Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 200
AÑO LXIV
JULIO-DICIEMBRE 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 -

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ALEXY COMO PRETEXTO)**

FRANCISCO ZUÑIGA URBINA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

I. ALEXY: DE LA ARGUMENTACION A LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Un tema central en la obra de Alexy es el problema de la racionalidad en el ámbito de la filosofía práctica, tema que permea sus conocidos y debatidos textos. Roberto Alexy (1945) se inicia como docente habilitado en la Universidad de Gotinga. En 1978 publica su tesis doctoral (1976) *Teoría de la Argumentación Jurídica*[1] en que sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación práctica, caracterizada por la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. Alexy explica el enfoque analítico en la estructura de la fundamentación jurídica y la forma y límites de una argumentación jurídica racionalmente posible; cuestión que en último término toca el problema de la fundamentación racional de los juicios morales universales; en que el autor desecha los enfoques positivistas y naturalistas (incluida la doctrina de la "naturaleza de la cosa"); aceptando la posibilidad de una ética jurídica sin metafísica. Para superar la confrontación entre posiciones subjetivistas, relativistas o decisionistas por una parte y posiciones objetivistas, absolutistas y cognotivistas por otra,

*La monografía es un comentario a la reciente traducción a la lengua española del libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy.

[1] Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Alexy recurre a las "teorías procesales de la moral" centradas en la argumentación moral (y los límites de la racionalidad en el discurso). La influencia de maestros alemanes como Ralf Dreier y Günter Patzig es reconocida por Alexy, sin perjuicio del influjo Jürgen Habermas el más importante exponente de la Teoría Crítica en la década de 1980 y 1990.

En su tesis doctoral Alexy establece una conexión entre discurso jurídico y discurso práctico general, que se pone de manifiesto en la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso, a saber:

> "(1) Las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del principio de universabilidad (1.3.), que se corresponden con el principio de justicia formal de tratar igual a lo igual. Las reglas y formas de la justificación interna son la estructura básica de la argumentación jurídica. Con ello, el mismo principio constituye el fundamento tanto del discurso práctico general como del discurso jurídico".
>
> "(2) Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico, la argumentación empírica juega siempre un papel importante y, con frecuencia, el decisivo. En efecto, a menudo hay acuerdo sobre las premisas normativas, pero se discute sobre los hechos. Por ello tiene validez en ambas formas de discurso la regla (6.1.), que permite en todo momento el paso a un discurso teórico (empírico). Con ello se plantea en ambas formas de discurso el problema de que el saber empírico necesario no puede ser adquirido frecuentemente con la certeza necesaria. En ambas formas de discurso son por ello necesarias reglas de presunción racional".
>
> "(3) Algunas de las formas de argumentos agrupados como cánones de la interpretación sirven para dar carácter vinculante, de ninguna manera irracional, a la argumentación jurídica. En otras se trata de variantes de formas de argumentos prácticos de tipo general. Así, la forma de argumento teleológico discutida (J.5), puede verse como una variante del argumento consecuencialista general (4.3.)."
>
> "(4) La ciencia jurídica dogmática puede entenderse como una institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico. Por medio de esta institucionalización se pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general. La discusión experimenta una considerable ampliación en los aspectos temporal, personal y objetual. Así, puede aumentarse tanto la consistencia como también el carácter diferenciado de la decisión. Lo primero viene exigido directamente por los principios de no contradicción, universabilidad e inercia, lo último, indirectamente a través de la exigencia de admisibilidad y de consideración de todos los argumentos, que encuentra expresión en la regla de razón. El cumplimiento de estas exigencias se corresponde con las funciones desarrolladas por la dogmática de: estabilización, progreso, control y heurística".

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"(5) El fundamento del uso de precedente lo constituye el principio de universabilidad y de inercia. Por ello, también los principios prácticos generales sirven como fundamento para dicho uso".

"(6) Esto vale finalmente también para el uso de las formas de argumentos jurídicos especiales. La variante discutida de argumentum en contrario era un supuesto de aplicación de una regla lógica y, por ello, de (1.1.), la analogía mostró ser un caso especial de aplicación del principio de universabilidad (1.3.); y el argumento de reducción al absurdo, una variante de la forma básica del argumento consecuencialista (S) o (4.3.)"[2].

No obstante esta aproximación de reglas y formas de los discursos (jurídico y práctico general), el discurso jurídico tiene lugar según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Con todo, una teoría de la argumentación jurídico - racional como la planteada no da seguridad de un resultado (no es posible equiparar seguridad y racionalidad); pues lo que se designa como racionalidad en la Jurisprudencia, son el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas (procedimiento)[3].

En 1981, Alexy formuló un sistema de 22 reglas y 6 formas de argumentación práctica en general, guiado por el propósito de elaborar un modelo que vincula dos procedimientos no institucionalizados (argumentación práctica general y argumentación jurídica) con dos procedimientos institucionalizados (procedimiento legislativo y procedimiento judicial)[4]. La argumentación jurídica se explica a través de una *teoría procesal* orientada al concepto de la razón práctica. Ello nos remite a la teoría de la argumentación práctica en general y a su paradigma la teoría del discurso racional, en que Alexy se reconoce deudor del filósofo y semiólogo Jürgen Habermas. Conforme a la teoría del discurso racional un enunciado normativo es correcto o "verdadero" cuando puede ser resultado de un determinado procedimiento, es decir, el de discurso racional, y que se expresa en la fórmula:

"D: Un enunciado normativo N es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P"[5].

Con todo, el cometido de este Comentario es la *"Teoría de los Derechos Fundamentales"* (1986), sólido y complejo escrito de Alexy que sirvió de texto de habilitación docente presentado en la Universidad de Gotinga[6]. El libro comentado es un ambicioso intento de reconstrucción de una "dogmática de los

[2] Alexy, R.: Ob. cit., págs. 275-277.

[3] Alexy, R.: "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica". En *Derecho y Filosofía*, Comp. E. Garzón Valdés (trad. C. de Santiago), Edit. Alfa S.A.,Barcelona, 1985. Págs. 43-57.

[4] Alexy, R.: "The foundation of Legal Reasoning". En *Rechtstheorie* 12; 1981. Págs. 257 y ss.

[5] Alexy, R.: "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica", ob. cit. pág. 45.

[6] Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Derechos Fundamentales" con apoyos en la Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho.

Alexy se propone elaborar una "teoría jurídica, es decir, una teoría jurídica general sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental", en suma la parte general de la "dogmática de los derechos fundamentales". Bajo la influencia de R. Dworkin, Alexy distingue entre regla y principio, estudiando la interacción entre elementos ontológicos y sociológicos en el sistema jurídico, y las consecuencias en la estructura del sistema jurídico y de la argumentación jurídica. "La teoría de los principios es una axiología exenta de suposiciones insostenibles. Habrá que demostrar que no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios..." "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 exactamente, lo que es un presupuesto necesario de una dogmática clara de los derechos fundamentales" (...) "Sobre la base de la teoría de los principios y de las posiciones se considerarán algunos problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, es decir; la teoría del supuesto de hecho (Tatbestand) y la teoría de las restricciones, el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad, los derechos de la protección y a la organización, al debido proceso judicial, los derechos sociales fundamentales y el efecto en terceros o efecto horizontal. El Capítulo final está dedicado al papel de los derechos fundamentales y de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico como así también a la argumentación y decisión acerca de derechos fundamentales"[7].

Ciertamente, comentar cada uno de estos temas excedería con mucho una tarea como la encomendada, por lo que me referiré a la dogmática de los derechos fundamentales y el Derecho positivo.

II. DOGMATICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El ambicioso proyecto de Alexy de reconstruir una dogmática de los derechos fundamentales, obliga a definir (marco teórico metodológico) el objeto y carácter de la teoría: *una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, una teoría jurídica* y una teoría general [8].

– "Una *teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental* es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos". Alexy distingue entre teorías histórico-jurídicas, teorías teórico-jurídicas y teorías de derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental. "El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los dere-

[7] Alexy, R.: Ob. cit. pág. 25.
[8] Alexy, R.: Ob. cit. págs. 28-35.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

chos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental".

–"Una *teoría jurídica* de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría de derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática". Alexy distingue tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa. "Dicho brevemente, en la *dimensión analítica* de lo que se trata es de la consideración sistemático - conceptual 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 las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)." "De una *dimensión empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble significado: primero, con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, con relación a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuenciales. Quien considere que el objeto de la dimensión empírica es el conocimiento del derecho positivamente válido tendrá que proponer 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 y sino también de la descripción y pronósticos de la praxis judicial, es decir, no sólo del derecho legislativo sino también del derecho judicial. Además, la eficacia del derecho, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial, es objeto de la dimensión empírica" (...) "En la *tercera dimensión* en la *normativa*, se va más allá de la simple comunicación de aquello que la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido; se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial (...). En gran medida la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor". A modo de conclusión en este punto, Alexy destaca que la ciencia del derecho, como disciplina práctica unifica las tres dimensiones: es una *disciplina integrativa pluridimensional:* "la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica".

– "Una *teoría general* de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo... Su contrapartida es una teoría particular, que trata los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares (...) Es difícil distin-

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

guir entre teoría general y particular en el caso de los derechos fundamentales que tienen el carácter de derechos fundamentales generales, es decir, en el caso del derecho general de libertad y del derecho general de igualdad".

La "teoría de los derechos fundamentales" es un "ideal teorético" que en su formulación integrativa está expuesta a dos malentendidos: una acusación de sincretismo de teorías y exigir con el programa integrativo demasiado de la teorización, todo en detrimento de su rigurosidad sistemática y valor cognitivo. Para Alexy el "programa integrativo" es una "idea regulativa", lo que pone de manifiesto lo ambicioso del proyecto teórico del jurista alemán. En este orden de ideas, la "teoría integrativa" tiene como camino una *teoría estructural* de los derechos fundamentales, teoría que es *primariamente analítica*, es decir, "es una teoría primaria y no puramente analítica porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de la fundamentación de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las teorías prácticas de una teoría integrativa. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Es guiada por la pregunta acerca de la decisión correcta desde del punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter normativo analítico.

Por otra parte, resulta simplemente notable la reelaboración conceptual que Alexy lleva a cabo en relación al concepto de norma de derecho fundamental. Por lo pronto, resulta obvio que un derecho fundamental supone una norma válida de derecho fundamental. Una dificultad inicial es que los derechos fundamentales aparecen como enunciados del texto constitucional que con fórmulas generales y retóricas: atribuyen a las "personas" determinados derechos, normas que desempeñan múltiples funciones en el orden jurídico (E. Stein, J.J. Gomes Canothilo). Pero, en el campo de la *teoría de la norma*, las normas de derecho fundamental comparten todos sus problemas.

Alexy emplea un modelo semántico para conceptuar la norma, distinguiendo entre ésta y enunciado normativo (pero toma distancia de la distinción kelseniana: norma y enunciado jurídico, magníficamente reelaborada en la obra póstuma del jurista vienés *Teoría General de la Norma*)[9]. En el modelo semántico, se emplean modalidades deónticas: mandar, prohibir, permitir, que en el mundo del deber ser (Sollen) conectan con "enunciados proposicionales" que expresan que algo es el caso, mientras que con los enunciados normativos, que algo debe ser el caso. En cuanto a las normas de derecho fundamental o iusfundamentales, puede pensarse como respuesta simple: "Son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fun-

[9] Kelsen, Hans: *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979 (hay trad. en lenguas italiana y española de Edit. Trillas, México, 1994).

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

damental". Esta respuesta presenta dos problemas: "El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la Ley Fundamental expresan normas de derecho fundamental, presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la Ley Fundamental en aquéllos que expresan normas de derecho fundamental y aquéllos que no. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la Ley Fundamental realmente pertenecen sólo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la Ley Fundamental". Alexy, combinando un criterio material y/o estructural (Schmitt) y un criterio formal, define provisionalmente los conceptos comentados: "disposiciones de derecho fundamental son enunciados formulados en los artículos 1 a 19 L.F y los enunciados contenidos en los artículos 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 L.F que confieren derechos individuales. Normas de derecho fundamental son las normas directamente expresadas por estos enunciados". A estos conceptos, Alexy agrega el de "normas adscriptas" para distinguirlas de las normas iusfundamentales directamente estatuidas por la Constitución.

En relación a la estructura de las normas iusfundamentales Alexy hace suya la distinción entre reglas y principios (Dworkin), que resulta ser un centro de gravedad de su teoría de los derechos fundamentales y que permite conectar con la teoría de la argumentación jurídica. Sin ella –dice Alexy– no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico (...) Con su ayuda, es posible hacer más transparente problemas como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativa material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales". Sobre este tema nos referimos en una monografía dedicada especialmente a la doctrina alemana y anglosajona.

Finalmente, Alexy analiza las normas iusfundamentales en el sistema jurídico, en especial la doctrina de la Drittwirkung y la teoría de la argumentación jurídica. En cuanto a las normas iusfundamentales su importancia en el sistema jurídico resulta de su fundamentalidad formal y de su fundamentalidad material. "La *fundamentalidad formal* de las normas iusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedimental y el puramente material. En el *modelo puramente procedimental,* la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo. Todo lo que es creado de acuerdo con el procedimiento y las formas previstos a tal efecto es derecho positivo. Una Constitución puramente procedimental puede tener una influencia sólo mediata en aquello que será derecho positivo (...) A este modelo corresponde una teoría de los derechos funda-

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mentales según la cual los derechos fundamentales no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, es decir, el legislador posee competencia para restringirlos según lo desee, aunque en determinada forma" (...) Lo opuesto al modelo puramente procedimental... *el modelo puramente material*. (...) En el modelo puramente material la Constitución contiene exclusivamente normas materiales a partir de las cuales a través de operaciones metódicas, cualquiera que sea su configuración, puede obtenerse el contenido de cada norma jurídica del sistema jurídico" (...) "Lo que en el modelo puramente procedimental debe ser solucionado a través de una *decisión* dentro del marco de la Constitución, en el modelo puramente material ha de llevarse a cabo a través del conocimiento de su contenido"[10].

Para Alexy la Constitución de la Ley Fundamental tiene un carácter mixto material-procedimental, del primero las normas iusfundamentales, los fines del Estado, y del segundo el procedimiento legislativo, mixtura que significa que los contenidos del sistema jurídico del punto de vista de la Constitución son nuevamente posibles, "existen unos contenidos que son constitucionalmente necesarios y otros que son imposibles. El hecho que las normas iusfundamentales determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su *fundamentalidad formal*". Cierra el planteamiento Alexy, afirmando: "A la fundamentalidad formal se suma la *fundamentalidad material*. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura básica del Estado y de la sociedad. (...) "El hecho de que decisiones sobre el contenido de las normas iusfundamentales incluyan decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y la sociedad se debe a sus objetos de regulación. Cuestiones de libertad e igualdad no son cuestiones de un ámbito parcial del derecho, sino que surgen en todos sus ámbitos". Precisamente, la fundamentalidad formal-material de las normas iusfundamentales permea tan profundamente el sistema jurídico, que genera un efecto en terceros o efecto horizontal (Drittwirkung), modificando radicalmente la concepción decimonónico-liberal de derechos.

Para Alexy la "irradiación" de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del derecho tiene efectos para el "carácter" del sistema jurídico, a saber:

–"El primero consiste en la limitación de los contenidos posibles del derecho ordinario. Ciertamente, la Constitución, en tanto Constitución mixta o material-procedimental, no determina en modo alguno todo el contenido del derecho ordinario, pero excluye algunos contenidos como iusfundamentalmente imposibles y exige otros como iusfundamentalmente necesarios. Esto vale para todos los procedimientos de creación del derecho existentes en el sistema jurídico, es decir, también para la competencia –en tanto tal, a su vez, iusfundamentalmente necesaria– del particular para crear deberes jurídicos a través de contratos..."

[10]Alexy, R.: Ob. cit. págs. 503-504.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

– "El segundo efecto resulta del tipo de determinación material. La determinación material sería un asunto nada problemático si siempre estuviese ya determinado qué es lo debido en virtud de las normas iusfundamentales (...) La razón no es sólo la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales sino también, esencialmente, el carácter de principios de las normas iusfundamentales. Ello implica la necesidad de *ponderaciones*. Tal como se ha expuesto, el procedimiento de ponderación es racional, pero no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cual sea la solución que, después de una ponderación, es considerada como correcta depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación. En este sentido la *ponderación es un procedimiento abierto*. Pero, la apertura de la ponderación conduce a una apertura del sistema materialmente determinado por normas iusfundamentales..."

– "El tercer efecto se refiere al *tipo de la apertura*. La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica"[11].

De esta manera, Alexy entronca con un grueso concepto de Constitución, y el debatido problema de la interpretación de los derechos fundamentales, cuestión penetrada por concepciones filosóficas metateóricas e incluso metafísicas, pues resuena en último término la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo.

III. CONSTITUCION COMO NORMA "ABIERTA" Y CONSTITUCION COMO "SISTEMA MATERIAL DE VALORES"

La polémica doctrinal entre Constitución como norma "abierta" y Constitución como "sistema material de valores", no debe ser confundida con la vieja polémica doctrinal entre un concepto *positivista* de Constitución y un concepto *principialista* (o naturalista) de Constitución en cierta medida superada en la doctrina del Derecho Público contemporánea. La doctrina acepta mayoritariamente el contenido teleológico (ideológico en sentido débil y fuerte, según el caso) de la Constitución y normas iusfundamentales, que entronca con la distinción de Alexy entre *reglas y principios*, como elementos centrales de las normas. Asimismo, esta polémica no debe confundirse con la crítica de juristas modernos (Ehmke, Hesse, Denninger) a la jurisprudencia de valores en el campo de la hermenéutica constitucional.

El contenido ideológico de la Constitución, con la bancarrota teórico-práctica del "socialismo real", se hace más evidente en la tendencia, a veces abu-

[11] Alexy, R.: Ob. cit. págs. 524-926.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siva, a identificar Constitución con Democracia, con el Estado de Derecho, en cualquiera de sus fórmulas (liberal, social y democrático). Las obras de K. Stern en Alemania y de F. Rubio Llorente o M. Aragón en España ponen de manifiesto esta asimilación filosófico-práctica del principio democrático a la teoría de la Constitución.

La polémica doctrinal: Constitución como norma "abierta" y Constitución como "sistema material de valores" entronca con dos paradigmas dominantes en la ciencia política y filosofía política: "democracia procedimental" (concepción mínima en Kelsen, Schumpeter o Bobbio) y "democracia sustantiva", concepciones que marcan desde supuestos metateóricos a la teoría constitucional y a la teoría de los derechos fundamentales. En el caso de Alemania la traumática experiencia de Weimar y del nacional-socialismo generaron un "eterno retorno" al Derecho Natural, bajo etiquetas como la "naturaleza de la cosa", que permitieron la reconversión filosófico-metafísica de un gran exponente del relativismo axiológico como G. Radbruch. Esta "reconversión" al Derecho Natural (que comprende incluso a destacados juristas del régimen de Hitler) encuentra como chivo expiatorio al positivismo de Kelsen, incurriéndose en un error conceptual (e ideológico) que aún muchos autores sostienen. En el caso de América del Norte, la tradición constitucional se gesta como doctrina de los derechos naturales, que sólo en la década de 1970 es sometida a una severa crítica. El "nuevo iusnaturalismo" constitucional en la doctrina norteamericana es la "preferred position" de las libertades de la Primera Enmienda, y que es el núcleo de la jurisprudencia de la Suprema Corte a partir del Chief Justice Warren, paradigma al que adscribe una parte de la doctrina (Tribe, Perry). En Alemania el "nuevo iusnaturalismo" se expresa en la doctrina de la "más fuerte pretensión de validez" de los derechos fundamentales (Bachof, Dürig, Nipperdey, Esser, Zippelius), de amplia recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

Como reacción a la "tiranía de los valores", al "subjetivismo", a la "indeterminación" de valores sustantivos, autores de diverso talante ideológico, dan inicio a una reacción que cristaliza en el concepto de Constitución como norma "abierta", que no impone valores, sino que permite en el marco de la democracia pluralista la realización de valores de diverso cuño ideológico (empleando el término ideología en un sentido débil), y que tiene sus principales figuras en juristas como J. Rawls, P. Häberle y J.H. Ely. En la doctrina germana P. Häberle en la monografía *Verfassungstheorie ohne Naturrecht* (1974) se plantea el programa de elaborar una teoría constitucional "sin Derecho Natural", lo que no importa rechazar la posibilidad de fundamentar racionalmente una ética jurídica. Para estos autores, se trata de sustituir los valores "materiales", por valores "procedimentales", valores propios de la democracia pluralista ("sociedades abiertas" en lenguaje de Popper). Para J.H. Ely los valores "fundamentales" carecen de objetividad, y la Constitución debe ser concebida como un conjunto de cláusulas abiertas, que fijen el marco de competencia, garantizando que diversos valores

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puedan expresarse en programas políticos concretos, que cuenten con la adhesión de la mayoría de la población[12].

En este contexto, Alexy (a nuestro juicio) no opta por un promedio o programa integrativo, pues si bien reconduce las normas iusfundamentales a una fundamentalidad formal y material, entronca la cuestión de la "legitimidad" a la teoría de la argumentación jurídica. Para Alexy la *fundamentalidad material-formal* da cuenta de la relación entre parte dogmática y parte orgánica de la Constitución, y de la historicidad de la Constitución y de las formas políticas de Estado y de régimen político democrático. En consecuencia, las normas iusfundamentales que poseen un contenido teleológico tienen efectos en el sistema jurídico, efectos para identificar contenidos "imposibles", contenidos "necesarios", que *materialmente* determinan el sistema jurídico, determinación material abierta por un procedimiento de ponderación que conduce a la apertura del sistema jurídico, que gira en torno a valores-principios de dignidad, libertad e igualdad.

Sin embargo, este sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución y abierto por un procedimiento de ponderación está muy lejos del decisionismo y del "nuevo iusnaturalismo". Alexy probablemente está consciente de la difícil articulación del Tribunal Constitucional en el Estado a la luz del principio democrático y de la dudosa eficacia de fórmulas de "judicial self-restraint". El Tribunal Constitucional se convierte en las democracias pluralistas en el supremo intérprete de la Constitución definiendo los valores socialmente dominantes y relevantes para el orden jurídico. Así, de la relación Tribunal Constitucional-Parlamento no están en discusión las competencias de control "sino tan sólo cuál es el alcance de las mismas". En este punto Alexy distingue tres niveles de argumentación: material, funcional o de competencia y metodológica. La competencia de control del Tribunal Constitucional depende esencialmente de la seguridad con la que pueda fundamentarse la existencia de una posición iusfundamental.

Ahora bien, la *seguridad* de la fundamentación iusfundamental nos conduce a la *teoría de la argumentación jurídica*. En el primer apartado hemos recordado que para Alexy la argumentación jurídica trata de cuestiones prácticas, y el discurso jurídico es un caso de discurso práctico general. "En tanto tal, está caracterizado por el hecho de que la argumentación se lleva a cabo bajo una serie de condiciones restrictivas... sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática. Sin embargo, estas sujeciones, que pueden ser aprehendidas por un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no conducen en todos los casos exactamente a un solo resultado" (...) "La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de sí y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables". La racionalidad de la fun-

[12]Ely, John Hart.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial* Review. Cambridge, 4ª ed., Mass. 1982.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

damentación jurídica conduce a la cuestión de la fundamentación racional de los juicios prácticos generales o de los "juicios morales". De la contraposición entre posiciones subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas, por una parte, y las objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionales, por otra. Alexy plantea que la posición ética actual, influenciada por la lógica, filosofía del lenguaje, teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y en el contenido orientada por Kant, no hace posible teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente, a cada cuestión moral, pero sí son posibles *teorías morales procedimentales* que formulen reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctico racional. Una teoría moral procedimental es la teoría del discurso práctico-racional, que vincula teoría moral y teoría del Derecho, en un modelo de cuatro gradas: 1) el discurso práctico general; 2) el procedimiento legislativo; 3) el discurso jurídico; y 4) el procedimiento judicial[13].

Con todo, en el ámbito de la argumentación iusfundamental, el discurso no está sujeto a decisiones del procedimiento legislativo; desaparece la ley como fuente de sujeción al operador concreto, apareciendo "disposiciones iusfundamentales muy abstractas, abiertas e ideologizadas". Alexy se propone saber qué significa esto para la controlabilidad racional de la decisión iusfundamental, y en la respuesta distingue entre base y proceso.

La *base* de la argumentación iusfundamental, al igual que la argumentación jurídica general, se caracteriza con los términos: "ley", "precedente" y "dogmática"[14].

– La sujeción a la "ley" en la argumentación iusfundamental es la sujeción al texto de las disposiciones iusfundamentales y a la voluntad del legislador constitucional. Esta sujeción se expresa en reglas de interpretación semántica y genética (subjetivo-teleológica), argumentos semánticos y genéticos, limitados e insuficientes.

– La sujeción al "precedente" se expresa en dos reglas de uso:

1. Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.

2. Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación.

"En virtud del *principio de universabilidad*, de cada decisión del Tribunal Constitucional Federal puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido". (...) "Cuando los casos son suficientemente iguales, tales reglas de decisión son siempre aplicadas". Agrega Alexy: "Si se resumen todas las reglas de decisión del Tribunal Constitucional Federal, se obtiene una red relativamente amplia y diversa de normas. Cada nueva decisión contribuye a aumentar su *densidad*. Por ello, podría pensarse que la fuerza vin-

[13]Alexy, R.: Ob. cit. págs. 529-531.
[14]Alexy, R.: Ob. cit. págs. 533-552.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

culante de los precedentes en este sistema de normas es más bien demasiado grande. La objeción de encostramiento parecería entonces posible. Sin embargo, es posible refutar esta objeción. Por lo pronto, hay que hacer referencia a las posibilidades del *distinguishing* y del *overruling*. Por más densa que sea la red de las reglas de decisión, los nuevos casos presentan siempre nuevas características que puedan ser utilizadas como razones para una diferenciación. Además, como precedentes, las reglas de decisión poseen sólo una fuerza vinculante prima facie. Se puede renunciar a una regla de decisión si se aducen razones suficientes para ello. Segundo, hay que subrayar que, detrás del sistema de las reglas de decisión, los principios conservan su validez".

– La sujeción a la "dogmática" o teorías materiales de los derechos fundamentales (que ponen tres dimensiones: analítica, empírica y normativa), en el ámbito de la *base* de la argumentación iusfundamental interesa en su dimensión normativa. Las teorías "materiales" de los derechos fundamentales son en base de la argumentación iusfundamental, "apoyada no autoritativa sino argumentativamente"; pero expuesta a la objeción de circularidad. Para Alexy una teoría "material" sólo es posible bajo la forma de una "teoría de los principios", teoría de los valores o de los fines de los derechos fundamentales. De estas teorías "materiales" tomando a Böckenförde, distingue cinco teorías: teoría liberal o burguesa, teoría democrática, teoría del Estado social, teoría axiológica y teoría institucional.

Finalmente, en cuanto al *proceso* de argumentación iusfundamental éste llena la "laguna de racionalidad" que deja la *base*. "El discurso iusfundamental –indica Alexy– es un procedimiento argumentativo en el que de lo que se trata es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada". El discurso iusfundamental (al igual que el discurso jurídico) comparte la inseguridad de resultado del discurso práctico general. Resulta inevitable una "apertura calificada", que excluye la arbitrariedad o mera decisión. La *base* confiere firmeza al *proceso*, que a través de reglas y formas de la argumentación (práctica general y jurídica) de estructura "racionalmente". "La inseguridad del resultado del discurso iusfundamental conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental dotada de autoridad"[15]. Tal decisión corresponde principalmente al órgano de justicia constitucional, con la particularidad de que la argumentación iusfundamental es pieza clave de la legitimidad de un órgano (de justicia constitucional) supraordinados respecto de los demás órganos del Estado y destinatarios del poder.

Para concluir, cabe recoger una reflexión que a quienes se dedican, en el campo de la investigación y la docencia, a la ciencia del Derecho Constitucional, llama poderosamente la atención: observamos dos fenómenos de interés, por una parte la renovada preocupación de profesores y juristas por releer a los clásicos (modernos y antiguos); fenómeno que se expresa claramente en la doctrina alemana, francesa y española; y por otra parte la sistemática incursión de iusfiló-

[15]Alexy, R.: Ob. cit. pág. 553.

Artículo: Teoría de los derechos fundamentales (Alexy como pretexto)
Revista: Nº200, año LXIV (Jul-Dic, 1996)
Autor: Francisco Octavio Zúñiga Urbina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sofos (Kriele, Rawls, Dworkin) en la teoría constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales. Estamos ciertos que éstos dos fenómenos, junto con renovar, fortalecen a la ciencia del Derecho Constitucional como disciplina científica.

La obra de Alexy se encuadra en el campo de estos dos fenómenos, y estamos ciertos que este maestro alemán seguirá aportando desde la teoría del Derecho a la dogmática de los derechos fundamentales.