

ALEXY Y SU FÓRMULA DEL PESO

Ricardo A. Guibourg
Universidad de Buenos Aires

1. Una visita importante

En 2008, las universidades de Buenos Aires y de Tucumán concedieron al profesor Robert Alexy el doctorado *honoris causa*. En cada una de esas ocasiones, Alexy pronunció una clase magistral. Dio además una tercera conferencia en la Asociación Argentina de Derecho Comparado. En esas exposiciones, Alexy proporcionó un panorama de sus ideas acerca de varios de los temas fundamentales de la filosofía del derecho. Luego de completar este panorama con el examen de algunas publicaciones, me propongo criticar ese sistema de ideas desde un punto de vista lógico. Trataré de probar que todas las afirmaciones de Alexy se hallan vinculadas unas con otras, pero todas ellas dependen, en última instancia, de dos premisas: la pretensión de corrección como una condición necesaria del derecho y la Fórmula del Peso como demostración de que es posible aplicar racionalmente los principios. Más adelante, también discutiré la plausibilidad de esas dos premisas.

2. Una exposición analítica de las principales postulaciones de Alexy

De acuerdo con Alexy, pueden distinguirse ocho aproximaciones a los derechos humanos (HR)¹:

- a) Religiosa: los HR dependen de la idea de Dios.
- b) Intuicionista: Los HR se plantean como evidentes por sí mismos.
- c) Consensual (una clase de intuicionismo colectivo): si se halla conectado con argumentos, el papel de las razones vale más que las meras mayorías.
- d) Biológica (o socio-biológica): el altruismo recíproco podría ser mejor para la supervivencia de la especie que la indiferencia mutua o aun la agresividad.
- e) Instrumental: aceptar los HR es indispensable para maximizar la utilidad individual.
- f) Cultural: el concepto de HR es un logro importante en la historia de la cultura humana.
- g) Explicativa: (o teórico-discursiva): es posible fundar los HR haciendo explícito lo que se halla necesariamente implícito en la práctica humana. Para hacer esto, es preciso mostrar que la práctica de dar y pedir razones presupone libertad y razonamiento, aceptar que los seres humanos son “criaturas discursivas” y concebir una transición del discurso a la acción. Así, la justificación explicativa de los HR consiste “en la construcción de un sistema que expresa, como un conjunto, la naturaleza discursiva de los seres humanos”.
- h) Existencial: como resultado de la aproximación explicativa, la justificación de los HR se relaciona con la necesidad de la naturaleza discursiva de los seres humanos.

¹ Alexy, Robert, “Discourse Theory and Fundamental Rights” (mencionado luego como DTFR), en A. J. Menéndez/E. O. Eriksen (Hg.), *Fundamental Rights Through Discourse. On Robert Alexy’s Legal Theory*, European and Theoretical Perspectives, Oslo 2004, p. 40/44.

Parece claro que Alexy prefiere la aproximación existencial. Así, los HR son consecuencia de la naturaleza humana, necesariamente discursiva y por lo tanto inclinada a la libertad y al razonamiento.

Los derechos humanos, una vez institucionalizados, dan origen a los derechos fundamentales (FR), porque los FR son HR constitucionalmente protegidos². Hay tres conceptos de FR, estrechamente conectados:

a) Formal: los FR son derechos contenidos en una constitución y dotados por ella con una protección especial, como el derecho de interponer una demanda de inconstitucionalidad ante un tribunal.³

b) Sustancial: los FR se consideran derechos de los ciudadanos contra el estado.⁴

c) Procesal: al conceder a un tribunal el poder de revisión, los FR constituyen una expresión de desconfianza en el proceso democrático.⁵

Como resultado de las premisas precedentes puede decirse que, desde el punto de vista de Alexy, los FR son la intersección de dos conjuntos distintos: las garantías constitucionales, que dependen del texto de una Constitución, y los derechos humanos, que se deducen directamente de la naturaleza (discursiva) del hombre. Por esto insiste Alexy en que la investigación acerca de la naturaleza del derecho es el tema principal de la filosofía del derecho⁶, que la filosofía del derecho incluye varios temas de la filosofía⁷ y que la filosofía es una reflexión racional sobre ontología, epistemología y moral, especialmente desde el punto de vista de la necesidad⁸. Esto muestra que Alexy cree en el conocimiento natural de cierta clase de esencias: la esencia de lo que existe, la esencia de la verdad y la esencia de lo que debe hacerse.

2.2. El concepto de derecho

Alexy acepta la fórmula de Radbruch: *de hecho*, la injusticia extrema no puede ser derecho. Esta no es la tesis extremista, según la cual el derecho no es sino la justicia misma. En la opinión de Alexy, el derecho está conectado con tres ideales: certeza, que implica el uso de reglas como instrumento técnico, eficacia, como marco necesario para su aplicación, y justicia, como pretensión necesaria de cualquier sistema jurídico⁹. Después de criticar varias teorías del derecho, como el positivismo excluyente o incluyente¹⁰, el no-positivismo radical (las reglas inmorales son jurídicamente inválidas)¹¹ y el no-positivismo “super incluyente” (una norma injusta puede ser válida, pero es jurídicamente deficiente)¹², escoge un “no-positivismo incluyente”: las deficiencias morales no son suficientes para excluir la validez jurídica de la norma, a menos que traspasen el umbral de la injusticia extrema. Si esto no sucede, una norma

² DTFR, p. 38/39.

³ DFTR, p. 37.

⁴ DTFR, p. 37.

⁵ DTFR, p. 38.

⁶ Alexy, Robert, “The Nature of Legal Philosophy” (mencionado luego como NLP), en *Associations 7 (1)*, 2003, Duncker & Humblot, Berlín, p. 65.

⁷ NLP, p. 68.

⁸ NLP, p. 63/64, 70.

⁹ “Sobre reglas y principios, entrevista a Robert Alexy” (mencionado luego como SRP), en *La Ley Actualidad*, Buenos Aires, 30/10/08, p. 1; NLP, p. 67.

¹⁰ Alexy, Robert, “La doble naturaleza del derecho” (mencionado luego como DND), conferencia dada el 11/19/08 en la Universidad de Tucumán (traducción de Jorge A. Abboud), p. 1-2.

¹¹ DND, p. 2.

¹² DND, p. 2/3.

injusta es válida, pero jurídicamente imperfecta¹³. Afortunadamente, la injusticia extrema es imposible en un estado constitucional, gracias al espacio de interpretación concedido al juez para resolver todos los conflictos dentro del marco del derecho¹⁴.

Por supuesto, si la injusticia extrema es un límite para la validez jurídica, este concepto debe justificarse mediante razones morales y el razonamiento moral ha de considerarse como un caso especial del razonamiento práctico en general¹⁵. En este aspecto, el concepto de necesidad práctica es ambiguo. Hay una interpretación débil, como el concepto de Hart sobre la “necesidad natural”; pero Alexy sostiene otra fuerte, en la que “los fines generales del derecho, como la certeza jurídica y la protección de los derechos básicos, son considerados como requisitos de la razón práctica (...) y esos requisitos se consideran elementos necesarios del derecho”. Esta idea, dice, proveería una base valorativa o normativa para el derecho¹⁶.

2.3. Racionalidad y principios

Dada la necesidad de una base moral para justificar el razonamiento práctico y, por lo tanto, un razonamiento jurídico acorde con el no-positivismo incluyente, se requiere alguna clase de conocimiento moral objetivo¹⁷. De acuerdo con Alexy, dentro de este campo la objetividad no es lo mismo que la posibilidad de prueba, como en matemáticas o en ciencias naturales. El objetivo es encontrar algunos elementos de razón, argumentos racionales, en algún punto intermedio entre la prueba y la arbitrariedad. Si hay un argumento racional, hay objetividad, aun si algunos interrogantes son controvertibles. De este modo, si tenemos buenos argumentos a favor y en contra de una solución, y si un tribunal decide de acuerdo con un conjunto de buenos argumentos, tal decisión se adopta objetivamente¹⁸.

¿Es posible el conocimiento moral, o la justificación moral? Luego de descartar las objeciones de Habermas acerca de la falta de estándares racionales y la contradicción entre el concepto de ponderación y las ideas de corrección o incorrección¹⁹, Alexy acepta que ningún intento de justificar las normas morales es perfecto²⁰, pero propone una manera de distinguir un argumento bueno de otro malo: que un número suficiente de personas acepten el argumento como una razón para adoptar decisiones correctas. Sin embargo, advierte que solo las personas razonables son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o de su sensatez²¹. Así, la posibilidad de distinguir argumentos buenos o malos, argumentos mejores o peores, se convierte en la explicación y justificación del control constitucional²², como una institucionalización de la razón²³, aun contra la elección de los ciudadanos²⁴.

¹³ DND, p. 3.

¹⁴ SRP, p. 2.

¹⁵ DND, p. 6; NLP, p. 74.

¹⁶ NLP, p. 73/74.

¹⁷ NLP, p. 74/75.

¹⁸ SRP, p. 1.

¹⁹ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación” (mencionado luego como PCR), traducción de René González de la Vega, en *La Ley*, 9/10/08, Buenos Aires, p. 1-2.

²⁰ DTFR, p. 39.

²¹ PCR, p. 3.

²² PCR, p. 3.

²³ PCR, p. 3.

²⁴ PCR, p. 3.

La *fórmula del peso* de Alexy se presenta como un gran ejemplo de argumento racional. La ponderación está conectada con el discurso y es imposible sin él. De tal modo, la ponderación es tan racional como el discurso mismo: si el discurso práctico no es racional, no hay racionalidad práctica en absoluto²⁵.

Los elementos a pesar en la ponderación son los principios. De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización y el principio de la optimización es la clave de bóveda de la racionalidad. La optimización es fácil en economía, porque disponemos de la moneda como instrumento de medida. Pero en un conflicto entre principios jurídicos, optimizar significa encontrar la mejor solución mediante su ponderación²⁶. Como el derecho contiene tanto reglas como principios, el razonamiento jurídico combina inevitablemente la subsunción con la ponderación²⁷.

2.4. La fórmula del peso

Como consecuencia de todo esto, un conflicto debe ser subsumido en una regla, si es que hay tal regla. Si no la hay, o si la regla puede ser interpretada según diversos criterios, es preciso tomar la decisión aplicando principios. Si los principios son claramente contrarios a la regla, la regla prevalece a menos que el conflicto conduzca a una injusticia extrema, aunque la injusticia extrema es prácticamente imposible en un estado constitucional²⁸. Los principios se identifican y justifican mediante el discurso racional acerca de los FR²⁹. El discurso racional se determina por el uso de buenos argumentos, cualquiera sea el resultado de dicho discurso, siempre que sea aceptado por la gente razonable.

Alexy enfatiza que las soluciones jurídicas no pueden alcanzarse tan solo por la argumentación moral, sino por la ponderación de los derechos constitucionales, si bien esta ponderación incluye argumentos morales acerca de la intensidad de una violación dada. Tener una teoría moral no es suficiente: un abogado debe aplicar principios jurídicos, lo que no puede hacerse sin optimización³⁰. De esta manera, ponderar no es tomar cualquier decisión que uno prefiera: para todo hay una estructura racional de la ponderación, y esta estructura puede transformar cualquier conflicto en un problema matemático, dentro de la certeza del derecho³¹. De acuerdo con una teoría adecuada de los derechos constitucionales, los conflictos (incluyendo los clásicos, como el aborto o el dilema de Antígona) ya no son trágicos³².

En este punto parece conveniente transcribir un párrafo muy importante:

²⁵ PCR, p. 2.

²⁶ SRP, p. 1.

²⁷ NLP, p. 70. Si el derecho incluye normas, las normas deben identificarse de algún modo. Lo mismo sucede con los principios. Tal vez la cuestión central no consista en descubrir los elementos *reales* del derecho, sino construir la idea capaz de ayudar a las personas a distinguir las acciones legales de las acciones ilegales.

²⁸ SRP, p. 1-2.

²⁹ PCR, p. 2.

³⁰ SRP, p. 1.

³¹ SRP, p. 2.

³² SRP, p. 2.

Ahora bien, es clara la objeción según la cual no se puede hablar de cocientes sino en presencia de números, y no se usan números en las ponderaciones que se ejercen en el derecho constitucional. La respuesta a esta objeción puede empezar por observar que el vocabulario lógico que usamos para expresar la estructura de la subsunción no se usa en el razonamiento judicial y, sin embargo, es el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Lo mismo sucede al expresar la estructura inferencial de los principios mediante números que sustituyan las variables de la Fórmula del Peso³³.

Es útil poner de manifiesto que la posición de Alexy implica la prioridad del método. Según su punto de vista, el derecho incluye principios, no solo como parte de él sino también como límite necesario de su validez; pero los principios deben ponderarse en cada caso difícil (es decir, en cada caso interesante apropiado para poner a prueba la teoría del derecho como un todo). Ponderar es pesar; y pesar requiere alguna clase de algoritmo³⁴. Así, si no encontramos un método apropiado para pesar los principios y medir el grado de su participación en un caso dado, el acto de pesar se vuelve imposible, la ponderación se torna subjetiva, se lesiona la racionalidad del discurso práctico, se hace incierto el conocimiento moral y las decisiones judiciales no pueden encontrar un apoyo sólido en la aplicación de los principios.

Esa será la más importante (aunque no la única) razón de mi crítica, tal como la propongo en el apartado 4. De hecho, la balanza (el instrumento material que se emplea para pesar) se enfrenta con objetos materiales que tienen su propio peso material, dependiente del peso específico de los diferentes elementos que lo componen y del volumen de cada uno de esos elementos que forman parte de un objeto. Más aún, el uso práctico de la balanza material para propósitos intersubjetivos (como vender mercaderías) requiere un sistema de pesos y medidas, socialmente reconocido o certificado por el estado. Cuando la balanza ha de usarse virtualmente, para pesar elementos inmateriales, hace falta algún método para distinguir el valor abstracto de un principio (su *peso específico*) y la extensión de su presencia en la escala simbólica (su *volumen*)³⁵.

Alexy acepta este desafío y propone una manera de construir un algoritmo. Dados dos principios, P_i y P_j , puede asignarse una magnitud de importancia a cada uno. Si P_i y P_j compiten entre sí en un conflicto, es posible construir la fórmula $W_{i,j} = I_i \div I_j$, donde I_j representa la intensidad de interferencia con el principio P_i en tanto I_i designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival P_i ³⁶. Si para satisfacer P_j , es

³³ Now, the objection is clear that one can only talk about quotients in the presence of numbers, and that numbers are not used in the balancings carried out in constitutional law. The reply to the objection can start with the observation that the logical vocabulary we use in order to express the structure of subsumption is not used in judicial reasoning, and that is nevertheless the best means to make explicit the inferential structure of rules. The same applies to the expression of the inferential structure of principles by numbers that are substituted for the variables of the Weight Formula (DTFR, p. 49).

³⁴ He insistido en esta condición en *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2004, p. 142/143.

³⁵ Guibourg, Ricardo A., «La balance de la justice et le système des poids et des mesures», ponencia expuesta en la Universidad de París X (Centro de Teoría y Análisis del Derecho) el 16 de diciembre de 2005. El derecho positivo podría compararse con un (burdo) sistema de pesos y medidas para principios e intereses.

³⁶ DTFR, p.49.

necesario infringir P_i , la magnitud de esta interferencia puede estimarse como seria (4), mediana (2) o leve (1)³⁷.

De esa manera, el peso concreto de P_j en relación con P_i en un conflicto real puede medirse empleando la intensidad de interferencia en P_i que sea necesaria para satisfacer P_j (I_j) como un divisor de I_i ; es decir, la importancia concreta de P_i . Por ejemplo, si el peso concreto de P_i es moderado ($I_i = 2$) y la interferencia necesaria para satisfacer P_j es seria ($I_j = 4$), la fórmula del peso tiene como resultado $2/4$ y debería decidirse en contra de P_i . Si tanto I_i como I_j son medianos, el resultado es $2/2$ (empate) y el tribunal debería abstenerse de decidir en contra de P_i ³⁸.

Trataré de aclarar este procedimiento con otros ejemplos. Pero debe insistirse en que, al postular su fórmula del peso, Alexy no es explícito acerca de la medida de P_j y de P_i ³⁹ ni bastante claro en cuanto al modo de aplicar la secuencia geométrica, aunque algún método puede inducirse a partir de sus explicaciones. Una cosa es el valor genérico de cada principio y otra cosa es la manera como ese valor deba ser tratado (por medio de la secuencia geométrica) para encontrar el peso concreto de cada principio dentro de un caso dado. Supongamos que a cada principio se asigna un valor entre 1 y 20, y que la escala geométrica se aplica inversamente, como un multiplicador de I_j . Así, si P_i vale 15 y P_j vale 4, pero la interferencia requerida es leve (4), P_j mediría 16 y P_i sería derrotado en el caso concreto⁴⁰. Si P_i vale 16 y P_j vale 18, debería permitirse incluso una interferencia seria con P_i , porque $18 \div 1 = 18$ y $18 > 16$. Tal vez lo que Alexy llama la importancia de satisfacer P_i (I_i) represente precisamente la inversa de I_j , es decir la interferencia con P_j que resulta necesaria para satisfacer P_i . Si así fuera, el cálculo sería similar al que he sugerido usando los términos metafóricos de peso específico y volumen, siempre que a todos los principios se asigne el mismo peso específico (peso abstracto).

2.5. El ejemplo "Titanic"

Dice Alexy que su Fórmula del Peso puede mejorarse mediante varios refinamientos (inclusión de los pesos abstractos de los principios, confiabilidad de los presupuestos empíricos, inclusión de más de un principio de un lado o del otro, o de ambos lados de la ponderación, refinamiento de la escala), pero, aun en la forma simple como fue presentada, "es suficiente para expresar lo que ha sido interesante hasta ahora" (esto es, la posibilidad práctica de aplicar principios a los casos reales de una manera objetiva).

Como un ejemplo de esta clase de razonamiento, Alexy propone el caso "Titanic", resuelto por la Corte Federal Constitucional de Alemania. Un oficial militar

³⁷ Alexy asigna estos números siguiendo una secuencia geométrica (DFTR, p. 49/50) y, en inglés, distingue las magnitudes como *serious* (s), *medium* (m) y *light* (l). Pero más tarde propone una "escala triádica doble": ll (1), lm (2), ls (3), ml (4), mm (5), ms (6), sl (7), sm (8), ss (9), para cubrir más posiciones entre "muy leve" y "extremadamente seria". La idea se presenta como una demostración de que es posible introducir mayores refinamientos en la escala (DTFR, p.51).

³⁸ DTFR, p.49/50.

³⁹ Sin embargo, reconoce la necesidad de establecer el "peso abstracto de los principios" (DTFR, p. 50/51).

⁴⁰ Este cálculo intenta justificar una modificación "leal" introducida en la aplicación de la escala geométrica. En el mismo caso, si la escala (1) se aplicara como divisor de I_j , el resultado sería $I_j \div 1 = 15 > I_i = 4$, y P_i no podría ser afectado ni siquiera en medida leve.

retirado, afectado de paraplejia, fue mencionado por una revista satírica llamada “Titanic”. Se publicaron dos artículos acerca del militar retirado. En uno de ellos, se lo describió como “un tullido”⁴¹; en el segundo, lo calificaron como “un asesino nato”. El hombre demandó a la revista y la Corte Federal decidió el caso como un conflicto entre la libertad de expresión de la revista y el “derecho a la personalidad”⁴² invocado por el demandante. El tribunal decidió que la revista debía pagar una indemnización por usar la palabra “tullido”, porque con eso se había afectado el derecho del demandante a la personalidad, pero no debía pagarse resarcimiento alguno por llamarlo asesino nato, en razón del contexto altamente satírico en el que la revista había usado tal expresión.

La explicación de Alexy es la siguiente. Llamar tullido al demandante fue una infracción seria del derecho de la personalidad y el peso concreto de $Pi(Wij)$ en este caso era $2/4$. En cambio, llamarlo asesino nato representó una infracción moderada, o acaso leve, de aquel derecho y el valor de $Pi(Wij)$ no era mayor que 1 (empate).

3. Primera crítica: algunos huecos en el razonamiento

El razonamiento de Alexy empieza por afirmar las siguientes condiciones:

- a) que los derechos fundamentales, que son la base del control constitucional, son una consecuencia parcial de los derechos humanos;
- b) que los derechos humanos dependen de la naturaleza discursiva de los seres humanos;
- c) que todo eso implica la importancia de los principios;
- d) que los principios tienen naturaleza moral;
- e) que los principios morales son susceptibles de conocimiento objetivo;
- f) que ese conocimiento objetivo puede alcanzarse mediante el discurso racional;
- g) que el discurso práctico es racional porque, si no lo fuera, no habría racionalidad práctica en absoluto;
- h) que el discurso racional permite a los jueces identificar la injusticia extrema;
- i) que la injusticia extrema no puede ser derecho (de hecho, no como noble sueño), porque todo sistema jurídico incluye una pretensión de corrección;
- j) que la injusticia extrema es prácticamente imposible en un estado constitucional, a causa del espacio de interpretación que se concede a los jueces;
- k) que la justicia de una solución judicial o de una norma puede determinarse mediante la Fórmula del Peso.

Luego criticaré como un todo la secuencia de estas afirmaciones, pero antes me parece necesario señalar algunas imperfecciones en varias de ellas, independientemente de sus vínculos con las otras.

Para empezar, la afirmación e) es un resumen del siguiente fragmento:

La objetividad en el Derecho no significa verificabilidad (*provability*), como en las matemáticas o en las ciencias naturales. La objetividad es la contracara de la

⁴¹ Ignoro qué palabra alemana se usó (tal vez Krüppel, o Gelähmte). En cualquier caso, es claro que se trató de una referencia peyorativa.

⁴² Es difícil entender por qué se lo llama “derecho a la personalidad”, ya que nadie puede ser privado de su personalidad, cualquiera sea ella. Sería mejor llamarlo “derecho al honor”, pero tomo la expresión del texto de Alexy y, seguramente, Alexy lo tomó de la decisión del tribunal.

arbitrariedad. (...) Sin embargo, pertenece a la naturaleza de la argumentación legal que tengamos elementos de razón, argumentos racionales, en algún punto intermedio entre la verificabilidad y la arbitrariedad. Y, si hay argumentación racional, entonces también hay algo que puede describirse como objetividad. La argumentación racional implica objetividad. Que las cuestiones sean controvertidas no significa tampoco que la objetividad sea imposible. Si en un caso tenemos buenos argumentos para un lado y para otro, y el tribunal se decide por uno de los dos con buenos argumentos, entonces la decisión habrá sido tomada con objetividad, en el sentido de razonabilidad que he tratado de explicar.⁴³

Este argumento es inconsistente. Si hay buenos argumentos a favor y en contra de una misma solución, y si un tribunal decide sobre la base de esos argumentos, y si esta decisión es objetiva, esto significa que uno de los conjuntos de argumentos fue mejor que el otro (con lo que el otro conjunto de argumentos no era *realmente bueno*), o que la decisión no es objetiva sino subjetiva.

Más aún, hace falta una definición (o al menos una caracterización) de la expresión “buen argumento”. En este punto, Alexy dice que, para que un argumento sea bueno o plausible, no es suficiente que un tribunal diga que la gente en la realidad usa tales argumentos,

...sino que, además, un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, esos argumentos como razones de corrección. Solo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Por lo tanto, hay dos condiciones para ‘una verdadera representación argumentativa’: (1) la existencia de argumentos correctos o razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables.⁴⁴

Este argumento es una petición de principio. De acuerdo con él, la justificación moral depende de los buenos argumentos; un argumento es bueno si es aceptado por un gran número de personas razonables, pero una persona solo es razonable si es capaz de aceptar un buen argumento porque es bueno. Por lo tanto, una acción o una norma se justifica si se funda en argumentos aceptados por un número de personas que lo aceptan porque es correcto, pero esa corrección depende de la justificación moral, con lo que el círculo recomienza.

La afirmación g) se funda en el siguiente texto, donde Alexy dice que la fórmula del peso es un elemento necesario del discurso:

Sobre esta base se puede contrarrestar la objeción de irracionalidad de Habermas: argumentando que la ponderación es tan racional como el propio discurso. Si el discurso práctico no fuera racional, no habría racionalidad práctica en absoluto.⁴⁵

Este argumento depende de la previa definición de racionalidad como la disposición a aceptar buenos argumentos en función de su corrección. La identificación de criterios objetivos para calificar los argumentos como buenos o malos, mejores o peores, es una condición para aceptar un discurso como racional. Por eso mucha gente niega la racionalidad del discurso práctico (moral). En esas condiciones, justificar la

⁴³ SRP, p. 1.

⁴⁴ PCR, p. 3.

⁴⁵ PCR, p. 2.

racionalidad de la ponderación mediante la racionalidad del discurso práctico encierra otra petición de principio. Alexy menciona el emotivismo, el decisionismo, el subjetivismo, el relativismo, el naturalismo y el deconstructivismo para afirmar: “La aceptación general de que es posible una justificación bien puede incluir uno o más de esos elementos escépticos, pero insiste en que es posible dar razones para fundar los derechos humanos, razones que pueden suscitar una pretensión de objetividad, corrección o verdad”⁴⁶. Sin embargo, esas teorías escépticas no pretenden tener razones objetivas (u otra clase de razones) para sostener los derechos humanos. Sin incurrir en petición de principio, no se puede fundar la justificación de las normas morales en la posibilidad de dar razones a favor de los derechos humanos.

La afirmación i) fue criticada en varias ocasiones por Bulygin. Según esta objeción, si la existencia de un sistema jurídico trae consigo una pretensión de corrección, esto no es una implicación lógica sino una conveniencia retórica: sería difícil para un gobierno obtener de sus súbditos una obediencia duradera si proclamara que su régimen es injusto. Empero, un gobernante muy poderoso y cínico podría aceptar que él y sus leyes son injustos sin perder inmediatamente su poder ni privar a sus leyes de la validez que tengan dentro del sistema establecido. Más aún, Bulygin afirma que el argumento de Alexy incurre en petición de principio: “la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que no formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes y esta deficiencia tiene un carácter especial porque está basada en la necesidad de la pretensión”⁴⁷. En este punto, concuerdo con Bulygin.

La afirmación j) dice que, afortunadamente, la injusticia extrema es imposible en un estado constitucional a causa del margen de interpretación que se concede al juez para resolver cualquier conflicto dentro del marco del derecho⁴⁸. Esto es demasiado optimista: a menudo una decisión de un tribunal supremo ha sido declarada extremadamente injusta por otro tribunal supremo (por ejemplo, la Corte Suprema argentina, sentencias del 22/6/87 y del 14/6/07, sobre la constitucionalidad de la ley 23521, llamada “de obediencia debida”, acerca de los crímenes cometidos por una dictadura militar). ¿Habría que concluir que una de las cortes fue irrazonable? Si una corte puede ser irrazonable, ¿cómo podría un estado constitucional evitar por sí mismo la injusticia extrema?

4. Segunda crítica: la falla de la base metodológica

4.1. La base metodológica de Alexy

Aun si cada una de las objeciones precedentes fuera rechazada, quedaría en pie un serio problema acerca de la línea de argumentos planteada en su conjunto por Alexy, porque ella se funda por completo en la eficiencia del método práctico propuesto en la Fórmula del Peso.

No es esta una característica privativa de la teoría de Alexy, sino una deficiencia epistemológica de muchos argumentos que tratan de justificar una consecuencia moral mediante un conjunto de proposiciones descriptivas. Es claro que un juicio moral no

⁴⁶ DTFR, p. 39.

⁴⁷ Bulygin, Eugenio, “Robert Alexy y el concepto de derecho”, en *Ideas y derecho*, vol. 6, Buenos Aires, 2008, p. 252.

⁴⁸ SRP, p. 2.

puede deducirse de un conjunto de premisas a menos que al menos una de esas premisas sea moral. Es posible afirmar que una conducta es justa o injusta por referencia a sus consecuencias causales, o a la preferencia de una mayoría, pero no sin asumir que hay una manera de decidir cuáles consecuencias son más deseables que otras, o por qué la opinión de la mayoría puede justificar un juicio moral⁴⁹. Es muy común postular, desde un punto de vista ontológico, que el universo de la realidad contiene entes ideales así como entes materiales. Por supuesto, los valores morales pertenecen a ese conjunto de entes ideales (más aún, podrían ser el motivo central para aceptar una parte ideal de la realidad). Esto nos permite hablar de valores, o principios, de la misma manera como hablamos de caballos o de montañas; puesto que tenemos un método para identificar un caballo o una montaña, que son entes reales, tiene que haber también un método para identificar un valor o un principio. Si ese método no es suficientemente claro, o si no es aceptado por todos, o si se muestra controvertido, echamos la culpa a nuestro conocimiento imperfecto de las condiciones relevantes, o a nuestro fracaso individual al aplicar el método correcto, o a la condición compleja y difícil de los hechos morales; pero nuestra fe en el método (o en la existencia de algún método) permanece a salvo e indemne.

Hay dos maneras de escapar de esta dificultad: referir la verdad moral a Dios o decir que ella es (más o menos) evidente por sí misma y está disponible para ser captada por la intuición humana. En el primer caso, cualquier discusión acerca de la verdad moral se convierte en una interpretación de algún conjunto de sagradas escrituras. En el segundo caso, cada sujeto depende de su propia intuición, aunque ninguno puede probar ante los demás que su propia intuición no es errada. Alexy, sin embargo, rechaza los dos caminos: no apoya su teoría en una base religiosa y afirma que los juicios morales pueden justificarse objetivamente (aunque no son *susceptibles de prueba*). Escoge, pues, la dirección metodológica apropiada: cada una de sus afirmaciones acerca de la naturaleza (parcial) del derecho, de la identificación de los principios, de las buenas razones o buenos argumentos, o de la comparación y ponderación de los principios en cualquier caso en los que ellos entren en conflicto reposa sobre la aplicabilidad práctica de la Fórmula del Peso.

Por eso insiste Alexy en una estructura racional para pesar los principios y – esto debe reconocerse como una ventaja de la teoría de Alexy – propone asignar a cada principio cierta magnitud de “importancia” (Ii, Ij) y admite que una ponderación racional sería inútil sin medidas numéricas, en especial del grado de interferencia con un principio Pi que sea requerida para satisfacer otro principio Pj.

4.2. El valor de los principios

La elección de la balanza como símbolo de la justicia es en verdad una tradición sensata: cuando se requiere pesar, el instrumento adecuado no es otro que la balanza. Pero las balanzas reales y materiales reciben pesos materiales en cada uno de sus platillos: el verdadero peso de una cosa puesta sobre un platillo es el resultado del peso específico de su material multiplicado por el volumen (en rigor, la masa) del objeto concreto. Ambos elementos son datos naturales y *susceptibles de prueba*: el plomo es más pesado que la madera, pero un milímetro cúbico de plomo es más liviano que un

⁴⁹ Por supuesto, lo mismo sucede si tratamos de justificar una preferencia moral por la opinión de la “gente razonable”, con la dificultad adicional de que se hace necesario encontrar una manera no circular de distinguir la gente razonable de la irrazonable.

metro cúbico de madera; y cada paso de este argumento es perceptible por todos y puede ser probado a cualquiera que no crea en su verdad⁵⁰.

De esta forma, la primera condición para la aplicabilidad práctica de la Fórmula del Peso es un medio común y susceptible de prueba para asignar un peso específico a cada principio, ya que los principios no son elementos materiales y su valor individual en comparación con el de otros no es evidente a la percepción material. Algunos filósofos tratan de resolver esta dificultad postulando que todos los principios tienen el mismo valor y postergando el problema para el momento de la ponderación real y concreta⁵¹, pero Alexy no hace eso: cree que “la inclusión de los *pesos abstractos* de los principios (...) se hace necesaria cuando ellos son diferentes”⁵².

Sin embargo, no propone método alguno para adquirir el conocimiento de tales pesos abstractos. La fuente principal de la racionalidad práctica, según Alexy, es el discurso racional. Pero, al mismo tiempo, se describe el discurso racional como una especie de continente para el intercambio de buenos argumentos y se afirma que, si pueden esgrimirse buenos argumentos a favor y en contra de una misma solución, cualquier decisión sería *objetiva*⁵³. Si dos principios están en conflicto en un caso, esto significa que cada uno de ellos puede ser defendido con buenas razones. Si, en esa situación, cualquier solución es objetiva y racional, es preciso admitir que (a) los dos principios tienen el mismo valor, o (b) que no hay un método (racional, objetivo) para establecer el valor diferente de cada uno de tales principios.

4.3. La cantidad de un principio presente en el caso: el ejemplo de Alexy

Aun si se supone que todos los principios tienen el mismo valor, o que sus valores diferentes pueden establecerse mediante determinado método confiable, parece imposible usar la balanza ideal de la justicia sin algún modo de determinar el *peso concreto* de cada principio envuelto en el caso⁵⁴

Para eso está la Fórmula del Peso. La fórmula depende del peso de la interferencia con un principio que sea necesaria para satisfacer otro principio. Tal interferencia puede calificarse como leve, moderada o seria (en la escala triádica) o según una “escala triádica doble”, más refinada, con nueve magnitudes. Cada calificación puede expresarse mediante un número (Alexy propone una escala geométrica para asignar tales números). Pero no se sugiere método alguno para encontrar la cantidad *objetiva* de la interferencia requerida.

⁵⁰ Un caso, a grandes rasgos similar al de Titanic, fue resuelto por la Corte Suprema argentina. Un famoso político estaba muriendo y una revista, luego de sobornar al personal del hospital, tomó una foto del hombre en esa situación tan vulnerable y la publicó. La familia demandó a la revista. La Corte aceptó que la libertad de prensa es más importante que la privacidad, pero tomó en cuenta que, *en ese caso*, la porción de privacidad presente en la controversia era más importante que la porción de información obtenida y publicada. Por supuesto, la Corte no hizo ningún cálculo específico (CSJN, 1984/12/11, “Ponzetti de Balbín, Indalia, c/ Editorial Atlántica SA”, La Ley, Buenos Aires, 1985-B 120).

⁵¹ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales* (trad. Cristóbal Orrego), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 123.

⁵² DTFR, p. 50.

⁵³ SRP, p. 1.

⁵⁴ Ver nota 35. El peso concreto podría resultar del peso abstracto (*peso específico*) de un principio multiplicado por su *volumen*, o la porción de cada principio que esté involucrado en el caso, representado por un *coeficiente de presencia*.

Tal como en el caso del valor abstracto de los principios, ¿cómo ha de medirse la interferencia requerida? Si la respuesta se encuentra en el discurso racional, la objeción formulada acerca de los valores abstractos se aplica a este punto aun con mayor fuerza, ya que la apreciación de una interferencia es más sutil y sujeta a diversas opiniones.

Precisamente, el caso Titanic, propuesto por Alexy como un ejemplo de cómo puede aplicarse su Fórmula del Peso, se convierte en un poderoso argumento contra la existencia de un método confiable.

El tribunal alemán condenó a la revista por haber llamado “tullido” al demandante, pero no por decir que era un “asesino nato”. En los hechos el demandante era parapléjico, condición en la que una persona puede ser calificada de “tullida” con verdad, aunque de manera poco respetuosa. La falta consistió en usar una palabra peyorativa, incluso injuriosa, para expresar una proposición verdadera acerca del demandante. Llamar a una persona asesino nato es atribuirle una condición moral de perversidad o una obsesión psicótica por la crueldad, y no se ha mencionado prueba alguna de ese hecho en el caso del oficial militar parapléjico; por el contrario, el tribunal no justificó la calificación por su verdad, sino por el “contexto altamente satírico” del artículo publicado. De paso, hay que decir que el argumento fundado en el contexto satírico podría haberse esgrimido también para justificar el uso del término “tullido”.

No estoy de acuerdo, pues, con la diferencia establecida por el tribunal alemán, y todas las personas a las que he contado el ejemplo compartieron mi opinión. Claro está que esto no significa nada por sí solo: nuestro juicio puede ser errado y el de la Corte podría ser correcto. Pero acabo de dar “argumentos razonables” para justificar mi posición. ¿Hay una manera de rechazarlos? De acuerdo con Alexy, en este punto o bien la Corte o bien yo tenemos la opinión correcta, pero no puede probarse quién de nosotros la tiene. Por lo tanto, si no se puede probar que mi juicio es falso, sino solo contradicho con buenos argumentos (acaso tan buenos como los míos), no hay un método confiable para medir o pesar un principio respecto de otro que interfiera con él.

5. Conclusión

Hasta ahora, se han probado los siguientes hechos:

- a) que la teoría del derecho de Alexy depende, en última instancia, en la eficacia de la Fórmula del Peso;
- b) que el discurso racional no es suficiente para identificar los principios ni para medir el peso específico (*o peso abstracto*) de cada uno de ellos;
- c) que las definiciones dadas por Alexy del discurso racional y de la objetividad son circulares;
- d) que la estructura de la Fórmula del Peso es inútil sin un método confiable para medir la interferencia con un principio que sea requerida para satisfacer otro principio dentro de un caso dado;
- e) que no hay tal método confiable, sino solo opiniones (diferentes) más o menos extendidas acerca de cada solución;
- f) que el ejemplo que Alexy propone como aplicación de su método se convierte en un ejemplo en contra de tal aplicación.

Sin embargo, como he dicho antes, la teoría de Alexy es esclarecedora porque plantea los problemas apropiados con extraordinaria precisión y acepta el desafío de proponer una solución para cada uno de ellos, aun si tales soluciones pueden ser objeto de ciertas críticas. En este estado de la cuestión es posible formular una pregunta: ¿hay una manera de encontrar soluciones correctas?

La respuesta depende del significado de “manera” y del significado de “correctas”. Si “manera” quiere decir hallar una solución inmediata, la respuesta es negativa, pero podría ser distinta si entendiéramos por tal cosa seguir un camino esperanzado. Es imposible encontrar una solución correcta en un sentido objetivo y susceptible de prueba; pero es posible (aunque difícil) construir soluciones consensuadas que puedan ser calificadas intersubjetivamente como aceptables.

El camino que propongo es el inverso: en lugar de identificar y pesar los principios para llegar a una solución, podemos empezar con las soluciones que cada uno de nosotros sostenga y preguntarnos unos a otros por los argumentos en los que fundamos nuestras opiniones, y luego por los argumentos que nos convencen de la relevancia de aquellos argumentos, y así sucesivamente, hasta encontrar algún punto de coincidencia. Desde ese punto, acaso podría reconstruirse el razonamiento hasta alcanzar un acuerdo sobre la solución última o al menos encontrar una explicación sensata de la discordancia radical que impida tal acuerdo⁵⁵. Este método no es fácil, porque requiere una proporción inusual de mentalidad abierta y tolerante entre quienes lo ejerzan y no garantiza un resultado inmediato y general; pero es práctico porque descansa en la base del debate moral, que no es un conjunto de principios conocidos por revelación, por intuición ni por una argumentación “correcta”, sino el de las reales preferencias de cada persona, determinadas por la cultura, la educación y la historia personal de cada una.

Que este método no es imposible es algo que ya se ha probado. En la Universidad de Buenos Aires se han llevado a cabo desde 2001 dos investigaciones, y una tercera se halla en curso, sobre el análisis de los criterios judiciales⁵⁶. En cada uno de ellos, y con diferentes limitaciones y dificultades, fue posible trazar lineamientos explícitos de aplicación judicial en ciertas clases de casos donde los principios se usan habitualmente para encubrir preferencias implícitas.

Tal vez haya otras maneras de resolver, o al menos reducir, el actual conflicto entre una borrosa interpretación de los textos legales y la pretensión general de una “justicia” que nadie es capaz de definir o aun identificar mediante un método confiable. El objetivo central, de todos modos, sigue siendo encontrar un conjunto de reglas que

⁵⁵ Guibourg, Ricardo A., “The concept of reasonability and the argumentative tree”, en Krawietz, Werner, Summers, Robert S., Weinberger, Ota, Wright, Georg Henrik von (comp.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification (Festschrift en honor de Aulis Aarnio)*, Dunker & Humblot, Berlín, 2000, p. 145.

⁵⁶ Guibourg, Ricardo (director), y otros, *Análisis de Criterios de Decisión Judicial: el artículo 30 de la L.C.T.* (folleto), Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2003. Otros autores: Jorge A. Cerdio Herrán, Miguel Ángel Maza, Liliana Rodríguez Fernández, Sara N. Silva, María Cristina Solvés y María Teresa Zoppi; “Análisis de Criterios de Decisión Judicial: la graduación de la pena” (folleto), Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2008. Otros autores: Estela R. Cárcamo, Jorge A. Cerdio Herrán, Héctor M. Magariños, Liliana Rodríguez Fernández, Iván Tolnay de Hagymassy, Martín E. Vázquez Acuña y Marta Yungano. La tercera investigación versa sobre la estimación del dañomoral.

todos podamos identificar y la mayoría de nosotros pueda aprobar. El lenguaje emotivo, las ficciones mágicas y la conversión de la cultura en ontología no son útiles para alcanzar ese fin.

-.o0o.-