

ARTÍCULO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO NORMAS JURÍDICAS MATERIALES EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY¹

María Dolores Pérez Jaraba
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén

Fecha de recepción 01/11/2011 | De aceptación: 01/12/2011 | De publicación: 16/12/2011

RESUMEN.

La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy se fundamenta en un concepto material de norma jurídica que es de carácter doble. Por un lado, se define por los rasgos propios de los *principios*, en consonancia con la idea de argumentación correcta. Pero, por otro lado, sigue teniendo peso la validez jurídica de las normas que contienen derechos fundamentales, consideradas como *reglas* constitucionales. Tal y como se argumenta en el trabajo, esta ambigüedad de la teoría de la norma de Alexy permite distintos acercamientos, positivistas y no positivistas, que es signo de su riqueza teórica.

PALABRAS CLAVE.

Derechos fundamentales. Norma jurídica. Neoconstitucionalismo. Positivismo

ABSTRACT.

The theory of the civil rights of Robert Alexy is based on a material concept of rule of law. It is two-fold. On the one hand, is defined by the traits of the *principles*, consistent with the idea of correct argument. But on the other hand, weight is still the legal validity of the rules contained civil rights, constitutional *rules* considered. As argued in the work, this ambiguity of the norm theory allows for different approaches Alexy, positivist and positivist, which is a sign of its theoretical richness

KEY WORDS.

Civil rights. Legal rule. Neoconstitutionalism. Positivism

¹ El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del programa de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, Consolider-Ingenio 2010, "El tiempo de los derechos" (CSD2008-00007) y del grupo de investigación de la Universidad de Jaén-Junta de Andalucía, "Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales" (SEJ-428).

SUMARIO. 1. Introducción: Sobre la elección de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.. 2. Principios y reglas en la teoría del Derecho de Robert Alexy. 3. La teoría alexiana de la norma jurídica. 4. Tipos de normas iusfundamentales: «Normas de derecho fundamental» y «normas adscritas de derecho fundamental». 5. Conclusión: La doble estructura «regla/principio» de las normas de derecho fundamental.

1. Introducción: Sobre la elección de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy

Los principios y las reglas vienen siendo considerados como los dos tipos principales de normas de los ordenamientos jurídicos actuales. Así, están presentes en la teoría de los derechos de la mayoría de los autores más importantes. Hay autores, como

Ronald Dworkin, que considera que los derechos se relacionan de manera determinante con *los principios*. Por eso su teoría de los derechos es considerada como una *teoría principialista de los derechos*². Otras teorías conocidas, como la *teoría dualista de los derechos* del Prof. Peces-Barba³ o la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli son también teorías influyentes en

*El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del programa de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, Consolider-Ingenio 2010, "El tiempo de los derechos" (CSD2008-00007) y del grupo de investigación de la Universidad de Jaén-Junta de Andalucía, "Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales" (SEJ-428).

² Sobre la teoría de los derechos de Ronald Dworkin, entendida como una cuestión de principios y como "triumfos" frente a las normas de las mayorías y el poder político, vid; GARCIA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, CEC, 1998; DE ASIS ROIG, R., "Dworkin y los derechos como triunfos", *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), Nº 38, 1993, pp.161-181.

³ El estudio reciente de toda la obra de Gregorio Peces-Barba, de Reynaldo Bustamante, describe de la siguiente manera el significado del «dualismo» de su teoría de los derechos: «En resumen, la concepción dualista de Peces-Barba sobre los derechos fundamentales, postula que para definirlos, o para determinar qué contenidos normativos corresponde a tal tipo de derechos, deben examinarse dos ámbitos: el ético y el jurídico». BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010, p.631.

España y en Europa, como la de Dworkin es influyente en casi todo el mundo. Por su parte, la teoría de los derechos de Robert Alexy, considera que los derechos fundamentales están siempre contenidos en *normas jurídicas*, por lo que su teoría de los derechos es una *teoría normativa de los derechos*, en la que tienen cabida tanto los principios como las reglas. Pero, lo que todos estos autores comparten es una idea de contenido material de los derechos, cada uno a su modo, pues, una *teoría exclusivamente formal de los derechos*, como la de Hans Kelsen, se considera hoy superada⁴.

Ante tantas teorías de los derechos de la actualidad, todas ellas de gran consistencia, considerando las limitaciones

⁴ Sobre la vinculación entre derechos fundamentales y una concepción material del Estado de Derecho, en donde hay una crítica al formalismo de Hans Kelsen, vid; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 1997, pp.65-86.

de este trabajo, hemos elegido el análisis de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy para describir una idea material de las normas, por dos motivos especiales:

Primero, porque la teoría de los derechos de Alexy es una de las teorías de los derechos más influyentes en la actualidad. También lo es la de Dworkin, pero la teoría de Alexy viene mejor como teoría de todos los derechos fundamentales, individuales y sociales, mientras que Dworkin limita su teoría sólo para un tipo de derechos; para los derechos individuales⁵.

Segundo, porque en la teoría de los derechos de Alexy se refiere de forma expresa tanto a los principios como a las

⁵ "Los argumentos de principios se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos". DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p.158. Trad. Marta Guastavino.

reglas, combinando ambos conceptos para la determinación de las normas de derecho fundamental. El que Alexy se refiera a estas dos categorías de manera expresa en su teoría de los derechos fundamentales, nos ha hecho elegirla como ejemplo de una teoría de los derechos compleja, pues utiliza tanto la teoría de las reglas como la de los principios, cosa que no hace, por ejemplo, Ronald Dworkin, más atento a los principios, ni tampoco Luigi Ferrajoli, cuya teoría garantísta de los derechos fundamentales se mantiene dentro del positivismo de las reglas⁶.

⁶ «El garantismo coincide con esa forma de tutela de los derechos vitales de los ciudadanos que se realiza históricamente a través de su positivación en el marco del Estado de derecho, y no es concebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico». FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p.868. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero. Sobre la especificidad del positivismo jurídico de Luigi Ferrajoli, últimamente, vid; FERRAJOLI, L./MORESO, J.J./ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

Una vez justificada, al menos mínimamente, la elección de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, pasamos a exponer sus rasgos más característicos. Comenzaremos por exponer las ideas de Alexy respecto de los dos tipos de normas básicas de los ordenamientos jurídicos constitucionales actuales. Después, nos adentraremos en el examen concreto de la teoría de las normas jurídicas iusfundamentales del pensador alemán. Veamos.

2. Principios y reglas en la teoría del Derecho de Robert Alexy

Lo primero que hemos de señalar en la teoría de Robert Alexy es que, para éste, a diferencia de lo que sostiene Ronald Dworkin, tanto los principios como las reglas son normas jurídicas: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como

normas”⁷. Así, para Alexy, la distinción entre principios y reglas es una distinción entre dos tipos diferentes de normas, por lo que Alexy no se planteará el complejo problema de la identificación no-normativa de los principios, como sí se lo plantea Dworkin. Pues bien, es desde esta perspectiva normativista, en cierta forma distinta a la de Dworkin, desde donde el filósofo del Derecho alemán se enfrenta al tema de los principios y las reglas.

2.1. La clasificación de los principios.

⁷ ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, nº5, 1988, p.140 (Trad. Manuel Atienza). La afirmación de que «los principios son normas», significa que Alexy sí cree que existe un *parámetro comúnmente aceptado* a partir del cual se puede identificar a un principio como norma jurídica, de igual manera que identificamos a una regla como norma. No obstante, Alfonso García Figueroa ha señalado que a Alexy habría que considerarlo como un autor partidario del «no positivismo principialista» conjuntamente con Dworkin, aunque de manera más matizada que éste último, porque Alexy cree que la *validez jurídico-formal* es el principal criterio de identificación de las normas, aunque luego habría que tener también en cuenta otros criterios sociales y éticos de validez. Vid; GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Op. Cit., pp.327-409.

Continuando con la comparación entre Ronald Dworkin y Robert Alexy, también se da el rechazo por parte de Alexy de la clasificación básica de los principios de Dworkin, quien distingue entre *principios “en sentido estricto”* y *directrices*.⁸ En efecto, para Alexy, los principios son normas deónticas o de deber, tanto si presentan en su contenido una referencia a los derechos individuales (principios en “sentido estricto”, según Dworkin) como si su contenido hace referencia a objetivos o bienes colectivos (directrices, para Dworkin). En lo que hace, por lo tanto, a la clasificación de los principios entre “principios” y “directrices”, Alexy nos dice que no es una clasificación pertinente, prefiriendo un concepto amplio de principio, pues no considera necesaria la subdivisión de los principios entre principios “en sentido

⁸ “En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de estándares extrajurídicos que no son reglas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre *principios* y *directrices*”. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Op. Cit., p.72.

estricto” y directrices. La razón por la que Alexy rechaza esta clasificación es que parece indicar que habría verdaderos principios, es decir, los *principios “en sentido estricto”*, ligados a los derechos individuales y, otros principios menos importantes, lo que Dworkin llama *directrices*, que no se vincularían a derechos individuales sino a objetivos y bienes colectivos. Sin embargo, la posición de Alexy consiste en otorgar la misma dignidad de principio, tanto a los principios “en sentido estricto” como a las llamadas *directrices políticas* de Dworkin. Sobre esto escribe Alexy:

“Dworkin concibe el concepto de principio de una manera más estrecha. Según él, principios sólo son aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para los derechos individuales. Las normas que se refieren a derechos no individuales las llama «*policies*». Sin duda, la diferencia entre

derechos individuales y bienes colectivos es importante. Pero no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio con el concepto de derecho individual. Las propiedades lógicas comunes a ambos tipos de principios, a las que Dworkin alude con su concepto de «*principle in the generic sense*» y que aparecen claramente en las colisiones de principios, sugieren la conveniencia de un concepto amplio de principio. La diferencia subrayada por Dworkin puede ser tomada en cuenta en el marco de tal concepto amplio. Lo mismo vale para otras diferencias posibles”⁹.

Así pues, a partir de que, para Alexy, son *igualmente principios* los que están referidos a derechos individuales como los que lo están a objetivos o bienes colectivos, las siguientes clasificaciones de los principios que están presentes en su obra

⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p.111. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

van referidas a todos los principios en este concepto amplio.

En efecto, Alexy distingue entre, *principios de contenido o materiales* y *principios formales o procedimentales*. Un principio material es aquel tipo de principio que, o bien sirve para la defensa de un derecho individual, o bien sirve para la defensa de un bien o interés comunitario. Ambas formas de principio *son materiales* para Alexy. Encuanto al principio formal o procedimental, es aquel tipo de principio que establece los márgenes dentro de los cuales actúan los principios materiales o de contenido. En palabras de Alexy: “Un *principio formal o procedimental* es el que establece que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve sólo intereses

comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales... En la medida en que la concesión de márgenes de acción trae como consecuencia que exista menos protección que la que existiría si no hubiese dichos márgenes de acción, aquel principio puede ser calificado como una razón de restricción independiente”¹⁰

Asimismo, Alexy también distingue entre, *principios explícitos* y *principios*

¹⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.133. Alexy entiende de una manera estructural la «colisión» que está presente por la propia existencia de principios formales y principios materiales. Así, al respecto ha escrito: “Decisiones sobre como la prohibición o la permisión de productos del cannabis son importantes para la comunidad. Si la decisión sobre este aspecto depende de apreciaciones empíricas, la competencia decisoria del legislador, exigida *prima facie* por el principio formal, abarca también la competencia para decidir sobre este aspecto en condiciones de falta de certeza. De este modo, el principio formal entra en colisión con el principio iusfundamental material. Este último excluye *prima facie* que el legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en un premisa empírica insegura, desfavorable para una derecho fundamental; en cambio, el principio formal exigen exactamente *prima facie* que el legislador tenga dicha competencia”. ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, p.89. Trad. Carlos Bernal Pulido.

implícitos. Según si los principios están contemplados expresamente (explícitos) o no lo están (implícitos) en las disposiciones jurídicas, sobre todo en las disposiciones normativas de la Constitución. A su vez, los *principios explícitos* pueden ser tanto materiales como formales y, los *implícitos*, también pueden ser tanto materiales como formales. Además de su carácter expreso o implícito en una disposición normativa constitucional, principalmente, lo que diferencia a un principio implícito de un principio explícito, es que, el principio implícito, se sostiene exclusivamente en los términos de una buena argumentación jurídica de su existencia¹¹, mientras que el

¹¹ Como es de sobra conocido, la argumentación jurídica es para Alexy un «caso especial» de la argumentación racional práctica o moral: «La argumentación jurídica se concibe para Alexy como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como «discurso» y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como «discurso práctico». El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general». ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2008, p.34.

principio explícito ya parte de su existencia normativa a la que se añade su sostén en una argumentación jurídica correcta: “Los principios –dice Alexy- no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo deber ser el derecho”¹².

2.2. Los criterios de distinción entre principios y reglas

La clasificación anterior de los principios se entiende mejor cuando

Trad. M. Atienza e I. Espejo. Sobre la aplicación al Derecho de la argumentación racional, Alfonso García Figueroa ha escrito: “Según la tesis del caso especial, el razonamiento jurídico es básicamente moral, pero se ve sometido a ciertos límites que lo especifican (la ley, el precedente, la dogmática y las reglas del ordenamiento procesal)”. GARCÍA FIGUEROA, A., “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, nº 22, 1999, p.199.

¹²ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 104.

abordamos los criterios que, según Alexy, los distinguen de las reglas. Veamos:

- a) Criterio de cumplimiento: *Las reglas sólo pueden ser cumplidas o no, mientras que los principios ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible.*

Este primer criterio de distinción entre principios y reglas es muy similar al criterio de distinción de Dworkin, sobre todo al carácter «todo-nada» de las reglas, y así lo admite Alexy, aunque con matizaciones. Pues, con esta primera distinción entre principios y reglas, lo que pretende plantear Alexy es que los *principios*, en cuanto normas deónticas, son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que, la medida de su cumplimiento, no sólo depende de las

posibilidades reales sino también de las jurídicas. Además, el ámbito de las posibilidades jurídicas de cumplimiento de los principios queda determinado por *principios y reglas opuestos*. Sin embargo, si una *regla* es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas, a diferencia de los principios, contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. También señala Alexy que este criterio de cumplimiento establece una diferencia entre principios y reglas de carácter *cualitativo* y no simplemente de grado¹³.

Respecto de este criterio de distinción de Alexy, García Figueroa ha dicho, no obstante, que el mandato de optimización no exige el cumplimiento gradual de los principios: “Provisionalmente, se puede

¹³ Vid; ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Op. Cit., pp.143-144.

concluir que el objeto del mandato de optimización no deber ser necesariamente de cumplimiento gradual y que el mandato de optimización tampoco es de cumplimiento gradual, pues *la propia noción de óptimo excluye la gradualidad...* La gradualidad alude a la necesidad de la ponderación de las diversas normas antes de su aplicación al caso concreto, lo cual remite a la idea del carácter *prima facie* de los principios¹⁴.

b) Criterio del “tipo de razones”: *Los principios son siempre razones «prima facie», mientras que las reglas, a menos que se establezca una excepción, son razones definitivas.*

A partir del anterior criterio del cumplimiento, Alexy considera que los principios y las reglas contienen *razones de tipo diferente*. Así, respecto de las reglas, si una regla no contiene ninguna “cláusula de excepción”, entonces, vale definitivamente lo que la regla ordena. Es decir, el contenido de la regla que no permite ninguna excepción es una *razón definitiva* para el que ha de aplicarla, anulando la posibilidad de recurrir a ninguna otra *razón autónoma o independiente* distinta del mandato determinado en la regla¹⁵. El fundamento más importante del carácter de razón definitiva de las reglas que ofrece Alexy es que, las reglas han sido impuestas *de forma*

¹⁴GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Op. Cit., p.192. Subrayado mío.

¹⁵Vid; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp.101-103. Alexy también analiza el caso en que una regla contenga una *cláusula de excepción*, entonces: “cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo sobre la base de un principio”. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 99). Pero, aunque la regla ha perdido su carácter de *razón definitiva* debido a la excepción de un principio, como ha señalado la Francesca Puigpelat, comentando la posición de Robert Alexy: “quien excepciona una regla en función de un principio ha de asumir la carga de la argumentación”. PUIGPELAT, F., «Principios y normas», *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, nº 6, 1990, p.247.

expresapor la autoridad legitimada jurídicamente para hacerlo.

Por lo que hace al carácter de *razón prima facie* de los principios, Alexy también lo relaciona con el anterior criterio del cumplimiento. Así, manifiesta que, en cuanto los principios ordenan que algo «debe ser realizado» en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, entonces, los principios no contienen mandatos definitivos sino tan sólo *mandatos prima facie*. Y el mandato contenido en un principio es una *razón prima facie*, y nunca una *razón definitiva*, porque todos los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Mientras que una regla, sin cláusula de excepción, presenta razones que

no pueden ser desplazadas por otras razones; son razones definitivas¹⁶.

Por último, hay que señalar que Alexy, utiliza el término “razones”, tanto si se refiere a razones definitivas como a razones «prima facie», en un sentido exclusivamente normativo. Es decir, por ejemplo, no comparte con Joseph Raz¹⁷ la tesis de que las normas (principios y reglas) sean “razones para la acción”. Por el contrario, para Alexy los principios y las reglas son razones para *otras normas*, ya se trate de normas universales (leyes, singularmente) o se trate de normas individuales (juicios de deber ser jurídico-concretos, es decir,

¹⁶ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp.102-103.

¹⁷ Respecto a la vinculación de las normas de la autoridad como «razones para la acción» en Joseph Raz, éste ha escrito: “El valor primario de nuestra habilidad general de actuar por nuestro propio juicio deriva de la preocupación de conformarnos por razones, y esa preocupación puede ser satisfecha en una variedad de formas. Por consiguiente, no es sorprendente que nos encontremos con que también se satisface en formas que se aproximan a obedecer a la autoridad”. RAZ, J., «El problema de la autoridad: De nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio», *Doxa*, nº26, 2006, p.153.

singularmente decisiones judiciales). La negativa de Alexy a considerar las reglas y los principios como directamente razones para la acción, se debe a que prefiere quedarse exclusivamente en el «mundo de las normas o del deber ser», sin hacer mención expresa al «mundo del ser o de las acciones». De la siguiente manera justifica Alexy su opción: “Al ser vistas las reglas y los principios como razones para normas, la relación de fundamentación queda limitada a cosas de una sola categoría, lo que facilita su manejo, sobre todo su análisis lógico”¹⁸.

c) El criterio de la generalidad: *los principios suelen ser relativamente generales, las reglas, por el contrario, suelen ser relativamente concretas.*

Robert Alexy considera que este criterio de distinción entre principios y reglas es bastante usual y fácil. Con él se hace mención a que los principios suelen ser relativamente generales porque no están referidos de una manera determinada a las posibilidades del mundo real o normativo. Poseen una naturaleza más ideal que las reglas, las cuales, por el contrario, sí están más concretamente referidas a las posibilidades del mundo real y normativo. Sin embargo, este criterio de la generalidad no establece, frente a los dos anteriores, una *diferencia cualitativa* entre principios y reglas.

La explicación que da Alexy es que existen normas de alto grado de generalidad que no son principios, lo que muestra que al criterio de la generalidad le corresponde sólo un derecho relativo. Por lo tanto, con el *criterio de la generalidad* sólo obtenemos una separación débil entre principios y reglas. Es

¹⁸ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.102.

lo que Alexy ha llamado; *la tesis débil de la separación*¹⁹.

2.3. Principios y valores: diferencias y relaciones.

Al problema de las diferencias y relaciones entre los valores y los principios, Alexy le dedica una especial atención. Aunque Alexy considera que en el lenguaje jurídico y judicial (el del Tribunal Constitucional, por ejemplo), en numerosas ocasiones se aluden a los *principios* mediante el enunciado valores (y se habla del *valor de la igualdad*, por ejemplo), no obstante, cree pertinente distinguir entre los principios y los valores. Para aclarar las diferencias entre principios y valores, Alexy parte de la división de los “conceptos prácticos” propuesta por G.H. von Wright.

¹⁹ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Op. Cit., p.141.

Según von Wright, los conceptos prácticos se dividen en *tres grupos*: conceptos deontológico, axiológico y antropológico.

El *concepto deontológico*, es aquel concepto práctico referido a un mandato o deber ser. El *concepto axiológico*, se caracteriza porque va referido a la idea de lo bueno o lo mejor. Por último, el *concepto antropológico*, se vincula con conceptos prácticos, como interés, necesidad, decisión, voluntad y acción²⁰. Pues bien, según Alexy, *los principios* son conceptos deontológico, es decir, expresan mandatos (de optimización), mientras que, los *valores*, son conceptos axiológicos, pues expresan «juicios de valor» sobre un “objeto”, principalmente *juicios de valor comparativos* del tipo; «la Constitución

²⁰ Sobre esta clasificación de los conceptos prácticos en von Wright, vid; WRIGHT, G.H. von, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979. Trad. P. García Ferrero; CARRIÓ, G.R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990; GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Op. Cit., pp.207-216.

X es mejor (o más buena) que la Constitución Y»²¹.

Así, puesto que para Alexy los *principios* son normas jurídicas deónticas, como también lo son la mayoría de las *reglas*, prefiere trabajar con el lenguaje de los principios en lugar de con el lenguaje de los valores. Los valores se vinculan mucho más que los principios con el lenguaje moral y con el axiológico en general. Mientras que los principios se vincula más con el lenguaje jurídico, es decir, con el lenguaje de los mandatos o deberes: “El modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se

expresa claramente el *carácter de deber ser*.

A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios²². Por lo tanto, en lugar de hablar de la igualdad, por ejemplo, con la expresión *el valor de la igualdad*, Alexy prefiere referirse al *principio de igualdad*, en cuanto manifestaría mejor el carácter jurídico de la igualdad; la igualdad como un mandato o deber. No obstante, la igualdad tiene un contenido moral que se expresaría mejor con el enunciado; el valor de la igualdad²³.

²¹ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp.139-140. Dentro de los juicios de valor, Alexy distingue entre; a) *juicios de valor clasificatorios*, son juicios de valor que catalogan un objeto como bueno o malo, o que tiene una valoración neutra; b) *juicios de valor métricos*, cuando se le atribuye al objeto que hay que valorar un número que indica un valor (por ejemplo, X=2; Y=3, siendo 3 valor superior a 2); y, c) *juicios de valor comparativos*, que son juicios utilizados cuando de dos objetos (o más) se dice que uno tiene un valor superior al otro o que tienen un mismo valor. Alexy dice que son los juicios de valor comparativos los que están más cercanos al mundo de los principios y del derecho en general (pp.142-143).

²²ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.147. Subrayado mío.

²³ Por razones muy similares a las que ofrece Alexy, por el contrario, Gregorio Peces-Barba, siempre ha preferido utilizar el lenguaje de los valores al de los principios. Así, mantiene que, en lo que hace a los “valores superiores”, pero no a cualquier valor, éstos han de estar por encima de los principios y de las reglas. Por dos razones. *Primero*, porque los valores superiores representan una perspectiva de globalidad o totalidad frente a las normas y también sirven de fundamentación a todas las normas. *Segundo*, porque la expresión «principios superiores» crea confusiones con el iusnaturalismo. Vid; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp.39-45.

3. La teoría alexiana de la norma jurídica

Por último, hay que decir que, para Alexy, de la misma manera que no existen *principios absolutos*, pues todos los principios están limitados por otros principios y por las reglas del sistema, tampoco puede hablarse, en el nivel axiológico, de *valores absolutos* sino *relativos*, dado que también los valores han de ponderarse unos con otros. La única diferencia entre el «tipo de colisión» entre principios y el de colisión entre valores consiste, dice Alexy: "En que la colisión entre principios se trata de la cuestión de *qué es debido de manera definitiva*, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a *qué es de manera definitiva mejor*"²⁴.

Tal y como hemos dicho antes, la teoría de los derechos de Robert Alexy es una *teoría normativa de los derechos*. Por eso es obligado examinar qué es lo que entiende Alexy por norma jurídica. En el apartado anterior hemos tratado las características de los dos tipos de normas básicas del sistema jurídico, ahora es obligado analizar el concepto de norma jurídica que está en la base de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. Veamos.

Como señala Robert Alexy, no puede sorprender que se mantenga todavía hoy la discusión sobre el concepto de norma, y ello porque se trata de un concepto básico de la ciencia jurídica. Toda definición sobre el concepto de norma incluye decisiones sobre el objeto y el método, es decir, sobre cómo

²⁴ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Op. Cit., p.145. Subrayados míos.

concebir la ciencia jurídica. Las perspectivas sobre la norma jurídica cambian si por norma se entienden cosas distintas: a) entender por norma el sentido objetivo de un acto por el cual se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta; b) entender por norma un imperativo o un modelo de comportamiento que es realizado habitualmente o que, en caso de no realización, tiene como consecuencia una reacción institucional y social; c) afirmar que una norma jurídica es la expresión de una regla social; etc.

A partir de la aportación de la lingüística y la filosofía del lenguaje al estudio del derecho, se suele distinguir entre «norma» y «enunciado normativo»²⁵, distinción que ya estaba en la obra de Kelsen y Alf Ross. Para Kelsen, los enunciados

²⁵Sobre esta distinción entre, normas y enunciados o proposiciones normativas, vid; BULYGIN, E./MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 15-24.

normativos sirven para hacer referencia a la validez de una norma y, por norma, entiende el sentido de un querer o un acto de voluntad, es decir, algo que debe ser o suceder, especialmente que una persona tiene que comportarse de una determinada manera. Alf Ross, por su parte, distingue entre «directiva» de una conducta (norma) y la expresión lingüística en la que se expresa la directiva²⁶. Veamos a continuación el significado y la función para Alexy de la distinción entre *enunciado normativo* y *norma*.

3.1. La distinción entre «enunciado normativo» y «norma».

Un «enunciado normativo» es la forma de expresión, normalmente lingüística, cuyo contenido es una «norma»²⁷. Siguiendo

²⁶ Vid; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp.50-55.

²⁷ Para Atienza-Ruiz Manero, además de la contribución global a la filosofía analítica de G.H. von

a Robert Alexy, la relación que se establece entre un enunciado normativo y una norma es la misma que se establece entre las diferentes modalidades de expresión de un «deber» y el «deber mismo». Como ejemplo para entender esta distinción, Alexy pone el caso del art.16 de la Ley Fundamental de Bonn: “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”. Este enunciado expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de un alemán al extranjero. El enunciado, «Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero», significa que; está prohibido la extradición de un alemán al extranjero. Una norma, entonces, es el significado o contenido de un enunciado normativo. Y ello es así, porque la misma norma es posible ser expresada a través de diferentes enunciados normativos, por lo que es pertinente distinguir entre enunciado

Wright, la obra de Achourrón y Bulygin es capital para entender esta distinción, hasta el punto de que estos autores son reconocidos con la misma importancia que Hans Kelsen o H.L.A. Hart. Vid; ATIENZA. M./RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, nº10, 1991, p.102.

normativo y norma. Así, la norma según la cual, «está prohibida la extradición de un alemán al extranjero», podría ser expresada, en lugar de por la forma en que lo hace el art.16 de la Ley Fundamental Alemana, de las siguientes otras maneras:

1. Está prohibido extraditar alemanes al extranjero.

O por,

2. Es una obligación para las autoridades no extraditar a los alemanes.

O por,

3. Los alemanes no serán extraditados al extranjero.

Según Alexy, es relativamente fácil reconocer que todos estos enunciados expresan normas ya que en ellos se contienen expresiones como “prohibición”, “obligación”, etc. También es cierto que las

normas pueden ser expresadas sin recurrir a enunciados lingüísticos, como es el caso de las señales luminosas de un semáforo. Pero, en general, toda norma puede ser expresada a través de un enunciado lingüístico normativo²⁸. Estos enunciados normativos están caracterizados normalmente porque en ellos se utilizan *expresiones deónticas* de tipo “puede”, “no puede” o “prohibido” y “debe”. Por ello, la mayoría de los enunciados normativos son llamados «*enunciados deónticos*». Esto quiere decir que, aunque lo más característico de los

²⁸ El Prof. F.J. Ansuátegui, ha prestado atención a la afirmación de Robert Alexy de que las normas pueden ser expresadas sin recurrir a «enunciados lingüísticos»: “Robert Alexy también se encarga de señalar que «las normas pueden ser expresadas también sin recurrir a enunciados, por ejemplo, a través de las señales luminosas de un semáforo». Así, se vendría a afirmar que, en realidad, las normas no son «en su esencia» entidades lingüísticas: se expresan a través de un determinado lenguaje, pero la noción de norma no implica necesariamente un determinado y concreto lenguaje. La razón por la que, siendo cierto lo anterior, se ha centrado la atención en la relación entre enunciados lingüísticos y normas es que dicha relación es la que prevalece en el ámbito jurídico a partir de la constatación de que el mensaje normativo del Derecho se exterioriza predominantemente a través del lenguaje escrito. No obstante, la referencia de Alexy al lenguaje simbólico deber ser tenida en cuenta”. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Op. Cit., p.30.

enunciados normativos es ser enunciados deónticos, no todos los enunciados normativos tienen obligatoriamente que ser enunciados deónticos, sino que los enunciados deónticos son la clase parcial más significativa de todos los enunciados normativos. O lo que es igual; que caben enunciados normativos que no tienen por qué ser expresados a través de enunciados deónticos²⁹.

La relación entre enunciado normativo y norma tiene como correspondencia la distinción entre «enunciado proposicional» y «proposición», propia del ámbito de la lógica. Por lo general, se considera que la diferencia decisiva entre enunciados normativos y normas, por un lado, y entre enunciados proposicionales y proposiciones,

²⁹ En el ordenamiento jurídico, además de «normas deónticas», que ordenan, prohíben o permiten, habría otro tipo de normas, «las normas que confieren poderes», que no se formularían en términos deónticos. Vid; ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp.45 y ss.

por otro, está en que con respecto a las proposiciones y a los enunciados proposicionales, tiene sentido decir que son verdaderos o falsos, mientras que tal cosa no puede decirse de las normas o de los enunciados normativos. Y ello es así porque, con los enunciados proposicionales, se nos dice que algo está sometido a los criterios de verificación empírica de verdad o falsedad, pero tal cosa no ocurre con los enunciados normativos. En palabras de Robert Alexy: "Puede decirse que con los enunciados proposicionales se expresa que algo es *el caso*, mientras que con los enunciados normativos, (se dice) que algo *debe ser el caso*"³⁰.

Respecto de un enunciado normativo, al ser su contenido un *deber ser*, no puede decirse si es verdadero o falso, pues tal

«deber ser» es la expresión de un acto de voluntad del legislador. Por lo tanto, de un enunciado normativo tan sólo podemos decir si tiene o no *validez jurídica*. Pero aquí entran en juego las distintas teorías de la validez jurídica. Todas las teorías de la validez pueden ser referidas a la constatación de la pertenencia de un enunciado normativo a un ordenamiento jurídico de la siguiente manera, es decir, se trata de ver; «si una norma **N** satisface los criterios C1, C2,...Cn, entonces, **N** es válida». Según Alexy, aquí cabe distinguir entre las siguientes teorías sobre la validez de las normas:

- *Teoría sociológica de la validez.*

Estamos en presencia de una teoría sociológica sobre la validez normativa en la medida en que, para constatar la validez de una norma, se introducen hechos sociales, como por ejemplo, la

³⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.55.

obediencia habitual o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia.

- *Teoría jurídica de la validez.* En la medida en que el requisito básico sea la imposición de la norma por parte de una autoridad competente habilitada por una norma de superior grado, estamos en presencia de una teoría jurídica de la validez.
- *Teoría ética de la validez.* Cuando el fundamento de la validez de una norma jurídica se hace recaer en su correspondencia con una ley moral, por ejemplo, una ley natural³¹.

³¹ Vid; ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp.32 y ss. Trad. Jorge Malem Seña.

De estas tres posibilidades de constatación de la validez de una norma jurídica, Alexy se decanta por el *criterio jurídico de la validez*. La distinción entre enunciados normativos y normas, permite delimitar en una misma estructura (enunciados normativos) los distintos contenidos (normas) que pueden darse en un ordenamiento jurídico. Como han señalado Atienza-Ruiz Manero, por un lado,³² y el propio Alexy, por el otro, la idea de enunciados jurídicos o normativos es una aportación de la teoría o filosofía analítica del derecho. Para Atienza-Ruiz Manero, la filosofía analítica del Derecho ha realizado las aportaciones más importantes del siglo XX a la teoría del Derecho, sobre todo la obra de Alchourrón y Bulygin, como hemos señalado antes. Para Alexy, el carácter analítico de la teoría del Derecho constituye también la parte esencial de la racionalidad de la ciencia del derecho, según la gran

³² ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho*, Op. Cit., pp. XI-XVI.

tradición analítica desde la Jurisprudencia de Conceptos a la actualidad. Dicho con sus palabras, referidas al análisis de los derechos fundamentales:

“La medida de la racionalidad de la ciencia del derecho depende esencialmente del nivel alcanzado en la dimensión analítica...Si hay algo que pueda librar, al menos en parte, a la ciencia de los derechos fundamentales de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo, ello es, sobre todo, el trabajo en la dimensión analítica. Si a estos se agrega que en la dimensión analítica de la ciencia del derecho son posibles conocimientos que, primero, no pueden ser sustituidos por conocimientos de ninguna otra ciencia y, segundo, pertenecen a los conocimientos más

seguros de la ciencia del derecho, hay entonces razones suficientes para designar y practicar la consideración sistemático-conceptual del derecho como *opus proprium* de la ciencia del derecho”³³.

Para Alexy, como para Atienza-Ruiz Manero y otros, la perspectiva analítica es el elemento básico. Esto significa que para estos autores son enunciados jurídicos con *validez jurídica* los enunciados contenidos en el Derecho. Así, Atienza-Ruiz Manero, nos dicen que entienden por enunciados jurídicos los que expresan el lenguaje del legislador³⁴. En cuanto a Alexy, considera que el criterio formal de la teoría jurídica de la validez, es decir, el que apunta a la forma de la positivación del Derecho, ha de ser el punto

³³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.45.

³⁴ ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho*, Op. Cit., p.XIII.

de partida de los enunciados jurídicos con validez³⁵.

3.2. El concepto semántico de norma.

Con la distinción entre «enunciados normativos» y «normas», y con la consideración de que tan sólo son válidos plenamente los enunciados con validez jurídico-formal, obtenemos tan sólo una descripción lingüística del Derecho; lo que son las piezas o sintagmas del derecho³⁶. Es decir, sólo es lenguaje jurídico el lenguaje del legislador institucional. Ahora bien, si solamente nos quedásemos en este nivel, en el nivel meramente lógico-analítico, nada se diría sobre el contenido del Derecho, es decir, sobre lo que prohíben, obligan o permiten los enunciados deónticos válidos.

³⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.65.

³⁶ ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho*, Op. Cit., p.XIII.

Obtendríamos un «concepto sintáctico de norma» pero no un «concepto semántico de norma».

Pero la posición de Robert Alexy es la de obtener un concepto semántico de norma. Como ha señalado el Prof. Ansuátegui, la noción semántica de norma de Alexy nos lleva a entender la norma como *norma resultado* y no sólo como *norma dato*. En palabras del Prof. Ansuátegui:

“En el marco del intento -que caracteriza a importantes corrientes metodológicas- de sustituir la norma jurídica como «norma dato», es decir, las formulaciones promulgadas por el legislador, por la de «norma resultado», que supone el momento completo y culminante de la elaboración normativa por los operadores jurídicos, *Alexy asume un concepto semántico de norma* que parte de la distinción entre norma y enunciado

normativo, donde la norma sería «el significado de un enunciado normativo». Así, norma sería el mensaje normativo, el significado de determinados enunciados lingüísticos; se concibe el concepto de norma como producto de una interpretación de un enunciado lingüístico: la norma es el sentido del mandato normativo, el significado (extraído a través de la interpretación) de ese enunciado que normalmente se coincide en denominar norma. Por lo tanto, estamos ante dos concepciones de norma: la norma «dato» frente a la norma «resultado». La primera de ellas, la más tradicional o clásica, identificaría la norma con el enunciado lingüístico emanado por el centro de producción normativa. La segunda de ellas, exigiría la interposición de la actividad hermenéutica como requisito para poder hablar de norma: la norma como mensaje

normativo interpretado y no sólo como enunciado lingüístico”³⁷.

Por lo tanto, para Alexy, el «concepto semántico de norma» significa que, por norma, hay que entender “el mensaje normativo ya interpretado” por los operadores jurídicos con capacidad para hacerlo. Alexy se ha referido así a la importancia del Tribunal Constitucional como intérprete de una noción semántica de norma iusfundamental: “Esta interpretación debe atribuirse a una instancia que esté tan alejada de la mayoría parlamentaria de cada momento histórico que pueda incluso tomar determinaciones en su contra. Por consiguiente, la idea de una jurisdicción constitucional está ya implícita en el concepto de derecho fundamental”³⁸. Por

³⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Op. Cit., pp.28-29. Subrayado mío.

³⁸ ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.30. Trad. Carlos Bernal Pulido.

otro lado, cuando Alexy se refiere a los derechos reconocidos por un ordenamiento jurídico concreto, entonces habla de «derechos fundamentales». En caso contrario, los llama «derechos humanos», cuyo criterio de validez no es jurídico, sino más bien ético, lo que da a entender el carácter eminentemente sustantivo o semántico de las normas que engloban a los derechos humanos: “La segunda característica esencial de los derechos humanos consiste en que se trata de derechos morales. Un derecho moral existe cuando la norma que lo concede vale moralmente. Una norma vale moralmente cuando puede ser justificada frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional.... Un derecho es un derecho positivo, cuando la norma que lo concede vale social o jurídicamente. Aquí sólo debe interesar la validez jurídica”³⁹.

³⁹ ALEXY, R., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático»,

4. Tipos de normas iusfundamentales: «Normas de derecho fundamental» y «normas adscritas de derecho fundamental»

Para Alexy, desde su visión de referencia de la *validez jurídica de las normas*, siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Siendo dudoso, al menos, lo inverso, es decir, que alguien se diga poseedor de un derecho fundamental que no se lo otorgue una norma de derecho fundamental. Existe, por lo tanto, una *conexión necesaria* entre derecho fundamental y norma jurídicamente válida de derecho fundamental. A partir de esta conexión necesaria, podríamos considerar que un concepto adecuado de «norma de derecho fundamental» sería

Derechos y Libertades, nº8, Enero/Junio, 2000, pp.24-25.

aquel según el cual; *sólo las normas positivadas que otorgan derechos fundamentales serían normas de derecho fundamental*. En este caso, las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales serían siempre dos caras de una misma moneda.

Sin embargo, Alexy rechaza que con esta conexión necesaria entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental se agote el catálogo posible de normas de derecho fundamental. Las razones que alega Alexy son, principalmente dos. *Primera*, que a la formulación del catálogo de derechos fundamentales contenida en una constitución (la Ley Fundamental de Bonn, es su ejemplo), se adscriben también normas a las que no corresponden directamente ningún derecho subjetivo positivado. Por lo tanto, si por norma de derecho fundamental

consideráramos tan sólo a las normas constitucionales iusfundamentales que confieren derechos subjetivos, entonces tendríamos el inconveniente de que normas que se encuentran en estrecha conexión sistemática y contextual con normas de derechos fundamentales que confieren derechos subjetivos, no podrían ser ya subsumidas bajo el concepto de norma de derecho fundamental. *Segunda*, que, según Alexy, está el hecho de que la dogmática constitucional utiliza la expresión «norma de derecho constitucional» también para referirse a normas constitucionales que no confieren derechos subjetivos⁴⁰. Lo que intenta aquí hacer Alexy es elaborar un *concepto amplio de norma de derecho fundamental*, en el cual encaje tanto los derechos individuales (derechos subjetivos) como, asimismo, lo que la Constitución Española llama “principios rectores de la

⁴⁰ Vid; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp.64-65.

política social y económica” ¿Cómo lo hace?
Veamos.

Alexy propondría lo siguiente, traduciendo nosotros a los términos de la Constitución Española de 1978 las referencias que aquél hace a la Ley Fundamental Alemana⁴¹: A) Llamar a todos los artículos del Título Primero, para el caso de la Constitución Española, como *disposiciones de derecho fundamental*, confieran o no derechos subjetivos y sean o no, por lo tanto, derechos susceptibles de recurso de amparo; B) Llamar a las «disposiciones de derecho fundamental» que confieren derechos subjetivos, *normas de*

derecho fundamental directamente estatuidas; C) Llamar a las «disposiciones de derecho fundamental» que no confieren derechos subjetivos (de forma clara) como, *normas adscritas de derecho fundamental*. Por supuesto, Alexy llama tanto a las normas B) y C), *normas de derecho fundamental*, estén directamente estatuidas o lo sean adscritas. Veamos todo esto de forma más detallada.

a) *Disposiciones de derecho fundamental*: Conforman todos los enunciados normativos constitucionales que contienen algún derecho fundamental, sin hacer referencia en principio a qué tipo de derecho se contiene en cada enunciado. Se trata, por lo tanto, con la idea de disposiciones de derecho fundamental de una localización estructural de un conjunto de enunciados normativos. Con el

⁴¹ La traslación de los ejemplos de Alexy sobre la Ley Fundamental de Bonn a la Constitución Española de 1978 me la ha sugerido el Prof. Ansuátegui: “Adoptando una perspectiva formal, como la asumida por Alexy, se podría afirmar que –en el caso español– las disposiciones de derechos fundamental estarían constituidas, en lo básico, y a expensas de ulteriores matizaciones, por los enunciados de los artículos integrados en el título I de la Constitución, mientras que las normas de derecho fundamental serían el contenido semántico extraído de esos enunciados”. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Op. Cit., p.34.

concepto de “disposición de derecho fundamental” se hace referencia a una cuestión estructural y nada se dice del contenido de lo que obligan, prohíben o permiten los distintos enunciados que son caracterizados como “disposiciones de derecho fundamental”. Por ejemplo, Alexy, para englobar a los distintos artículos de la Ley Fundamental dentro del concepto de “disposiciones de derecho fundamental” ha recurrido a *criterios meramente formales*; a) artículos que caen bajo el título «derechos fundamentales», según la Ley Fundamental de Bonn; b) también artículos de la Ley Fundamental que no caen bajo el mencionado título, pero que sí contienen la expresión «derecho» o «derechos» en su lenguaje. Es decir, se trata de un concepto conforme al cual, refiriéndonos a la Constitución

Española de 1978, podríamos hablar de que todos los derechos de su Título Primero serían «disposiciones de derecho fundamental».

b) *Normas de derecho fundamental directamente estatuidas*: Son normas de derecho constitucional que confieren derechos fundamentales (derechos subjetivos), según se expresa claramente en las disposiciones de derechos fundamental de la Constitución. Como dice Alexy: “Para catalogar como válida una norma de derechos constitucional directamente estatuida basta con la referencia a su positivación constitucional”⁴². Es decir, del texto normativo constitucional se deduce claramente que se confiere un derecho subjetivo al ciudadano.

⁴² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.71.

Respecto de estas normas iusfundamentales no existe incertidumbre sobre si son o no normas de derechos fundamental. Cosa distinta ocurre con el otro tipo de normas de derecho fundamental, es decir, respecto de las «normas adscritas de derecho fundamental».

c) *Normas adscritas de derecho fundamental*: Respecto de este tipo de normas de derecho fundamental se plantean numerosos problemas. Mientras respecto de la validez de las «normas de derecho fundamental directamente estatuidas», basta con la referencia al texto constitucional para corroborar que confiere un derecho subjetivo a los ciudadanos, las «normas adscritas de derecho fundamental» requieren para su validez jurídica como norma iusfundamental (por lo tanto, que

también reconoce de alguna manera un derecho subjetivo a los ciudadanos) todo un proceso de fundamentación⁴³. En palabras de Alexy: “Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*... Por lo tanto, el que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible. Esto tiene, a primera vista, consecuencias fatales. En muchos casos es discutible que para la adscripción de una norma sea posible ofrecer una fundamentación iusfundamental correcta. Las reglas

⁴³ Las «normas adscritas de derecho fundamental» se asemejan, en lo que hace a la necesidad de corrección en la fundamentación, a los mismos derechos humanos según la visión de Alexy: «A la universalidad de la estructura de los derechos humanos, que consisten en que ellos son derechos fundamentales oponibles a todos, se le apareja una universalidad de la validez, que es definida a través de su fundamentalidad frente a cualquiera que se coloque en una argumentación racional». ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Granada, Ed. Comares, 2010, p.81.

de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a uno y sólo un resultado”⁴⁴. Con las «normas adscritas de derecho fundamental» existe incertidumbre acerca de cuáles normas son normas de derechos fundamental. Según Alexy⁴⁵, la discusión sobre derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas están adscritas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. Por ejemplo: ¿Deben ser consideradas todas las aseveraciones de normas llevadas a cabo en esta polémica como aseveraciones de normas de derecho fundamental, también aquellas que son rechazadas por casi todos y aquéllas que tienen

una fundamentación deficiente? En este sentido, Alexy pone como ejemplo el caso de un enunciado formulado por una persona, y quizás ni siquiera formulado de forma seria, que diga:

«En virtud del artículo de la constitución que habla del domicilio y su inviolabilidad (norma de derecho fundamental directamente estatuida)→, el Estado tiene que facilitar a cada estudiante una vivienda de dos habitaciones, cerca de la universidad (norma adscrita de derecho fundamental)».

Según Alexy, *la relación de fundamentación* (→) se da entre la norma directamente estatuida (norma a precisar) y la norma adscrita (norma precisante). Por

⁴⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.71.

⁴⁵ Vid; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.70.

supuesto que en el caso del ejemplo anterior, la *relación de fundamentación* (→) sería más bien dudosa. En todo caso, la *relación de fundamentación*, para ser correcta, debe hacerse de acuerdo con las exigencias de una *fundamentación iusfundamental correcta*. Como ejemplo de fundamentación iusfundamental correcta, Alexy pone otro ejemplo sacado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. El ejemplo es el siguiente⁴⁶:

(1) («Norma directamente estatuida» –en la Ley Fundamental Alemana, art.5-): **“la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”**

Siguiendo la interpretación del Tribunal Constitucional, entendida como uso correcto de una fundamentación

iusfundamental (→), la disposición de derecho fundamental (1), puede significar:

(2) “El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el libre cultivo de la ciencia libre y su transmisión a las futuras generaciones, facilitando los medios personales, financieros y organizativos”.

Y, también:

(3) “Todo aquel que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza tiene un derecho de defensa en contra de toda influencia estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos”.

Según Alexy, las normas (2) y (3) son necesarias cuando la norma expresada directamente en el texto constitucional (1)

⁴⁶ Vid; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp.66-69.

debe ser aplicada a los casos concretos. Si no se supusiese este tipo de normas, (2) y (3), no estaría claro qué es lo que en la norma directamente estatuida, (1), está ordenado, prohibido o permitido. Por lo tanto, entre [(1) y (2)-(3)], se da una *relación de precisión* y tal «relación de precisión», dice Alexy, *hay que suponerla* por el hecho de que en la Constitución está claramente estatuida la norma (1), respecto de la cual es necesario una *relación de fundamentación*, entre [(1) -norma que hay que precisar- y (2)-(3) -normas precisantes-], siempre que (1) deba aplicarse a cada caso concreto. La relación de fundamentación (\rightarrow), además, depende de cada caso concreto, de ahí que sean posibles, entre otras, las normas adscritas (2), (3)...(N). Las reglas de la fundamentación, repitiendo lo dicho por Alexy, no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a uno y sólo un resultado. De ahí que el número de normas adscritas sea indeterminado: (2), (3)...(N).

Lo que requiere la teoría de Alexy es que la «relación de fundamentación» esté correctamente fundada desde el criterio de una fundamentación iusfundamental que le dé *validez*. ¿Cómo se identifica tal criterio de validez para las normas adscritas de derecho fundamental? Según Alexy⁴⁷, para catalogar como válida a una «norma de derecho fundamental directamente estatuida», es suficiente con la referencia a su positivación. Pero, para el caso de las «normas adscritas de derecho fundamental», tal referencia está excluida por definición, pues este tipo de normas no está directamente estatuidas en la Constitución. Por lo tanto, *no es posible aplicarles un concepto jurídico de validez*. Lo mismo se puede decir, añade Alexy, respecto de los conceptos *sociológico* y *ético* de la validez de las normas. Pues, el que una norma valga social o éticamente no significa

⁴⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.71.

que, conforme a Derecho, pueda ser adscrita a una norma directamente estatuida de derecho fundamental. Ninguno de los tres conceptos de validez resultan adecuados para la identificación de normas adscritas de derecho fundamental. Ninguno de los tres conceptos por sí solos, pero el *juego conjunto de los tres conceptos de validez* conforman el *criterio* para dar con una *fundamentación iusfundamental correcta* de una «norma adscrita de derecho fundamental». Por lo tanto, los tres conceptos de validez normativa, conjuntamente, son relevantes en la relación de fundamentación que determina la validez de una «norma adscrita de derecho fundamental».

Pero, entonces, al darse una *relación de fundamentación* entre ambos tipos de normas de derecho fundamental, parece que todas las normas de derecho fundamental

tendrían una *estructura doble*; serían tanto *principios* como también *reglas*. Esta es la teoría que mantiene Alexy cuando aborda el carácter doble (reglas/principios) de la estructura de las normas de derecho fundamental.

5. Conclusión: La doble estructura «regla/principio» de las normas de derecho fundamental

Para la teoría normativa de los derechos fundamentales de Robert Alexy, la más importante distinción normativa es la que se da entre *principios* y *reglas*. Nos dice Alexy que: “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, el 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.

Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales⁴⁸. Ya hemos analizado los criterios de distinción entre ambos tipos de normas en la obra de Alexy. También nos hemos detenido en su visión material de las normas iusfundamentales, así como en los tipos de normas iusfundamentales. Después de seguir su razonamiento, no es ninguna sorpresa que para Alexy las normas de derecho fundamental posean una naturaleza doble. Veamos en qué posibles sentidos esta afirmación es pertinente:

A) *Las normas de derecho fundamental no son “sólo” «reglas».*

Porque, entonces, solamente podríamos hablar de «normas de derecho

fundamental» en referencia a las normas directamente estatuidas en la constitución, dejando de lado a las normas adscritas. Pero, aun así, Alexy ha dicho que las «normas directamente estatuidas», en cuanto contienen *derechos fundamentales*, y todo derecho se aplica *en la medida* del respeto a los otros derechos, tampoco serían meras *reglas*, dado que las reglas se aplican completamente o no se aplican, pues contienen razones definitivas: “En la medida en que los derechos tienen el carácter de mandatos de optimización, no se trata en ellos de derechos definitivos, sino de derechos *prima facie* que, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos⁴⁹. Es decir, entre los derechos se da la posibilidad de *la ponderación*. Por lo tanto, ni siquiera las «normas directamente estatuidas» son

⁴⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp.81-82.

⁴⁹ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p.185.

sólo *reglas*, sino también *principios*, pues los derechos subjetivos o individuales contenidas en ellas, solamente *prima facie*, no de forma definitiva, funcionan como si fueran reglas. Es lo que Alexy ha llamado; la precedencia *prima facie* de los derechos individuales frente a los bienes colectivos: “Esta precedencia *prima facie* se expresa en una carga de argumentación a favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”⁵⁰.

B) *Las normas de derecho fundamental tampoco son solamente «principios»*. Según Alexy, como hemos visto, las normas de derecho fundamental son *principios*, es decir, mandatos de optimización, pero también son *reglas* (por lo general, incompletas). Son reglas

por dos razones fundamentales: 1. *Una razón general*: Por razón de la sujeción a la Constitución, las normas de derechos constitucional funcionan como reglas, porque: “sujeción a la constitución significa sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional”; 2. *Una razón especial*: Cuando en una disposición de derecho fundamental se establece algún tipo de garantía o cláusulas restrictivas: “se estatuye con eso no sólo un *principio*, sino también una *regla*”⁵¹.

C) *Las normas de derecho fundamental son «normas de carácter doble»*. Porque, con las normas de derechos fundamentales cabe apelar a la *subsunción del caso* (propio de las *reglas*), pero a esta subsunción se *llega* con la ayuda de cláusulas que hacen

⁵⁰ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p.207.

⁵¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.134.

referencia a *la ponderación* (propio de los *principios*)⁵².

La llamada por Alexy, *Ley de la Ponderación*, dice así: “Cuando mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro”⁵³. En la ponderación, por lo tanto, está la pieza básica de la teoría de los derechos de Alexy, a partir de la cual se concreta *la norma* a aplicar al caso. Pero la ponderación en la obra de Alexy, como ha dicho el Prof. García Figueroa, solamente se entiende por la conexión entre Derecho y «moral correcta».

Para finalizar, creo que a partir de la ambigüedad y cierto eclecticismo de la teoría de la norma de Alexy, se está permitiendo en

⁵² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p.137.

⁵³ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p.206.

la actualidad un acercamiento entre el positivismo jurídico, al menos el «positivismo jurídico inclusivo», y lo que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo o principialismo. Por ejemplo, García Figueroa, que se hizo eco, desde su primer positivismo, de señalar la ambigüedad de Alexy, “podría decirse que en Alexy se percibe una suerte de *positivismo latente*... En realidad da la impresión de que Alexy aún en sí dos tradiciones difíciles de conciliar: el positivismo y el antipositivismo alemanes”⁵⁴, ha pasado a ser un defensor del neoconstitucionalismo en su última obra⁵⁵. Y, un partidario del «positivismo inclusivo», José Juan Moreso, está llevando un extraordinario esfuerzo por conjugar la *subsunción*, propia del positivismo jurídico, y la *ponderación*, a través de una

⁵⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Op. Cit., p.330.

⁵⁵ Vid; GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pp.13-30.

argumentación de síntesis, lo que Moreso llama, *la estrategia especificacionista de reconstrucción de los derechos*⁵⁶, que puede dar frutos interesantes para el futuro de la teoría de la norma jurídica y los derechos fundamentales

⁵⁶ Vid; MORESO MATEO, J.J., *La constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 309-319.

BIBLIOGRAFÍA:

ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, nº5, 1988. Trad. Manuel Atienza.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997. Trad. Jorge Malem Seña.

ALEXY, R., "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, nº 8, Enero/Junio, 2000. Trad. María Cecilia Añaños Meza.

ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Trad. Carlos Bernal Pulido.

ALEXY, R., *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004. Trad. Carlos Bernal Pulido.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Trad. M. Atienza e I. Espejo.

ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, Granada, Ed. Comares, 2010. Trad. J.A. Seoane.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 1997.

ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, nº10, 1991.

ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

BULYGIN, Eugenio/MENDONCA, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

DE ASIS ROIG, Rafael, "Dworkin y los derechos como triunfos", *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), Nº 38, 1993.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Trad. Marta Guastavino.

FERRAJOLI, L./MORESO, J.J./ATIENZA, M., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, A., "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico", *Doxa*, nº 22, 1999.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

MORESO MATEOS, José Juan, *La constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

PUIGPELAT, Fancesca, «Principios y normas», *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, nº 6, 1990.

RAZ, Joseph, «El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio», *Doxa*, nº26, 2006.

WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979. Trad. P. García Ferrero.