



## **Derechos, Razonamiento jurídico y Discurso racional<sup>21</sup>**

**Robert Alexy<sup>22</sup>**

Mi tesis es que hay una relación interna entre la teoría de los derechos y la teoría del razonamiento jurídico. No puede haber una teoría de los derechos sin tener una teoría del razonamiento jurídico, y una teoría del razonamiento jurídico adecuada, presupone una teoría de los derechos. Este es un primer paso. No es suficiente conectar simplemente la teoría de los derechos con la teoría del razonamiento jurídico. Se necesita una razón para hacer necesaria dicha relación. Esta razón puede encontrarse en la teoría del discurso racional que está en la base del sistema en su totalidad. Este es el motivo por el que el título de mi conferencia es: «Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional».

Mi artículo se divide en tres partes. La primera parte trata de la teoría de los derechos. En la segunda parte diré algo acerca del papel de los derechos en el razonamiento jurídico. El tema de la tercera parte es la relación entre los derechos fundamentales y el discurso racional.

————— 38 —————

### **1. TEORÍA DE LOS DERECHOS**

#### **1. El concepto de derecho**

Es imposible presentar aquí una teoría elaborada de los derechos y, afortunadamente, es también innecesario. Me limitaré a dos distinciones que forman la base de mi argumento.

*a) Conceptos fuerte y débil de los derechos*

La primera diferencia es la distinción entre un concepto fuerte y uno débil de los derechos. Un concepto fuerte de derecho es un concepto de acuerdo al cual todos los rasgos que se consideran importantes en conexión con los derechos, son elementos del concepto de derecho. Se pueden encontrar ejemplos famosos de conceptos fuertes en la teoría de Jhering que define a los derechos como «intereses jurídicamente protegidos<sup>23</sup>», y en la definición de derecho de Windscheid como «un poder de la voluntad o superioridad de la voluntad que confiere el orden Jurídico<sup>24</sup>». Otras teorías que proponen un concepto fuerte son las teorías escépticas de los derechos, que primero tratan la existencia de un derecho como elemento del concepto de derecho y entonces -negando la existencia de derechos- pueden declarar fácilmente que el concepto de derecho es un concepto vacío. Todos los conceptos fuertes de derecho tienen una seria desventaja. Ellos transforman cuestiones substanciales de la teoría del derecho muy discutidas en problemas conceptuales.

Las concepciones débiles de los derechos tratan de evitar esto. De acuerdo con ellos, los derechos son relaciones jurídicas<sup>25</sup>. Quizá la relación-derecho más importante es la de pretensión-derecho. Esta es una relación normativa entre tres elementos: quien detenta un derecho (a), a quien se dirige el derecho (b), y el contenido del derecho (G).

————— 39 —————

Usando el operador-derecho «R» podemos expresar una pretensión de la siguiente manera:

(1) R a b G.

La proposición a tiene un derecho oponible a b con respecto a G es equivalente a la proposición b tiene una obligación hacia a con respecto a G:

(2) O b a G.

Esta fórmula expresa una obligación relativa. Los derechos-pretensión y las obligaciones relativas son dos aspectos de la misma cosa. Son, para decirlo en términos lógicos, relaciones conversas.

El contenido de los derechos-pretensión puede ser de actos u omisiones. En el primer caso tenemos un derecho positivo, y en el segundo, un derecho negativo. En una constitución liberal predominan derechos constitucionales negativos contra el Estado. En una constitución socialista se pueden encontrar muchos derechos positivos oponibles al Estado, es decir, los derechos sociales.

Este análisis podría ser mucho más elaborado. Nos llevaría entonces a tipos de derecho más básicos, a las libertades y los poderes, y a una lógica de los derechos que podría seguir ideas de Bentham<sup>26</sup>, Bierling<sup>27</sup> y Hohfeld<sup>28</sup>. Para nuestros propósitos es suficiente una idea que se puede extraer fácilmente de lo que se ha dicho: los derechos son tipos especiales de normas. No es verdad que todas y cada una de las normas expresan un derecho. Pero si hay un derecho, entonces hay una obligación relativa, y si

hay una obligación relativa, entonces hay un derecho. Un enunciado que expresa una relación relativa es un enunciado que expresa una norma<sup>29</sup>. Si todo esto es cierto, hablar acerca de derechos no es algo misterioso en absoluto. Cuando hablamos de derechos hablamos simplemente de un tipo especial de normas.

————— 40 —————

Volvamos ahora a la distinción entre conceptos fuertes y débiles de derechos. El concepto débil propuesto aquí permite hacer una distinción clara entre derechos y razones para derechos<sup>30</sup>. La protección de la voluntad libre o de los intereses fundamentales no son elementos del concepto de derecho, pero son posibles razones para derechos y, como razones para derechos, son razones para normas. Aún más, no son las únicas razones posibles para derechos. En principio, cada razón para una norma puede ser una razón para un derecho<sup>31</sup>. Así, por ejemplo, la eficiencia de la economía, que es un bien colectivo, puede ser considerada como una razón para el derecho individual de propiedad. También nosotros tenemos una solución simple al problema de la existencia de derechos. Existe un derecho cuando la norma a que corresponde es válida. Esto significa que un derecho jurídico existe cuando hay una norma jurídica válida a la cual corresponde. Incluso parece que el problema de la relación entre derechos jurídicos y argumentación jurídicos está resuelto. La argumentación relativa a los derechos jurídicos parece ser la misma argumentación conectada con la aplicación de normas en general. Parece que no hay un discurso especial de los derechos. Que esto no es completamente erróneo pero que, no obstante, es algo superficial en un punto crucial parecerá obvio una vez que veamos nuestra segunda distinción. Esta es la distinción entre reglas y principios o, entre derechos definitivos y derechos *prima facie*.

#### *b) Reglas y principios*

La segunda distinción es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios<sup>32</sup>. Las reglas son normas que, dadas determinadas

————— 41 —————

condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como «mandatos definitivos». Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar<sup>33</sup>. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*<sup>34</sup>.

## **2. Aplicación y justificación de derechos**

La distinción entre reglas y principios tiene consecuencias de largo alcance para la aplicación y justificación de derechos. Primero atenderé a la aplicación de derechos.

#### *a) La aplicación de derechos*

El concepto de aplicación de un derecho suena algo extraño. Es bastante claro lo que significa tener un derecho, pero ¿qué se podría querer decir por la aplicación de un derecho? Para estar seguros, hablando estrictamente es siempre la norma que otorga un derecho la que se aplica. Sin embargo, tiene sentido hablar de la aplicación de un derecho. Trataré de demostrar esto refiriéndome a los derechos fundamentales o constitucionales.

Los derechos fundamentales o constitucionales son derechos abstractos. Es típico en las constituciones modernas que se otorgue primero un derecho fundamental y que después se añada una cláusula que autorice

————— 42 —————

al parlamento, o a la administración, a delimitar o restringir dicho derecho. Esto crea un problema bien conocido que puede resolverse si se usa la distinción entre reglas y principios. El problema es que un derecho constitucional oponible al Estado, que incluye la cláusula que habilita al Estado a delimitar o restringir dicho derecho, parece no tener ningún valor, o casi ningún valor. Y de hecho, no tiene ningún valor, o casi ningún valor, si se considera que el derecho lo otorga una regla. En este caso, sería una regla que admite cualquier excepción. Haciendo excepciones se podría remover el derecho por completo. El derecho como tal no podría desarrollar ningún poder propio contra las restricciones o limitaciones<sup>35</sup>. Naturalmente, se podría tratar de introducir una regla adicional estableciendo límites a la limitación del derecho. En la constitución de la República Federal de Alemania se puede encontrar una cláusula que prohíbe eliminar la esencia de un derecho constitucional (art. 19 sec. 2). Pero, ¿cómo se puede determinar la esencia? y, lo que es más importante, ¿debe ser el Estado completamente libre en la delimitación de derechos a condición de que no elimine su esencia?

El panorama cambia completamente si se considera que el derecho es otorgado por un principio<sup>36</sup>. El problema de delimitación se convierte en un problema de optimización. Esto significa que los derechos constitucionales tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente. Las posibilidades fácticas dependen de cursos de acción alternativos. Si no es necesaria la limitación de un derecho constitucional para alcanzar los objetivos del legislador, especialmente si hay medios aptos para alcanzar el objetivo del legislador que interfieran menos intensamente con el principio, entonces hay una posibilidad fáctica mayor de realización del derecho y la delimitación queda prohibida por el principio que está en la base del derecho. Las posibilidades jurídicas de la realización, además de depender de reglas, están determinadas esencialmente por medio de otros principios opuestos. Esos principios opuestos pueden ser o bien principios en conflicto, o bien, otros bienes individuales o colectivos. En la determinación tanto de las condiciones fácticas de realización como de las jurídicas, el derecho

————— 43 —————

constitucional tiene una fuerza por sí mismo. Esta es la razón para concebir a los derechos constitucionales como derechos *prima facie*, esto es, como derechos basados en principios. Si seguimos esta propuesta, la aplicación de un derecho es algo más que

la mera subsunción de un caso bajo una regla. Es un proceso de ponderación o balanceo. En el siguiente capítulo se dirá más sobre esto.

*b) La justificación de derechos*

No sólo se afecta la aplicación de derechos al concebirlos como derechos *prima facie* basados en principios. Lo mismo se puede decir de su justificación. La proposición de derechos *prima facie* es una proposición bastante débil. No se decide nada acerca de lo que está definitivamente obligado. Un socialista, siempre que no sea un fanático, puede aceptar un derecho general a la libertad como un derecho *prima facie*. Podemos tener la esperanza de que lo acomode, a través de un proceso de ponderación, dentro de sus ideales políticos. Un liberal, considerando de nuevo que no es un fanático, puede aceptar el derecho social general a la asistencia social como un derecho *prima facie*. Aquí, también, podemos esperar que lo reduzca a través de un proceso de ponderación de acuerdo a sus ideales políticos, por ejemplo, que lo transforme en un derecho definitivo con un contenido mínimo.

De esta manera, parece que es posible que la teoría de los derechos fundamentales consista en una lista de derechos fundamentales abstractos que pueden ser tomados en consideración. Tal teoría sería bastante débil, quizá incluso una teoría pobre y, sin embargo, no dejaría de tener algún valor. Contendría el principio de los discursos acerca de los derechos definitivos. La debilidad de tal lista es una explicación de por qué, incluso en los años más duros de la guerra fría, han sido posibles acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Esto muestra que tal lista es sólo un primer paso. El segundo paso es la determinación de los pesos relativos de los distintos derechos *prima facie*. Esto nos lleva a la segunda parte de mi argumento, que trata del papel de los derechos en el razonamiento jurídico.

## II. DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

A la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. El concepto de un derecho es compatible con ambas. Un sistema jurídico puede contener muchos derechos individuales que no se sostengan en principios. Es fácil dar ejemplos de derechos otorgados por reglas que pueden aplicarse por subsunción sin necesidad de pasar a través del proceso de ponderación. Podrían aducirse los derechos que resultan de la aplicación de las leyes sobre contratos, del derecho penal, del derecho fiscal y del derecho administrativo. En muchos casos, estar seguro de la aplicación de reglas en este tipo de derechos definitivos no es una tarea fácil. Hay muchos casos en que la vaguedad, la ambigüedad, la apertura valorativa o las lagunas, no permiten llegar a una decisión por medio de simple deducción. En estos casos, la subsunción es simplemente un marco dentro del cual tiene que tener lugar el razonamiento jurídico, para llegar a una decisión racional.<sup>37</sup> Pero este tipo de razonamiento jurídico no tiene ninguna relación especial con el concepto de un derecho. Se trata de razonamiento jurídico en general.

El panorama cambia si el sistema jurídico tiene derechos que se sostienen en principios. Antes de pasar a los casos, habría que preguntarse bajo qué condiciones un sistema jurídico contiene derechos que se sostienen en principios.

### ***1. Sistemas jurídicos perfectos e imperfectos***

En un sistema jurídico como el de la República Federal de Alemania es fácil contestar esta pregunta. La constitución contiene un catálogo de derechos fundamentales y, lo que es más, el art. 1 sec. 3 declara explícitamente que éstos son derechos directamente aplicables que obligan a los legisladores, a la administración y a la judicatura. La fuerza obligatoria de los derechos fundamentales es controlada por la Corte Constitucional Federal, la cual, para este propósito, tiene un poder extensivo. Este

————— 45 —————

sistema puede llamarse un sistema de derechos fundamentales perfectamente institucionalizados. En un sistema de este tipo cada aplicación de reglas envuelve -de hecho o potencialmente- derechos fundamentales. En casos de vaguedad, por ejemplo, el juez tiene que tomar en cuenta el impacto de los derechos fundamentales que pueden ser afectados por su decisión.<sup>38</sup> Un juez que simplemente aplica una regla tiene que estar seguro de que su aplicación estricta no infringe ningún derecho fundamental.

No hay duda de que las cosas son diferentes en sistemas que no son sistemas de derechos fundamentales perfectamente institucionalizados, por ejemplo, por carecer de derechos fundamentales en el nivel constitucional, o porque no hay un tribunal constitucional. Sin embargo, mi tesis es que, no obstante, -siempre que se trate de sistemas de tipo democrático constitucional occidentales- los derechos fundamentales juegan un papel importante en los sistemas jurídicos, por lo menos desde un punto de vista substancial. En esos sistemas jurídicos, el papel de los derechos fundamentales se debe a la práctica jurídica, y dentro de la práctica jurídica éste se manifiesta en el razonamiento práctico. Desde un punto de vista crítico se podría decir que los derechos fundamentales deben ser promovidos por la práctica jurídica e institucionalizados por decisión política.

### ***2. Ponderación y argumento***

Ahora podríamos preguntarnos cómo afecta la existencia de derechos fundamentales básicos al razonamiento jurídico. El punto crucial ya ha sido mencionado. Es el concepto de ponderación o balanceo. El concepto de ponderación es un concepto discutido. Algunos autores opinan que no es más que un camuflaje a meras decisiones o intuiciones<sup>39</sup>. Esta crítica sería correcta si no se tratara de un procedimiento de ponderación racional. Mi tesis es que hay un procedimiento racional de ponderación.

————— 46 —————

El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*<sup>40</sup>). Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), la regla de necesidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Me referiré primero a la primera y segunda reglas, esto es, la regla de adecuación y la regla de necesidad. Ambas están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible. Supongamos que el legislador introduce la norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado. *N* infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar  $P_1$ . La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos  $P_2$ . Supongamos ahora que la norma *N* no es adecuada para promover  $P_1$ , esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe  $P_2$ , o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida *N*, que aceptando la validez de *N*. Aceptar la validez de *N* no conlleva ninguna ganancia para  $P_1$  sino sólo pérdidas para  $P_2$ . Tal solución no sería un óptimo de Pareto. Los derechos como principios exigen óptimos de Pareto.

La deducción de la segunda regla, la regla de la necesidad, es muy similar. Supongamos que hay una alternativa *N'* a *N*, que es suficientemente adecuada para promover  $P_1$ , y que infringe menos  $P_2$  que *N*. En esta situación,  $P_1$  y  $P_2$  prohíben conjuntamente *N*. *N* no es necesaria para realizar  $P_2$ , porque  $P_1$  puede ser cumplido con un costo menor. De nuevo se trata de un óptimo de Pareto.

La tercera subregla de la regla de proporcionalidad, la regla de proporcionalidad en sentido estricto, tiene un carácter distinto. Esta regla se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. Consideremos a un legislador que quiere prevenir,

de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una ley que prescribe que todos los sujetos infectados de SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda de que la salud pública y, por lo tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el SIDA sea controlado en la mayor medida posible. En esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto requiere que se tome en cuenta el derecho de aquéllos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga sólo un principio, esto es, el ser fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera:

Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio<sup>41</sup>.

La regla nos dice cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro. Tenemos que investigar la intensidad de la interferencia, en nuestro ejemplo, la intensidad de la interferencia con los derechos de aquéllos que serían puestos en cuarentena de por vida, y la importancia de las razones para tal interferencia. Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado. Alguien que no considere a los derechos individuales como algo con gran valor puede aplicar la regla para favorecer el bien colectivo de la salud pública. Al hacer esto, llegaría al resultado de que la cuarentena de por vida está justificada. Alguien para quien los derechos individuales son muy valiosos llegaría al resultado contrario aplicando la misma regla de ponderación.

Un crítico de la teoría de los principios podría sostener que la posibilidad arriba señalada de llegar a resultados divergentes muestra que toda esta teoría, o al menos el concepto de ponderación, es inútil. Pero esto sería un error. En el razonamiento práctico general, así como en el razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento. Es difícil negar que las estructuras implicadas al concebir los derechos como principios son racionales. Por ello, me gustaría proponer, como resultado intermedio, que los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del

————— 48 —————

concepto de ponderación, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios. Con esto tenemos algo más que nada, pero todavía no es suficiente. Para llegar más lejos, debemos ver ahora la relación entre los derechos y el discurso racional.

### **III. LOS DERECHOS Y EL DISCURSO RACIONAL**

#### **1. La idea de discurso racional**

Un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso<sup>42</sup>. Estas reglas garantizan el derecho de cada ser humano a participar en el discurso y el derecho de cada participante de presentar y criticar cualquier argumento. Otras reglas, por ejemplo las que prohíben contradicciones o las que exigen claridad lingüística, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias y la investigación de la génesis de las convicciones normativas, no son de especial interés aquí. Para el argumento que quiero presentar ahora, sólo necesito la idea de libertad e igualdad en los argumentos, que es la base normativa de la teoría del discurso. La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos -excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas- no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas. No trataré aquí de argumentar en favor de esto, por el momento lo daré por sentado.

#### **2. El discurso racional y la justificación de los derechos individuales**



Un discurso es una empresa colectiva. Sin embargo, la teoría del discurso no expresa, en absoluto, ningún ideal colectivista. Que los individuos

————— 49 —————

tengan que discutir unos con otros para ser racionales es una expresión del ideal de que todas, y cada una de las personas, deben ser tomadas en serio. Lo que es verdad en los argumentos racionales acerca de cuestiones jurídicas o políticas tiene implicaciones para las respuestas que se den a tales cuestiones. Mi tesis es que el resultado de un discurso racional sería un sistema de derechos fundamentales que incluya una preferencial *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos<sup>43</sup>. La solución de la cuarentena de por vida para el problema del SIDA no sobreviviría a la prueba del discurso racional, porque éste imposibilita dicha preferencia.

### 3. El discurso racional y la aplicación de derechos

En muchos casos la respuesta no es clara. La teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho, pero muestra que son posibles los argumentos racionales acerca de los derechos. Y por esto, muestra que la inclusión de derechos fundamentales en el sistema jurídico conduce a una conexión entre Derecho y Moral.

2010 - Reservados todos los derechos

Permitido el uso sin fines comerciales

---

[Facilitado por la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes](#)

Sútese como [voluntario](#) o [donante](#), para promover el crecimiento y la difusión de la [Biblioteca Virtual Universal](#) [www.biblioteca.org.ar](http://www.biblioteca.org.ar)

Si se advierte algún tipo de error, o desea realizar alguna sugerencia le solicitamos visite el siguiente [enlace](#). [www.biblioteca.org.ar/comentario](http://www.biblioteca.org.ar/comentario)



**editorial del cardo**