

LOS PRINCIPIOS Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, O LA DEUDA DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA CON ROBERT ALEXY

MARÍA ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR
Universidad de Zaragoza
anovales@unizar.es

ELÓSEGUI ITXASO, María (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza y Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad y Marcial Pons, 2016.

La definición clásica de la justicia es que consiste en dar a cada cual “lo suyo”, pero qué sea lo suyo de cada uno es lo que plantea enormes problemas. Definitivamente, la dignidad de los seres humanos y la responsabilidad que tenemos con la defensa de democracias de calidad exigen que identifiquemos, *de facto*, y con rigor, el contenido de los derechos fundamentales consagrados en los textos normativos fundamentales. Conflictos y colisiones normativas las hay pero el problema que incumbe a los juristas es cómo tratarlos adecuadamente. Uno de los más destacados creadores y defensores de la teoría de la ponderación es el profesor Robert Alexy.

El concepto mismo de democracia implica, entre otros rasgos normativos, la *ciudadanía plena*. Es decir, la democracia implica la existencia de ciudadanos en plenitud e igualdad de derechos políticos. Los conflictos en la interpretación de los derechos fundamentales se han convertido en la piedra de toque del desarrollo de la calidad de nuestras democracias, y su adecuada resolución constituye un elemento central del Estado constitucional democrático. Jueces y, sobre todo, magistrados de altos tribunales, como los Tribunales Supremos o los Tribunales Constitucionales, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tratan de resolver estos conflictos intentando acercarse a la justicia del caso concreto.

El libro que el lector tiene en sus manos penetra en la esencia más profunda de la Dogmática jurídica. La doctrina académica y la judicatura se divide, *grosso modo*, entre: a) quienes afirman que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas entre derechos fundamentales, siendo el problema en el fondo sólo aparente; y por tanto niega la existencia de tales conflictos, y b) quienes, como afirma Elósegui en el Prólogo de la obra, “en su concepción estándar de la teoría de la argumentación jurídica, hoy muy en boga, asumen sin problemas la existencia de conflictos o coli-

siones normativas, por lo menos en algunos casos, y centran su atención en cómo tratarlos adecuadamente”.

El fundamento profundo que debe presidir la ponderación ante el conflicto de derechos fundamentales, es avanzar en la calidad de la democracia. Alexy pretende encajar su teoría de la argumentación jurídica en la interpretación de los derechos fundamentales. Su obra constituye un ensayo de realización de una idea de justicia, la correcta interpretación de los principios y de las normas jurídicas, en particular, en el choque entre derechos constitucionalmente reconocidos.

En cualquier caso, lo que es claro es que la legitimidad del entero sistema socio-económico y político depende no solo del respeto sino de la realización de los principios constitucionales. Casi me atrevería a afirmar que la supervivencia de Occidente depende de ello. Por ello, una teoría de la interpretación jurídica de altura, como la de Alexy, constituye un importante instrumento para lograr ese fin.

Afirma Alexy que las reglas del discurso práctico racional no prescriben de qué premisas deben partir los participantes en el discurso, sino que el origen del discurso lo forman en un comienzo las convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades dadas (es decir, existentes fácticamente), así como las informaciones empíricas de los participantes. Con este punto de partida, explica que la tarea de la teoría del discurso es, precisamente, la de proponer reglas que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes puedan estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como “racional”.

Lo que pretende desarrollar la obra de Alexy es una teoría analítico-normativa del discurso jurídico, aplicando a este último la teoría del discurso práctico racional habermasiana, para lo que le interesa considerar la idea de que el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general, ya que la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de *condiciones limitadoras* entre las que cabe considerar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal, que, sin embargo, no conciernen al discurso científico-jurídico (Alexy, 1989, pp. 35-36; Alexy, 2016, pp. 46, 57-58). La pretensión planteada por un enunciado jurídico se refiere a que este es racionalmente fundamentable bajo la consideración de estas condiciones limitadoras. El discurso jurídico constituye, entonces, para Alexy, un caso especial de argumentación. Pero, como señala el propio autor, los discursos jurídicos y el discurso práctico general

tienen en común es “que en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos” (Alexy, 1989, p. 35), esto es, tanto con la afirmación de un enunciado práctico general como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección (Alexy, 1989, p. 35). Y ello es así porque, como dice Alexy: “The ideal dimension comprises general practical argumentation” (Alexy, 2016, p. 58).

Para Alexy, lo que hace del Derecho un caso especial del discurso práctico racional es la pretensión de corrección que existe en el discurso jurídico, pretensión que produce una obligación jurídica de decidir los casos jurídicos de forma moralmente correcta.

En cuanto a los capítulos de que se compone el libro, a continuación de un Prólogo de María Elósegui Itxaso, estrictamente necesario para situar la teoría alexiana al lector poco familiarizado con ella, el libro está compuesto por diversos artículos de destacados especialistas que elevan el nivel intelectual de la discusión y debate sobre los derechos fundamentales de una democracia sustantiva. A saber, grandes juristas alemanes como Ralf Poscher y Martin Borowski, al lado de catedráticos españoles de primera línea como Luis Arroyo Zapatero, Ignario Torres Muro y Gregorio Robles, todos ellos miembros de la *Asociación Alexander von Humboldt de España*. Estas aportaciones están encabezadas por el artículo del profesor Alexy: “Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”. El profesor ha insistido en definir su posición como “no positivista”, pues insta al intérprete y aplicador de la norma a encontrar la solución más justa posible en cada caso.

En este artículo, Alexy va explicando los elementos principales de su famosa teoría de la interpretación, y defiende la tesis de que los principios son “mandatos de optimización”, lo que significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios son en abstracto válidos y consistentes, pero en algunos casos pueden dar lugar a conflictos, y los conflictos entre principios se han de resolver, según él, a través del mecanismo de la ponderación, esto es, la decisión final depende del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso a decidir (fórmula del peso).

La importancia de la teoría de Alexy se halla en que el profesor idea una fórmula matemática, de indudable utilidad en la actividad judicial, para medir el peso de los principios en un caso concreto pues, precisamente, insiste en que lo complicado de los derechos fundamentales es su ejercicio concreto, debido a que en este ejercicio entran cuestiones muy difíciles de resolver que tienen que ver con problemas derivados de la razón práctica.

Como no existe mejor homenaje a un autor que ser criticado con rigor, el resto del libro contiene algunas de estas críticas a la consistencia de la teoría alexiana. Para Gregorio Robles, la teoría de Alexy es eminentemente iusnaturalista, de estilo analítico e influencia neokantiana. El catedrático español explica que la teoría de Alexy no es una teoría general de los derechos fundamentales, sino que puede constituir la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales en el derecho alemán. Vendría a ser una teoría parcial de la pragmática jurídica; parcial, porque su centro de interés lo constituye una modalidad de decisión jurídica, básicamente las decisiones del Tribunal Constitucional alemán. "...al interpretar y aplicar la *Grundgesetz*. No pueden, por consiguiente, ser consideradas como una "teoría del derecho", sino como una dogmática (parcial) del derecho constitucional germano de la posguerra" (Robles, 2016, p. 70). Martin Borowski analiza, siguiendo a los grandes filósofos del derecho desde mitad del siglo XX, si la reconstrucción de normas en principios teóricos y, en particular, la ponderación y la proporcionalidad, atentan contra la estructura jerárquica del Derecho, y concluye que, tanto en el sistema jurídico alemán claramente, como en otros Estados constitucionales, la ponderación comparte varias características relevantes con la interpretación en sentido kelseniano y que puede, por tanto, formar parte de la estructura jerárquica del derecho (Borowski, 2016, pp. 71-100). Torres Muro, por su parte, señala que la reflexión de Borowski es también aplicable en España, donde el principio de jerarquía, además de ser compatible con la ponderación, debe ser estrictamente respetado por imperativo constitucional; y muestra la influencia de Alexy en el razonamiento de ponderación y en el principio de proporcionalidad que realiza la jurisprudencia constitucional española.

El prof. Poscher desarrolla una crítica general de la teoría de los principios de Alexy. Poscher critica que el "deber ser ideal", como Alexy pasó a concebir los principios, suponga una aportación con el fin de aclarar fenómenos normativos como los mandatos de optimización y señala que los principios alexianos no pasan de ser mandatos de optimización (Poscher, 2016, pp. 111-141). Alexy ha continuado defendiendo su concepción de los principios como *deber ser ideal* y ha reaccionado a la crítica de Poscher señalando que la misma formula dos objeciones: a) la objeción ontológica y b) la objeción de superfluidad, y que, al ser la objeción ontológica la más radical, si fuera acertada, también lo sería la objeción de la superfluidad. Para terminar, en el último capítulo la profesora Elósegui propone, en el marco de la teoría alexiana, la equiparación entre el principio de proporcionalidad, muy desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina europeas, y el "acomodamiento razonable", a la luz de la argumentación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Eweida.

En la segunda parte de la monografía se publican las ponencias de la primera en su versión original, es decir, en alemán. Los diferentes extremos aquí mencionados, y otros que se omiten por el carácter inherentemente limitado de una reseña son ejemplo irrefutable de la importancia, complejidad y plena actualidad que, dentro de las modernas teorías de la argumentación presenta la teoría de Robert Alexy. Por su profundidad argumentativa, su objetividad analítica y su claridad expositiva, propias del más excelente rigor científico, esta obra está llamada a convertirse en referente ineludible en las Facultades de Derecho y otros centros de investigación sobre Derechos Humanos y teorías de la argumentación jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2016). *Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa a Robert Alexy*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 27 de octubre de 2016.
- Borowski, M. (2016). La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. En Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Poscher, R. (2016). Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto. En Elósegui Itxaso, M. (Coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Robles Morchón, G. (2016). Concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral. Comentario a la ponencia del Dr. Robert Alexy. En Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.