Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3. Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales*

3.1. Introducción

Conocida es la objeción de Habermas contra Alexy, según la cual la concepción de los derechos fundamentales como máximas de optimización elimina el contenido deontológico de los derechos. La concepción teleológica de los derechos fundamentales llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales ya no serían "cartas de triunfo", en contra de las metas estatales, sino únicamente "valores", que tendrían que ser sopesados con valores contrapuestos en cada situación concreta. El entendimiento teleológico de los derechos fundamentales destruiría las garantías constitucionales del individuo.[66]

Es discutible si los principios deben ser concebidos como máximas de optimización y los derechos fundamentales como principios. La concepción teleológica de los derechos fundamentales debilita, así Habermas, las garantías fundamentales y favo-

* Publicado en español por Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver-Lalana, Daniel (coords.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

66 Habermas no está solo en su crítica a una comprensión teleológica de los derechos. Robert Nozick comparte esa posición en su libro *Anarchy, State, and Utopia,* Oxford, Basil Blackwell, 1974.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

rece la persecución de metas políticas arbitrarias en desmedro de los derechos del individuo. De otra parte, se afirma que la concepción defendida por Alexy, para quien los derechos se realizan gradualmente, no se concilia con la tradición liberal. ¿Qué concepción de los derechos fundamentales será la más adecuada para un estado constitucional, democrático y social de derecho, esto es, qué concepción de los derechos fundamentales servirá mejor a este sistema político?, es una pregunta de central importancia. De la forma que se conciban y se practiquen los derechos fundamentales depende la relación entre ciudadano y Estado, entre libertad y coerción.

La pregunta por la más adecuada concepción de los derechos fundamentales es abordada, a continuación, a partir de la discusión de Habermas y Putnam sobre normas y valores (I. 1), para luego examinar las objeciones de Habermas a Alexy (I. 2). Un enfoque analítico en la investigación iusfilosófica rechaza la estricta dicotomía entre concepciones deontológicas y teleológicas (o axiológicas) de los derechos fundamentales, lo cual ya había hecho Alexy hace más de veinte años cuando definió los principios como máximas de optimización e identificó los derechos fundamentales como principios (II). La estricta dicotomía entre las referidas concepciones es rechazada aquí en oposición a Habermas. Sustentaremos nuestra tesis intermedia mediante un examen de la discusión teórica subyacente y el análisis de un caso real a partir de las concepciones contrapuestas. Mostraremos que los peligros de una teoría no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales pueden ser evitados y que sus ventajas son mayores que sus desventajas cuando se entiende correctamente el rol de la razón en el derecho.

3.2. El trasfondo filosófico de la discusión: Putnam *vs.* Habermas y Habermas *vs.* Alexy

La pregunta por la concepción más adecuada de los derechos fundamentales puede ilustrarse mediante dos debates de gran relevancia en la filosofía moral y política contemporánea. No obstante, antes resulta útil tener en mente la distinción categorial que para Habermas existe entre normas y valores.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.2.1. La distinción entre normas y valores según Habermas

En su libro *La inclusión del otro* (orig. 1996) Habermas sostiene que las normas se diferencian de los valores en varios aspectos que exponemos a continuación:

	Normas	*Valores*
Contenido	Las normas establecen lo que está ordenado (prohibido) hacer.	Los valores establecen el comportamiento aconsejado.
Modo de vinculación	Las normas obligan categórica e igualmente a sus destinatarios (Las normas son absolutas [categóricas] y universales). Lo debido pretende ser igualmente bueno para todos (sus destinatarios).	Los valores expresan la preferencia por bienes y son vigentes solo en determinadas colectividades para las cuales esos bienes son dignos de aprecio (los valores son relativos [hipotéticos], no universales). Las decisiones de valor reflejan lo que es bueno para mí (nosotros).
Forma de satisfacción	Las normas son cumplidas mediante expectativas de comportamiento generalizadas.	Los valores o los bienes son realizados o alcanzados mediante una acción dirigida hacia un fin.
Pretensión de validez	Las normas son binarias. Ellas son válidas o inválidas. La actitud ante ellas es la misma que la esperada ante oraciones asertóricas: la respuesta es SÍ o NO (pretensión de validez análoga a la de oraciones verdaderas).	Los valores reflejan relaciones de preferencia. Ellos expresan que ciertos bienes son más atractivos que otros bienes. La actitud ante ellos es gradual como en el caso de las oraciones evaluativas, con las cuales podemos estar más o menos de acuerdo (pretensión de validez es gradual).
Obligatoriedad	Las normas poseen el carácter absoluto de los obligaciones categóricas y universales.	Los valores tienen el carácter relativo de un atractivo condicionado y concreto. Los valores son culturalmente relativos.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.2.2. El debate Putnam *vs.* Habermas

La opción de Hilary Putnam a la diferenciación habermasiana entre normas y valores resulta en alto grado ilustrativa para dilucidar la cuestión que nos ocupa. En esta ocasión nos deberemos conformar con los lineamientos generales del pensamiento del filósofo americano. Putnam rechaza la estricta separación entre normas y valores expuesta por Habermas.

Para el primero, Habermas tiene una concepción kantiana de las normas, *i. e.,* las equipara a la fuerza vinculante del pensamiento racional y de la comunicación racional, mientras su tratamiento de los valores es naturalista.[67] "A éstos se los considera productos sociales contingentes que varían conforme lo hacen los diferentes «mundos de la vida»".[68] Putnam le cuestiona a Habermas que su tratamiento de los valores —en contraposición al de las normas— es tan no cognitivista como el del positivismo. Putnam se pregunta en qué consistirá el interés de relativizar o naturalizar los valores, tendencia que no es exclusiva de la filosofía práctica habermasiana. La respuesta la encuentra en una estrategia contra los escépticos, la cual desemboca también en el positivismo lógico. Ella reza: "Dale al escéptico casi todo lo que reclama, con tal de que puedas conservar un cierto mínimo absoluto".[69] Pese a que Habermas no es un positivista lógico ni un reduccionista —y menos un naturalista—, en concepto de Putnam parece que "su deseo de tratar todo discurso sobre valores fuera de los estrechos límites de la ética del discurso como mera negociación de diferencias entre «mundos de la vida», y también la razón por la que él teme conceder cualquier objetividad que se extienda más allá de esto y que alcance hasta dicho discurso de los valores —es decir, el temor de que tal concesión no sería conciliable con la «modernidad» (que aquí significa la moderna sospecha de todo lo que se considera «metafísico»)— se basan en el fondo en deseos y razones positivistas".[70] Así se cree poder sal-

[67] Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores,* Madrid, Trotta, 2008, p. 48.

[68] *Idem.*

[69] *Ibidem,* p. 73.

[70] *Ibidem,* p. 77.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

var la objetividad, concediéndole a los positivistas mucho pero, no obstante, reservándose un trozo pequeño suficiente para reconstruir toda la objetividad ética. Esto es empero un error, según Putnam. El rechazo de las sociedades liberales a la revelación como fundamento de la vida ética y política nos ha convertido finalmente en falibilistas éticos.

Putnam objeta igualmente a Habermas que su teoría del discurso es formalista.[71] Para Putnam no hay razones para creer que el resultado de una discusión ideal y suficientemente prolongada de cuestiones éticas sea inevitablemente correcto, como lo muestra el ejemplo del padre cruel sin ninguna sensibilidad humana. En su criterio, el concepto de situación ideal de diálogo —acuñada y defendida por Habermas— resulta vacío a falta de conceptos éticos densos —como los de crueldad, humillación o consideración—.

> A no ser que se admita que los enunciados que contienen conceptos éticos densos tienen la capacidad de ser "válidos" *tout court*, que son correctos y no meramente racionales dada la "concepción de lo bueno" compartida por una determinada comunidad, entonces la ética del discurso, como el kantianismo en general, será un formalismo vacío.[72]

Para Putnam la validez de una norma se expresa mediante conceptos éticos densos, los cuales no son de ninguna forma binarios o absolutos, sino graduales: una persona puede ser más o menos cruel o generosa, actuar más o menos cruel o generosamente. Putnam llega a la conclusión de que la ética discursiva de Habermas es minimalista porque eleva una única exigencia, a saber, la de discutir toda cuestión ética "según la forma en que lo prescribe la ética del discurso".[73]

La respuesta de Putnam a los argumentos de Habermas puede resumirse en tres tesis centrales que a continuación detallo:

---

71 *Ibidem*, p. 110.

72 *Ibidem*, p. 109.

73 *Ibidem*, p. 110.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

a) Sobre la verdad de los enunciados empíricos y los juicios de valor

Habermas parte del supuesto de que Putnam, en relación con la objetividad de los juicios de valor, defiende la tesis, según la cual todos los enunciados empíricos exhiben uno y el mismo tipo de validez; que la palabra "verdadero" es un nombre para ese mismo tipo de validez; y que todos los enunciados éticos correctos —*i. e.*, tanto normas como juicios de valor— tienen la validez de los enunciados empíricos. En contraste con dicho entendimiento, Putnam sostiene que los enunciados empíricos no forman en sí mismos una clase homogénea. "No corresponden a la realidad en uno y el mismo sentido. Se presentan en una plétora de juegos de lenguaje diferentes. En consecuencia, rechazo la idea de que todos los enunciados genuinamente verdaderos funcionan de uno y el mismo modo".[74]

Putnam rechaza el carácter binario —verdadero/falso— y análogo a la verdad o el sentido de validez de los enunciados empíricos, cuando afirma que no cree que todos los enunciados empíricos son enunciados científicos o que puedan ser demostrados mediante un único método exclusivamente. Existen enunciados, como por ejemplo "el trato dado a los indígenas por los colonizadores europeos fue frecuentemente cruel" o "John está enamorado de Mary", que son simultáneamente enunciados empíricos y juicios de valor. Esto no significa —sostiene Putnam— que un enunciado deontológico general, por ejemplo: nunca debería tratarse a un inocente en forma cruel por el placer de hacerlo, sea "empírico". Putnam concede que está dispuesto a emplear la palabra *verdadero* para juicios correctos de cualesquiera de esos tipos. No obstante, considera que lo dicho no muestra, como piensa Habermas, que él "crea que las normas sean juicio de valor (no-deontológicos), o que los juicios de valor (deontológicos o no) sean todos "enunciados empíricos" o que todos los enunciados empíricos sean enunciados científicos, sino simplemente que no estoy de acuerdo con Habermas, en que "verdadero" sea una noción de la validez en el sentido en el que él lo entiende [...]".[75] En este punto Putnam se concibe como un pluralista, que

[74] *Ibidem*, p. 111.

[75] *Ibidem*, p. 113.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

reconoce que existen enunciados correctos o verdaderos en muchos y diversos tipos de juegos de lenguaje, y que por "correcto" no entiende simplemente aquello que lo es por compartir el proyecto de esta o aquella comunidad.

b) El predicado gramatical "verdadero"

Putnam vincula la discusión sobre los múltiples significados del predicado "verdadero" con la discusión sobre las teorías de la verdad, en particular con las teorías de "desentrecomillado". A su juicio existen por lo menos tres versiones distintas del desentrecomillado: una versión "deflacionaria" representada por Carnap; una versión "fregeana"; y una versión defendida por Putnam y que le atribuye a Wittgenstein tardío. Lo que todas estas teorías tienen en común es su acento en el principio de equivalencia.[76]

Las diferencias entre las distintas teorías del desentrecomillado consisten, según Putnam, en que para Frege "verdadero" es un predicado de "pensamientos" y los pensamientos no consisten en palabras —que los pensamientos sean objetos platónicos o no es discutido incluso entre los expertos en Frege—. Para Tarski "verdadero" es un predicado de oraciones y las oraciones son meras secuencias de marcas sobre el papel. Para Wittgenstein —así como para Putnam— "verdadero" es un predicado de oraciones que son usadas de determinadas maneras, "esto es, un predicado de objetos que no son ni meramente sintácticos (como las oraciones de Tarski) ni completamente independientes del uso de los objetos sintácticos dentro de una particular comunidad de lenguaje".[77]

c) Pluralismo de valores y normas universales

Putnam considera no fundamentado el temor expresado por Habermas en cuanto a que el discurso sobre corrección objetiva o falsedad objetiva llevaría al desconocimiento del pluralismo. En su concepto Habermas concibe muy estrechamente la pretensión de objetividad al limitarla exclusivamente a normas universales y no extenderla a juicios de valor concretos. Para Putnam la concepción de validez "postradicional", que actualmente se atribuye

[76] *Ibidem*, p. 114.

[77] *Ibidem*, p. 116.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

a los enunciados morales, la "aceptabilidad general garantizada", es en el mejor de los casos un criterio puramente formal. A su juicio Habermas muestra una desconfianza y un temor injustificados hacia la tesis defendida por Putnam, en el sentido de que algunos puntos de vista *(Ansichten)* pueden ser correctos o incorrectos, "incluso cuando ninguno de nosotros llegue jamás a una concepción unitaria en cuanto a lo que son".[78]

Como es posible observar, la discusión sobre el carácter deontológico o teleológico de los derechos fundamentales está conectada con cuestiones filosóficas más generales en materia de filosofía moral y ontología. La pretensión de este escrito no es, por cierto, dar luces sobre tales cuestiones, sino ganar algo de claridad respecto del contexto de la discusión en torno a la mejor concepción de los derechos fundamentales. A la luz del telón de fondo conformado por el debate entre Habermas y Putnam sobre normas y valores podemos entender y analizar mejor las objeciones que Habermas eleva en contra de concepción que Alexy tiene de los derechos fundamentales.

3.2.3. La objeción de Habermas a la concepción alexiana de los derechos fundamentales

Puesto que Habermas rechaza la teoría de los principios defendida por Alexy con el argumento de que los derechos deben ser concebidos como normas y no como valores o bienes porque con ello se echa a perder su contenido deontológico, considero útil tener presentes las tesis centrales de Habermas sobre la diferencia entre normas y valores, así como su relevancia para la formulación de un concepto de derechos fundamentales. Esta diferenciación debe ser mantenida, según la opinión del filósofo alemán, para impedir que el derecho secular moderno se confunda con demandas éticas cargadas de valoraciones relativas a un tipo de comunidad determinado. Desde esta perspectiva se hace manifiesto que mientras Alexy se interesa por el vínculo posible entre valores y principios, Habermas opta por subrayar las diferencias entre ambos conceptos.

[78] *Ibidem*, p. 120.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.2.3.1. El núcleo de la objeción de Habermas

En *Factidad y validez* (orig. 1992) Habermas justifica su rechazo a la concepción de los derechos fundamentales postulada por Alexy, según la cual estos son principios entendidos como máximas de optimización.[79] En su criterio los principios no deben ser entendidos en sentido teleológico-axiológico:

> Las reglas son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, como, por ejemplo, los preceptos relativos a forma en la redacción de los testamentos, mientras que los *principios* representan directivas (como la dignidad humana, el trato igual, etc.) de tipo general, que siempre necesitan de interpretación. Tanto las reglas (normas), como esos postulados generales (principios), son mandatos (o prohibiciones, o permisiones), cuya validez deóntica expresa el carácter de una obligación. La distinción entre estos dos tipos de reglas no debe confundirse con la distinción entre normas y fines u objetivos. Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y deben entenderse —en contra de lo que sugiere la apelación a la "ponderación de bienes", en las habituales *Methodenlehren* o "metodologías jurídicas"— como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez.[80]

En la teoría de los derechos fundamentales formulada por Alexy, los principios son máximas de optimización neutrales frente a los valores. En contraste, Habermas considera este entendimiento cargado de valoración, lo cual contradiría la normatividad del derecho y degradaría los derechos fundamentales del individuo a valores susceptibles de ponderación, con lo cual se le abriría la puerta, según él, a que los derechos fundamentales sean sacrificados en beneficio de bienes colectivos de conformidad con la teoría de los principios.

---

79 Alexy sostiene en el epílogo a su teoría de los derechos fundamentales: "En el centro de este libro se encuentra la tesis de que, más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización". Véase Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, p. 13.

80 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998, p. 278. Véase también Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 55.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.2.3.2. Alexy y la relación entre normas (principios) y valores

Alexy se ocupa de la relación entre principio —que es un tipo de normas— y valor en su teoría de los derechos fundamentales. El jurista alemán señala lo que les es común y lo que los diferencia. Los principios, al igual que los valores, colisionan, requieren ser ponderados entre sí y se realizan o cumplen en forma gradual.[81] Pese a su estructura isomórfica, los principios y los valores corresponden a diversos ámbitos o grupos de conceptos. Siguiendo a Von Wright, Alexy divide los conceptos prácticos en conceptos deontológicos —p. ej., orden, prohibición, permisión o derecho a algo—, conceptos axiológicos —p. ej. bueno o malo— y conceptos antropológicos —p. ej., intereses, necesidades—.[82]

> (E)s posible constatar la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. El cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico.[83]

En relación con el concepto de valor, Alexy anota que este es usado en diversos sentidos. Es necesario, por tanto, tener presente que hace una diferencia decir o afirmar que algo *tiene* valor o que *es* un valor. Quien afirma lo primero, expresa un juicio de valor, el cual a su vez puede tener un carácter clasificatorio, comparativo o métrico.[84] Quien afirma lo segundo, usa

---

81 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 138.

82 *Ibidem,* p. 139.

83 *Ibidem,* pp. 140-141.

84 "Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo *tiene* un valor. Pero, ¿qué significa que algo *es* un valor? A una respuesta de esta cuestión conduce la distinción entre objeto y criterio de una valoración"; *ibidem,* p. 143.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

la noción de "valor" bien como *objeto* o como *criterio de una valoración*. Como objeto de una valoración pueden entrar muy diversas cosas en juego, como por ejemplo objetos, artefactos, acontecimientos o situaciones. Como criterios de una valoración cuentan diversos valores. Lo importante radica únicamente tener en claro que "no son los objetos sino los *criterios de valoración* los que tienen que ser designados como «valor»".[85] Dado que los objetos de una valoración pueden ser evaluados según diversos criterios de valoración (valores) y que dichos criterios corrientemente colisionan, ellos exigen ser puestos en relación de forma que se arribe a una valoración completa o integral. De otra parte, Alexy advierte que la aplicación de criterios de evaluación, entre los cuales es necesario ponderar, es análoga a la aplicación de principios.

Pese a que la métrica en la solución de colisiones entre derechos fundamentales o entre derechos individuales y bienes colectivos no se descarta, Alexy anota que son los juicios de valor comparativo los que tienen la mayor significación en el derecho constitucional. La relación entre juicios de valor comparativos y criterios de valoración determina la relación entre principio y valor. Así, según el criterio de valoración de la libertad de prensa, un estado de cosas Z_1 puede ser mejor que un estado de cosas Z_2, pero a la luz del criterio de valoración de la seguridad externa, Z_2 podría ser mejor que Z_1. "Pero, esto significa que una situación que, según el criterio de valoración de la libertad de prensa, es mejor o es la mejor solo lo es *prima facie*. Cuál sea la situación definitivamente mejor o la mejor es algo que solo puede decidirse como resultado de una valoración total en la que son tomados en cuenta todos los criterios vigentes de valoración".[86]

Contra la teoría principialista y valorativa de los derechos fundamentales se elevan generalmente objeciones filosóficas, metodológicas y dogmáticas. Aquí solo interesan las objeciones filosóficas. Estas se relacionan principalmente con el debate sobre la objetividad del orden de los valores. Habermas, como otros autores, rechaza la teoría del "orden objetivo de valores",

85 *Ibidem*, p. 144.

86 *Ibidem*, pp. 146-147.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

acogida por el Tribunal Constitucional alemán en varias de sus sentencias, debido a que ella reposa sobre supuestos ontológicos muy fuertes e infundados. Por otra parte, la teoría del orden objetivo de valores tiende a asociarse con la ontología intuicionista de los valores formulada por Max Scheler. La existencia (moral) de valores, no solo su validez, es presupuesta en la teoría de los valores de Scheler. Esto posibilita que la oración "A es bueno" sea verdadera porque corresponde con el hecho moral según el cual A es bueno. El conocimiento de valores, en contraposición al conocimiento de hechos empíricos, tiene lugar mediante una experiencia vivencial; pero su carácter es diferente al propio del conocimiento empírico o analítico. Diversas personas experimentan diferentes experiencias vivenciales sobre uno y el mismo objeto. Puesto que no disponemos de un criterio definitivo para conocer cuáles evidencias son verdaderas y cuáles falsas, cuáles auténticas y cuáles no, la teoría de los valores de Scheler conduce al subjetivismo.

Para Alexy, esta objeción contra la teoría intuicionista de los valores de Scheler es justificada. Para el primero, sin embargo, esto no conlleva el rechazo de toda teoría de los valores. En su concepto, la teoría del orden objetivo de valores acogida por el *Bundesverfassungsgericht* puede ser defendida si se entiende por valores no tanto objetos, que existen, sino criterios de valoración, "que, como las normas en general, valen o no valen".[87] La validez de los valores como criterios de valoración, y las valoraciones que se derivan de dichos criterios, son objetos de valoración, no de algún tipo de evidencias. La fundamentación de la validez de los valores depende en últimas del tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética (moral). Alexy está convencido de que basta una teoría de los valores, débil y depurada de supuestos ontológicos y epistemológicos, para aceptar la compatibilidad estructural entre normas (principios) y valores, y sobre esa base construir una teoría de los derechos fundamentales que sea moderna y democrática.

Una cuestión resta aún por resolver: ¿por qué la validez de una norma debe ser binaria y no gradual? En contra del sentido

[87] *Ibidem*, p. 151.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

de la validez de las normas postulado por Habermas puede sostenerse que Habermas parece entender por normas únicamente reglas, pero no principios. Si las normas pueden adoptar tanto la forma de reglas como la forma de principios, entonces la validez de las normas podría ser o bien binaria o bien gradual. También en el caso de la validez gradual es posible hablar de juicios de valor o actuaciones que sean correctas o erróneas. En lo que sigue profundizaremos estas cuestiones desde la perspectiva analítica.

3.3. La perspectiva analítica

La perspectiva analítica se caracteriza por distinguir claramente los elementos constitutivos de un fenómeno o estado de cosas, sea fáctico o normativo, para luego describir las relaciones existentes entre dichos elementos. Para el objeto de estudio, las concepciones de los derechos fundamentales, es importante caracterizar los extremos de las concepciones deontológica y teleológica, así como posibles posiciones intermedias entre ellas en el plano constitucional y desde un punto de vista filosófico.

3.3.1. Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista constitucional

A nivel constitucional es necesario distinguir entre una concepción estrictamente deontológica y una no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. Esto porque las consecuencias de asumir una u otra postura son extensas a la hora de postular una teoría de los derechos fundamentales, la cual abarca su definición, estructura, contenidos, alcance y límites.

3.3.1.1. La concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales y el modelo liberal

Habermas defiende un entendimiento estrictamente deontológico de los derechos fundamentales, que está acorde con su concepción liberal de los derechos y su cognitivismo epistémico.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

Para él los derechos fundamentales tienen precedencia absoluta sobre otros fines o bienes políticos. Tener un derecho fundamental, significa para él que el Estado y los demás particulares están jurídicamente impedidos para interferir en la esfera de libertad del individuo. De esta forma los derechos fundamentales fungen de *constraints* a la acción de otros, esto es, como limitaciones para terceros, de forma que las libertades del individuo sean garantizadas.

Según este enfoque, los derechos fundamentales son garantizados mediante normas con validez universal y estructura binaria. A diferencia de los valores, las normas valen para todos y frente a todos; los valores, por su parte, solo tienen validez en el contexto de una cultura concreta. Las normas tienen mayor legitimidad que los valores precisamente porque las primeras vinculan a todos, mientras los segundos solo valen para grupos sociales concretos, lo cual conlleva el problema de la exclusión de otras personas o grupos sociales.

La concepción deontológica de los derechos fundamentales la conecta Habermas con una característica estructural de las normas, a saber, con su estructura binaria. Las normas permiten o prohíben acciones. Ellas son observadas o no. Si esperan ser efectivas, las normas requieren tener una estructura que posibilite un sencillo y claro entendimiento de forma que puedan ser obedecidas. La prohibición de una conducta, por ejemplo, solo es observada cuando el destinatario de la norma prescinde totalmente de realizar la acción prohibida, no así cuando ejecuta parcialmente la acción, como sucede con la satisfacción de valores. Según Habermas, los derechos fundamentales solo pueden ser efectivamente garantizados si son regulados mediante normas que ordenen o prohíban acciones, de forma que la esfera de libertad del titular del derecho pueda ser protegida.

Habermas probablemente disentiría, por ejemplo, de una decisión de la Corte Constitucional colombiana que para resolver un caso ponderó entre el principio democrático y los derechos sociales fundamentales,[88] dado que Habermas rechaza toda pon-

[88] La ley de Presupuesto en Colombia para el año 2003 no apropió recursos para aumentar los salarios a los servidores públicos, a pesar de que la

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

deración entre derechos fundamentales. En el caso decidido la Corte otorgó la razón al demandante que cuestionó la constitucionalidad de una ley que no reconoció el poder adquisitivo del salario para empleados de inferiores ingresos, y limitó el principio democrático para proteger el derecho social fundamental de reajuste pleno del salario para el grupo desfavorecido de trabajadores, no reconociendo igual derecho para empleados de mayores ingresos. Las alterntativas que tenía la Corte Constitucional en este caso eran ambas subóptimas: o reconocer a todos los empleados públicos el reajuste anual del salario por inflación, lo que no sería financiable a largo plazo, o no reconocer derecho social alguno a los empleados y observar plenamente el principio democrático. Luego de una ponderación entre el principio democrático y los derechos fundamentales a mantener el poder adquisitivo del salario, la Corte maximizó ambos principios sin sacrificar ninguno. Los mejores argumentos hablan a favor de esta solución, la cual, no obstante, es incompatible con una concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales.

---

inflación del año 2002 alcanzó el 6% respecto del costo de vida del año inmediatamente anterior, perdiendo los asalariados dicho porcentaje de poder adquisitivo de sus ingresos laborales. Según jurisprudencia constitucional reiterada, el artículo 53 de la Constitución garantiza los servidores del Estado —funcionarios públicos y trabajadores oficiales— el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de sus salarios. Un ciudadano mediante una acción de inconstitucionalidad demandó la mencionada Ley de Presupuesto por violar, entre otras normas, el artículo 53 de la Constitución. La Corte Constitucional al resolver el caso mediante el control abstracto de normas le otorgó parcialmente razón al demandante. Consideró que el legislador ha debido diferenciar entre los servidores públicos de bajos y altos ingresos. Los primeros —sostuvo la Corte— son titulares de un derecho social fundamental al mantenimiento del poder adquisitivo de sus salarios en el porcentaje de la inflación para el año 2002, mientras los segundos tienen derecho solo a la mitad de dicho reajuste. Tres magistrados se separaron de la decisión. En su opinión disidente consideraron que la totalidad de los servidores públicos ha debido recibir el reajuste completo de su salario para 2003. Sostuvieron de los magistrados disidentes como argumento principal que los derechos fundamentales no son susceptibles de ponderación y no pueden ser restringidos o limitados en sus alcances por cláusulas no escritas, si es que se quiere efectivamente garantizarlos.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.3.1.2. La concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales y el modelo progresivo

En contraste con Habermas, Alexy defiende una concepción que puede denominarse no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. Esta no solo incluye derechos liberales, sino también derechos sociales fundamentales. Los derechos fundamentales son en la concepción de Alexy —al igual que en Habermas— igualmente garantizados mediante normas. Estas pueden adoptar, no obstante, la forma de reglas o de principios. Si los derechos fundamentales son entendidos como principios, en el sentido de máximas de optimización, no pierden su carácter deontológico. En su calidad de principios son asegurados mediante mandatos, en este caso, mandatos de optimización. Tales mandatos son realizados gradualmente. Se trata aquí de un modelo progresivo de los derechos que busca su realización en la práctica. Esta concepción dinámica de los derechos fundamentales como mandatos de optimización de ninguna manera impide el establecimiento de vulneraciones a los derechos fundamentales. Estos pueden perfectamente ser protegidos judicialmente con base en criterios objetivos, sin que con ello pierdan fuerza normativa o se relativicen ante otros bienes o fines colectivos.

El respeto de una norma protectora de derechos fundamentales no se excluye si las normas dejan de concebirse con una "estructura binaria". La satisfacción o realización gradual de una norma de derechos fundamentales puede determinarse racionalmente. El acceso epistémico para determinar la observacia o inobservacia de normas concebidas para proteger derechos fundamentales no se garantiza solamente si se reconoce a los enunciados normativos el sentido veritativo análogo al de los enunciados asertóricos. Es posible establecer en forma razonable si derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización, han sido efectivamente satisfechos en las circunstancias concretas de un caso.

Una concepción no estrictamente deontológica es más ventajosa que una estrictamente deontológica, ya que hace justicia al carácter realizativo de los derechos fundamentales, lo que no sucede con la segunda concepción. La estirpe liberal de la com-

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

prensión habermasiana de los derechos fundamentales como *side constraints* está más acode con un estado de derecho, mientras que la comprensión de los mismos como posiciones iusfundamentales a realizarse, según las circunstancias del caso, se adecúa más al estado social de derecho. Los mandatos de optimización garantizan que los derechos fundamentales puedan realizarse sobre una base realista en las circunstancias concretas del caso. Para la determinación de la observacia o inobservación de tales mandatos el principio de proporcionalidad cumple un papel central.

En relación con el caso resuelto por la Corte Constitucional colombiana, antes referido, es posible afirmar que la solución fue en efecto correcta a la luz de una concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. La diferenciación entre empleados de bajos ingresos salariales y empleados de altos ingresos salariales de cara al aseguramiento de la pretensión de un reajuste salarial ante el nivel inflacionario que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del dinero, puede fundamentarse con buenos argumentos. Desde una perspectiva realista, la cual atiende a la situación económica y financiera de la nación —déficit presupuesto inflación, deigualdad, inequidad en el ingreso, etc.—, debe optimizarse la garantía del derecho social fundamental a un reajuste salarial, en tanto y en cuanto tal derecho abarca diversidad de pretensiones. Otras soluciones diferentes al caso en mención habrían conducido a resultados subóptimos y no son por ello defendibles. La garantía general del derecho al reajuste salarial para todos los empleados con indiferencia de su nivel salarial representaría a mediano o largo plazo la quiebra de las finanzas del Estado; el no reconocimiento de tal derecho a ninguno de los empleados afectaría a los empleados de menores ingresos en forma desproporcionada y empeoraría aún más su posición en la sociedad, lo cual ciertamente no es compatible con una Constitución que ha acogido el estado social de derecho como uno de sus principios fundamentales.[89]

[89] Desarrollos adicionales a la teoría de los principios se encuentran en Alexy, Robert, "Die Gewichtsformel", en Jickeli, Joachim; Kreutz, Peter y Dieter, Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein,* Berlín, De Gruyter Recht, 2003, pp. 771-792.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

3.3.2. Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista de la filosofía analítica del derecho

Diversos autores adoptan una concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales o de los derechos humanos.[90] Este tema se conecta con investigaciones contemporáneas en los ámbitos de la filosofía política y moral sobre la correcta interpretación de autores como Aristóteles, Kant, Bentham y Mill.[91] Una respuesta satisfactoria a la cuestión sobre el modelo más adecuado de derechos fundamentales exige una clarificación suficiente de la relación entre normas —lo debido— y valores —lo bueno—, así como entre las dimensiones deontológicas y teleológicas-axiológicas en el discurso práctico. En este lugar, debido a las limitaciones de espacio, solo abordaremos el tema a partir de un punto de vista iusfilosófico.

Según Andrew Halpin, en su libro *Rights and Law. Analysis and Theory,* la diferenciación entre concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos en la filosofía moral no es clara. Así,

---

90 Véase McCloskey, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 121-136; R. G. Frey (ed.), "Act-Utilitarism, Consequentialism, and Moral Rights", en *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 61-86; Sen, Amartya, "Rights as Goals", en Guest, Stephen y Milne, Alan, (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice,* Stuttgart, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1985, pp. 11-25.

91 Patzig, Günther, "Die Begründbarkeit moralischer Forderungen", en *Gesamte Schriften I, Groundlagen der Ethik,* Göttingen, Wallstein Verlag Göttingen, 1994; Annas, Julia, "Aristotle and Kant on Morality and Practical Reasoning", en Engstrom, Stephen y Whiting, Jennifer (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 237-257; Korsgaard, Christine, "From Duty and the Sake of the Noble: Kant and Aristotle on Morally Good Action", en Engstrom Stephen y Whiting, Jennifer (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 203-236; Cummiskey, David, *Kantian Consequentialism,* Oxford, Oxford University Press, 1996; Lafont, Ch., *Realismus und Konstruktivismus in der Kantischen Moralphilosophie,* Berlín, DZPhil, 50, (2002) 1, pp. 39-52; O'Neill, Onora, "Four models of practical reasoning", en *Bounds of Justice,* Cambridge, UK *et al.,* Cambridge University Press, 2000; Ch. Taylor, Ethics and Ontology, en *The Journal of Philosophy,* 100, vol. 6, 2003, pp. 305-320.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

Rawls denomina de teleológica, por ejemplo, la visión utilitarista en la ética, y explica que una concepción deontológica debe ser entendida como no teleológica.[92] La diferencia entre esas dos perspectivas remite según Rawls, a dos conceptos fundamentales de la ética, lo correcto y lo bueno *(the right and the good)*. La concepción teleológica remite a lo bueno y busca maximizar tal posición, de forma que todo, lo que lleve a la realización de lo bueno, es correcto. En contraste, la concepción deontológica define lo correcto con independencia del hecho, de que lo bueno sea maximizado o no.

Andrew Halpin pone en duda con buenas razones la estricta separación entre ambas concepciones. Analiza los elementos constitutivos del lenguaje deontológico y teleológico, encontrando que entre dicho elementos no existen relaciones necesarias. Para Halpin dichos elementos remiten:

(i) al rol que juegan las consecuencias en la valoración moral;
(ii) a la relación entre lo correcto y lo bueno, y
(iii) a la maximización del bien.

De su investigación se concluye que una concepción deontológica de los derechos puede ser sensible a las consecuencias de una acción o decisión, sin que ello haga lo correcto dependiente de lo bueno ni se relativice lo correcto. En contraste, una concepción teleológica puede respetar las reglas sin que esto elimine el contenido deontológico de los derechos, al igual que lo sostienen los defensores bien del utilitarismo de acto[93] o del utilitarismo de regla.[94]

1. Los enfoques deontológicos y teleológicos en la ética tienen como objeto de análisis las consecuencias de la ac-

[92] Halpin, Andrew, *Rights and Law. Analysis and Theory,* Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 217.

[93] McCloskey, H. J., *op. cit.,* p. 128; Frey, R. G. (ed.), "Act-Utilitarism, Consequentialism, and Moral Rights, en *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 79 y ss.

[94] Hooker, Brad, "Rule-Consequentialism", en LaFollette, H. (ed.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory,* Oxford, UK, Blackwell Publ. Ltd, 2000, pp. 183-204.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

ción humana.[95] El propio Kant, quien es presentado como el defensor por antonomasia de un deontologismo fuerte y para quien la acción moral se determina con independencia de las consecuencias de la acción, aceptaría que el agente moral no deriva sus deberes morales con independencia de las posibles consecuencias que se deriven de ello: "Kant may have rejected a role for the self-interested consequences of the agent, but that is not to reject a role for all consequences".[96]

2. Halpin anota además que la precedencia de lo correcto sobre lo bueno no debe ser interpretada en el sentido de que la acción moral sea determinable según criterios morales sin relación alguna con lo bueno. Por el contrario, el autor inglés defiende una concepción de lo correcto como factor de ponderación que permite elegir una concepción adecuada del bien entre diversas concepciones de lo bueno: "(T)he question is on what basis the right can determinate a particular balance to be appropriate. We can in fact see this sort of balancing function being performed in the avoidance of excess from among a variety of goods [...]".[97] El entendimiento de lo correcto como factor de ponderación se acerca a y es compatible con la definición que Robert Alexy nos ofrece de los derechos fundamentales como posiciones iusfundamentales que deben ser ponderadas. Los derechos fundamentales, al igual que otros ejemplos de lo correcto, deben en la práctica ser sopesados o ponderados con otros derechos fundamentales o principios de igual jerarquía.
3. La diferenciación entre los enfoques deontológicos y teleológicos en la ética se relaciona además con el tema de la maximización del bien. Según Halpin, la idea de deducir lo correcto a partir de la maximización del bien es de suyo autoevidente. Como lo ha indicado Rawls, este entendimiento de lo correcto corresponde con nuestras

95 Halpin, Andrew, *op. cit.*, p. 217.

96 *Ibidem*, p. 220.

97 *Ibidem*, p. 222.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

> intuiciones.[98] No obstante, la clarificación de este aspecto se enfrenta a grandes dificultades que en este lugar no pueden ser abordadas. Ellas tienen que ver con el hecho de que existen diversas concepciones —monistas y pluralistas— de lo deontológico y lo teleológico, las cuales llevan a distintas teorías éticas y morales. Importante es dejar en claro que cuando lo bueno ha sido identificado no existe razón alguna para dudar que lo correcto sea la maximización de dicho bien.

De los aspectos 2 y 3 Halpin deduce que es cuestionable seguir sosteniendo —como lo hace Rawls— una distinción entre lo correcto y lo bueno en términos de la prioridad del primero sobre el segundo, o viceversa:

> There are not grounds for drawing out the distinction in terms of a priority taken by the right over the good, as Rawls does, because such a priority proves untenable on either side. What we are left is the possibility of finding a different form for the conjunction of the right and the good: in a balancing of conflicting goods, or within a grand synthesising conception of the good.[99]

La clarificación filosófico-conceptual de las concepciones deontológicas y teleológicas habla a favor de un entendimiento de los derechos fundamentales como máximas de optimización,[100] llamadas a realizarse según las posibilidades fácticas y jurídicas dadas. El modelo más adecuado de derechos fundamentales es uno que rechaza la estricta separación entre lo correcto y lo bueno; que se mantiene sensible a las consecuencias de la decisión a la hora de ponderar los derechos fundamentales en colisión; y que no ofrenda el contenido deontológico de los derechos en el altar de un cierto consecuencialismo ético. Como lo advierte Amartya Sen:

---

98 *Ibidem,* p. 224.

99 *Ibidem,* p. 226.

100 Véase al respecto Alexy, Robert, "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 294 y ss.; del mismo autor, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales..., cit.,* p. 13.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

> But there is a difference between action being *sensitive* to the goodness of states of affairs and such judgements being *exclusively tied* to that goodness. To give substantive content to the inclusion of right(s)-realization among goals, sensitivity is undoubtedly needed, but not an exclusive tie-up. Consequentialism is, in fact, a separate issue altogether.[101]

Desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho, los derechos fundamentales no son concebibles exclusivamente como restricciones a la acción *(side constraints)* al estilo de los derechos de libertad, sino como mandatos de optimización. Un modelo progresivo de los derechos, que los concibe como máximas que deben ser realizadas en la mayor medida de los posible, según las circunstancias fácticas y normativas, es más adecuado que el modelo liberal clásico privilegiado por Habermas en el marco de un estado constitucional, social y democrático de derecho.

3.4. Conclusiones

Las preguntas constitucionales dependen para su solución de la resolución de preguntas aún más generales que involucran aspectos iusfilosóficos. Esto es especialmente cierto tratándose de derechos fundamentales. La discusión sobre la concepción deontológica o teleológica de los derechos fundamentales está igualmente ligada a problemas propios de la filosofía moral y política. Es por esto que una respuesta sencilla y definitiva al primer interrogante no es de esperarse de buenas a primeras.

Pese a lo anterior, es posible sostener desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho que ninguna teoría estricta —bien sea deontológica o teleológica— de los derechos fundamentales es adecuada para responder a los desafíos y a las expectativas que plantea un estado constitucional, social y democrático de derecho.

La prolongada y compleja discusión entre Putnam y Habermas en torno a la relación existente entre valores y normas mues-

[101] Sen, Amartya, "Rights as Goals"..., *cit.*, p. 17.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

tra que ella no puede simplemente trasladarse de manera directa al ámbito de la filosofía del derecho y a la teoría de los derechos fundamentales. En especial esto no debería hacerse cuando Habermas entiende por normas, las normas morales o de validez universal, no las normas del derecho positivo. Algo que sí queda claro, luego de repasar el debate filosófico, consiste en que la garantía de los derechos fundamentales no se logra precisamente gracias a la "estructura binaria" presupuesta por Habermas. Tal garantía solo puede asegurarse o, por lo menos, perseguirse, entre otras, mediante la reconstrucción de un proceso racional que elimine resultados subóptimos en la determinación y ponderación de los derechos fundamentales.

La prueba de cuál teoría es más adecuada —la concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales defendida por Habermas o la concepción no estrictamente deontológica que concibe los derechos fundamentales como mandatos de optimización— a la luz de la resolución del caso colombiano, relativo al aumento del salario, ha mostrado que solo esta última alternativa es plausible. Tal conclusión habla a favor de una concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas que pueden ser objeto de ponderación, las cuales no tienen un carácter absoluto o universal, sino que deben entenderse racionalmente como posiciones que se realizan dependiendo de las condiciones fácticas y normativas existentes.

A la luz de la filosofía analítica del derecho, la objeción de Habermas a la concepción alexiana de los derechos fundamentales se revela como infundada. Por otra parte, la literatura revisada respalda una concepción de los mismos como mandatos de optimización. Esta se muestra como la concepción de los derechos fundamentales más adecuada en el contexto de un estado constitucional, democrático y social de derecho.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/