, casos de conflicto entre dos reglas, y casos de colisión entre dos principios. Por un lado, cuando hay un conflicto de reglas, es decir, cuando en un caso no puede cumplirse con ambas, una regla es válida y la otra es inválida (a menos que la primera regla incluya una cláusula según la cual la segunda regla es una excepción al cumplimiento de la primera). Que una regla sea inválida y la otra válida implica que en todos los casos la misma regla cede ante la otra. Por otro lado, cuando dos principios colisionan, si bien uno debe ceder ante el otro, ello no implica que el principio desplazado sea inválido. En algunos casos, el principio A desplaza al principio B, pero en otros casos el principio B desplaza al principio A. Es decir, el peso de los principios varía de acuerdo con las circunstancias.³

Así, las colisiones de principios no pueden solucionarse estableciendo una prioridad absoluta de uno de ellos (si así fuese, dejarían de ser principios; serían reglas). En su lugar,

¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, tr. Carlos Bernal Pulido (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), ps. 67-68.

² Ver los principios como normas con carácter *prima facie* y las reglas como normas con carácter definitivo ayuda a entender la diferencia, pero también es inexacto. Alexy argumenta que, si la regla incluye una excepción, también tiene carácter *prima facie*. En tal caso, la diferencia radica en que el carácter *prima facie* de esa regla es más fuerte que el de un principio. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 82.

³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, ps. 69-71.

deben ponderarse los intereses contrapuestos. Como sostiene Alexy, se trata de “. . . establecer cuál de los intereses, *que tienen el mismo rango en abstracto*, posee *mayor peso en el caso concreto*. . .”.⁴ En otras palabras, considerando las circunstancias del caso, debe establecerse entre los principios una *relación de precedencia condicionada*, cuya determinación consiste en indicar las condiciones en las cuales un principio precede al otro.⁵ Y este enunciado de precedencia condicionada puede entenderse como una regla cuyo supuesto de hecho son las circunstancias en las que un principio prevalece sobre otro, y que expresa la consecuencia jurídica del principio que prevalece. Esto es lo que Alexy llama “ley de colisión”;⁶ muestra que entre las normas de derecho fundamental hay tanto principios como reglas.⁷ En otras palabras, los principios son siempre razones *prima facie*, de modo que establecen sólo derechos *prima facie*. Un derecho *prima facie* puede convertirse en derecho definitivo a través de la determinación de una relación de preferencia. Esta relación de preferencia es, por la ley de colisión, el establecimiento de una regla.⁸

De acuerdo con la teoría de Alexy, la tarea de evaluar qué principio prevalece en caso de colisión de principios se lleva a cabo por medio de lo que él denomina “principio de proporcionalidad”. A su vez, el principio de proporcionalidad incluye tres subprincipios: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Imaginemos que hay dos principios: A y B. El principio A obliga al Estado a perseguir un fin X. Hay sólo dos medidas que el Estado puede adoptar para lograr X: medida 1 y medida 2. Supongamos que el Estado pretende lograr X adoptando la medida 1. Sin embargo, si el Estado adopta la medida 1, afectará la realización de lo que exige el principio B. Usemos ahora el principio de proporcionalidad para evaluar si el Estado puede, jurídicamente hablando, adoptar la medida 1. Para que el Estado pueda hacerlo, la medida 1 debe cumplir con los tres subprincipios que incluye el principio de proporcionalidad (el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto).

(1) La medida 1 cumple con el principio de idoneidad si y sólo si es idónea para alcanzar el fin X, exigido por el principio A.

(2) La medida 1 cumple con el principio de necesidad si y sólo si la medida 1 es la medida idónea para lograr el fin X que menos afecta la realización de lo que exige el principio B.

(3) La medida 1 cumple con el principio de proporcionalidad en sentido estricto si y sólo si, dadas las circunstancias del caso, el principio A, que exige el fin X, prevalece sobre el principio B, que se ve afectado por la adopción de la medida A (aquí es donde debe llevarse a cabo la ponderación).

Alexy afirma que el principio de proporcionalidad, con estos tres subprincipios, está lógicamente relacionado con la teoría de los principios. En otras palabras, entre el principio de proporcionalidad y la teoría de los principios hay una relación conceptual: el carácter de

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 72.

⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 73.

⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 76.

⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 79.

⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, p. 83.

principio *implica* el principio de proporcionalidad, así como el hecho de ser oftalmólogo *implica* el hecho de ser médico. Asimismo, el principio de proporcionalidad también *implica* el carácter de principio (hay una relación de equivalencia entre ambos conceptos; un bicondicional). Como dije, en la teoría de Alexy, los principios son mandatos de optimización. Ello significa que los principios son normas según las cuales algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades físicas y jurídicas. El principio de idoneidad y el principio de necesidad nos dicen si hay posibilidad física de cumplir con aquello que manda un principio. Por ejemplo, el principio de idoneidad nos dice si la medida 1 es idónea para alcanzar el fin que el principio A ordena perseguir. Por su parte, el principio de necesidad nos dice si hay posibilidad física de, al cumplir con el principio A, no afectar demasiado el principio B, que por hipótesis colisiona con el principio A. Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto nos dice si hay posibilidad jurídica de cumplir con el principio A. Aquí es donde se deben ponderar los principios y evaluar cuál prevalece. Ya no se trata de si se puede, físicamente hablando, cumplir con un principio, sino de si se debe, a la luz del ordenamiento jurídico, cumplir con él, o si queda desplazado por otro. Así, del carácter de los principios como mandatos de optimización se sigue el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁹

3. Como puede apreciarse, uno de los aportes de Alexy fue diseñar un procedimiento racional de resolución de casos en los cuales colisionan dos (o más) principios. Ahora bien, la argumentación jurídica, cuando es racional, nos permite decidir con un nivel alto de certeza a favor de un principio en casos cuya solución es obvia (casos en los que podría incluso decirse que decidir a favor del otro principio sería irracional). Un ejemplo extremo es el caso de una persona que invoca el derecho a la libertad de expresión para gritarle a otra en el oído y causarle un daño en su tímpano. O, si el Estado me sanciona por haber violado una norma de tránsito, y yo tengo todas las pruebas para mostrar que no violé ninguna de aquellas normas, una decisión racionalmente fundada por parte del Estado llevaría muy probablemente a admitir que se equivocó. Son casos en los cuales la racionalidad lleva a una solución *correcta*. Sin embargo, como el mismo Alexy reconoce, en una inmensa cantidad de casos, no hay una solución obvia, de modo que puede argumentarse racionalmente en favor de cualquiera de ambos principios.¹⁰ La pregunta que me interesa introducir, entonces, es cuál es la *utilidad* de la argumentación jurídica racional en estos casos. Puede asumirse que un juez que funda racionalmente sus decisiones es un mejor juez. Pero ello es compatible con que en aquellos casos controversiales eso no sirva de nada. Esta idea no es nueva. No es sorprendente que ciertos rasgos de las personas sean elogiados, pero que no tengan ningún impacto positivo (ni negativo) en el mundo. Un ejemplo es una persona altruista que intenta por todos los medios hacer el bien, pero que por algún obstáculo ajeno a su voluntad no lo logra: piénsese en una persona pobre que desearía tener más dinero para poder donarlo y combatir la pobreza en el mundo.

En este sentido, es necesario trazar una distinción entre la *virtud* de un juez, y la *utilidad* de esta virtud. Podemos decir que una de las virtudes de un juez es que argumente

⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales – Segunda edición*, ps. 91-95.

¹⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. Ernesto Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997), ps. 157-159. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 293.

racionalmente: todo lo demás siendo igual, un juez con esta característica es mejor que un juez que decida arbitrariamente, o de acuerdo con sus pasiones e impulsos. La pregunta que planteo es si esta virtud les es útil a las partes (y, por ende, contribuye a un mejor sistema judicial) cuando, como he dicho, *puede* argumentarse racionalmente en favor de *cualquiera* de los dos principios que colisionan. En otras palabras, si es cierto que puede argumentarse racionalmente en favor de cualquiera de los dos principios, ¿es útil la justificación racional, o es similar a un proceso de decisión arbitrario, como tirar una moneda para decidir en favor de uno de los dos principios?

Aquí parto de la premisa de que la argumentación racional tiene respecto del sistema judicial, en el mejor de los casos, un valor extrínseco. Es bueno que los jueces funden racionalmente sus decisiones, no porque ello tenga un valor en sí mismo, sino porque sus consecuencias son positivas: porque lleva a una solución verdadera. Ése es el rasgo positivo de los métodos científicos confiables: arrojan resultados probablemente verdaderos, formando una teoría que, aunque en el futuro pueda ser falseada, hoy es parte del estado de la cuestión en un cierto campo.

La situación, no obstante, es diferente cuando se trata de un juez que debe decidir entre dos principios que colisionan, y es uno de todos aquellos casos en los que personas racionales, argumentando racionalmente, pueden disentir. Deberíamos estar interesados en que el juez decida racionalmente cuando tiene dos o más opciones, algunas de las cuales obviamente debería rechazar (algunas de las cuales uno no puede racionalmente elegir). Sin embargo, cuando todas las opciones pueden racionalmente elegirse, de forma tal que cualquiera sea la decisión, es una decisión que alguien actuando racionalmente *pudo* haber tomado, la racionalidad no cumple ninguna función. Sus esfuerzos por argumentar racionalmente y tomar una decisión son elogiados, pero, como sostuve, ello es consistente con que no tengan utilidad. Si de todas formas, cualquiera sea la decisión que tome, ésta es *justificable* racionalmente, ¿por qué es necesario que *de hecho la justifique* racionalmente?

Otra forma de ilustrar este punto es la siguiente: es entendible que la parte que perdió se queje cuando la decisión no pudo haberse tomado racionalmente; por ejemplo, quien sufrió un grave daño en su oído porque una persona, amparándose en el derecho a la libertad de expresión, le gritó. La parte que perdió sabe que, si el juez hubiera fundado racionalmente su decisión, ella muy probablemente habría ganado y obtenido una indemnización. No obstante, dado que el juez decidió arbitrariamente (por ejemplo, tirando una moneda), esta persona debe asumir costos que no debe asumir. En cambio, si hay dos principios en favor de los cuales uno puede racionalmente decidir, y el juez decide arbitrariamente a favor de alguno de los dos, no es claro por qué la parte que perdió estaría interesada en quejarse. Después de todo, el juez podría haber tomado la misma decisión mediante un proceso racional. En estos casos, la argumentación racional no garantiza la satisfacción del interés de una de ambas partes. ¿Cuál es, entonces, la utilidad de la argumentación racional en estos casos? ¿Cuál sería la diferencia si, por ejemplo, tirara la moneda o decide de acuerdo con algún otro procedimiento arbitrario? Recuérdese que no cuestiono la afirmación de que es más virtuoso el juez que fundamenta. Simplemente estoy cuestionando su relevancia práctica cuando hay dos principios a favor de los cuales el juez *podría* argumentar racionalmente.

Lo que subyace a este razonamiento es el hecho de que en estos casos el azar está presente tanto si el juez fundamenta racionalmente su decisión como si decide arbitrariamente, pero el azar no es perjudicial en todos estos casos. En el primer caso, la decisión probablemente variará dependiendo de qué proceso arbitrario elija el juez. En el

segundo caso, la decisión probablemente variará dependiendo de qué juez atienda el caso, porque cada uno tendrá una opinión diferente; quizás el juez a cargo favorezca mi posición; quizás favorezca la posición de la contraparte. Podemos asumir que todos los jueces son racionales, pero recuérdese que en aquellos casos diferentes conclusiones pueden alcanzarse por medio de la argumentación racional. El resultado es que la consecuencia práctica de la racionalidad es similar a la consecuencia práctica de la irracionalidad, porque tanto un juez racional como un juez irracional pueden inclinarse a favor de uno u otro principio. Pero, como dije, en aquellos casos, el azar no impacta negativamente en el sistema judicial, porque ambos principios en cuestión son principios a favor de los cuales uno *podría* argumentar racionalmente.

Ahora bien, alguien podría objetar que la racionalidad no es irrelevante, dado que es necesaria para respetar el derecho a la defensa en juicio de las partes. La idea es que el derecho de defensa no implica sólo poder presentar un escrito o una exposición oral a favor de uno, sino también que el juez decida de acuerdo con argumentos racionales. No obstante, esta objeción parece ser circular, dado que asume precisamente lo que se cuestiona: la importancia de que el juez decida racionalmente cuando a) hay dos principios que colisionan, y b) puede racionalmente elegir cualquiera de ellos. Si lo que sostengo es correcto, la fundamentación racional se vuelve irrelevante en esos casos, dado que cualquiera de las dos decisiones posibles (si prevalece un principio o el otro) es *correcta*, en el sentido de que ambas pueden ser tomadas racionalmente. Lo único que agregaría la fundamentación racional es el motivo por el cual el juez decidió de esa manera, pero si de todos modos la decisión es correcta (en este sentido de “sensible a una fundamentación racional”), que el juez de hecho haya o no tenido motivos racionales pierde relevancia para el derecho de defensa. Lo importante es que el juez *pudo* haber tenido motivos racionales.

Una respuesta parecida merece la réplica de que, si el juez no fundamenta racionalmente sus decisiones, viola algo así como el derecho de las partes a una sentencia fundada. La razón de ser de este derecho es que, si la sentencia es fundada, entonces aumenta la probabilidad de que la sentencia sea la correcta. Pero si hay más de una sentencia correcta (más de una a favor de la cual puede argumentarse racionalmente), tal derecho parece perder su razón de ser: fundamentar por qué uno eligió una de ellas se vuelve irrelevante.

Otra réplica a mi argumento podría ser que, como sostiene Alexy, el hecho de que su teoría de los derechos fundamentales, junto con su teoría de la argumentación jurídica racional, no arrojen resultados concretos en todos los casos no es un rasgo negativo. Ningún procedimiento garantiza certezas. Incluso en las ciencias naturales los métodos científicos arrojan verdades probables, no definitivas. Sin embargo, parecería haber una diferencia relevante entre las ciencias naturales y el campo que a Alexy le preocupa: el derecho. En el caso de las ciencias naturales (y de otras ciencias), hay una verdad a la cual llegar; una verdad que existe independientemente de que los individuos la conozcan. En estos campos, el método científico se presenta como un camino hacia esa verdad. Podrá ser un camino muy largo, pero esa verdad existe, y el método científico al menos aumenta la probabilidad de alcanzarla. En cambio, es difícil pensar que, cuando un juez debe sopesar dos (o más) principios que colisionan, y puede argumentarse racionalmente a favor de cualquiera de ellos, hay una verdad que existe (independientemente de que las personas la conozcan) respecto de qué principio debe prevalecer. Y más difícil aún es pensar que argumentar racionalmente aumenta la probabilidad de alcanzar esa verdad: de hecho, por hipótesis, en estos casos la racionalidad es compatible con uno u otro resultado. En este sentido, cabe

destacar que la palabra “incertidumbre” es ambigua. Por un lado, este término puede significar “hay una solución verdadera, pero no la conocemos”. Por otro lado, puede significar “puede argumentarse racionalmente en favor de una solución, pero no hay una solución *verdadera*”. En las ciencias naturales, “incertidumbre” tiene el primer significado; en muchas (no todas) situaciones vinculadas al derecho, “incertidumbre” parece tener el segundo significado.

Finalmente, cabe insistir en que mi argumento no se aplica a aquellos casos obvios, en los que hacer prevalecer el principio A sobre el principio B es irracional, o sea, a casos en los que la racionalidad manda a hacer prevalecer el principio B. En estos casos, la fundamentación racional es útil porque descarta sentencias obviamente incorrectas y, por ende, no acordes a derecho. No obstante, mi intuición es que la mayoría de los casos que debe atender un tribunal constitucional no son de este tipo; son casos debatibles, en los que personas racionales, fundamentando racionalmente, pueden disentir. Esta conclusión, sin embargo, debería respaldarse con estudios empíricos, lo que excede el objetivo de este ensayo.

Dicho esto, debe destacarse que mi crítica no debería ocultar la originalidad, sofisticación y el valor del trabajo de Alexy, que, como todos sabemos, es una enorme contribución a nuestro campo.