

La filosofía jurídica de Robert Alexy
como punto de partida
para una praxis racional y humanista del
Derecho

por Eduardo R. Soderó¹

Como sabemos, en 1978 Robert Alexy publicó su *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*². Casi cuatro décadas después puede afirmarse que el fundador de la “segunda escuela de Kiel” no sólo ha desarrollado la que es - probablemente- la más significativa teoría del discurso jurídico, sino que ha llegado a exponer un sistema iusfilosófico completo en lo esencial, algo que representa una *rara avis* en la filosofía jurídica de nuestro tiempo³.

Puesto que no es éste el lugar para emprender una exposición general de dicho sistema -algo que incluso excedería mis posibilidades- he de limitarme a presentar algunas observaciones referidas a la necesidad de reflexionar sobre el concepto de derecho, y a las propuestas alexyanas acerca de lo que es el derecho, su relación con la moral y las consecuencias prácticas que todo ello tiene para los derechos humanos, pretendiendo defender en definitiva la tesis

¹ Profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe).

² ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978 (3a. ed., 1996); versión española por Manuel Atienza e Isabel Espejo bajo el título *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; segunda edición ampliada por Carlos Bernal Bulido, 2007.

³ Así también GEORGE PAVLAKOS, “Introduction”, en *el mismo* (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2007, p. 1: “A philosophical system is not what one would expect to find in the work of a contemporary legal thinker. Robert Alexys work counts as a striking exception”.

de que sólo un concepto no-positivista como el de Alexy posibilita y garantiza un derecho correcto y humanista.

1 . *El concepto de derecho como tema primario e insoslayable*

La obra de Alexy es un testimonio extraordinario de la necesidad -que también han de reconocer los juristas prácticos- de la pregunta sobre el *quid ius?* (o sea, ¿qué es derecho?). Contra algunas opiniones que sostienen la irrelevancia de dicho interrogante, la Historia nos ha enseñado que la disputa sobre el concepto de derecho no es una mera discusión académica o teórica, sino que tiene una significación especial -en ocasiones, decisiva- para la praxis⁴.

Pues bien: en consonancia con su perspectiva explicativa⁵, Alexy afirma

⁴ Sobre todo cuando se trata del juzgamiento de actos realizados durante la vigencia de un régimen injusto, como el nacionalsocialista o el comunista; en Argentina, con el difícil problema de la validez de las amnistías legislativas a la luz de las exigencias de persecución de atentados contra los derechos humanos. Contra el argumento de que la caída de un régimen injusto o de una dictadura sólo pertenecería al pasado, Alexy replica que “siempre pueden volver a ocurrir violaciones a los derechos humanos en regímenes injustos, y siempre se renovará tras la caída de ellos el problema de cómo han de tratarse jurídicamente las violaciones a los derechos humanos” (carta al autor de estas líneas, del 21.III.2003).

En contra se manifiesta Bix: *“la propia teoría del derecho no tiene (o no debería tener) ningún efecto en la resolución de los casos concretos”* (BRIAN BIX, “Robert Alexy Radbruch's Formula, and The Nature of Legal Theory”, en *Rechtstheorie* 37 [2006], pp. 139-149, en p.143). Raz afirma que *“fue Hart quien convenció a muchos teóricos del derecho de que la concentración en definir al derecho (...) es improductiva”*, escribiendo sobre esto *“en su lectura inaugural de 1953, y de nuevo en ‘The Concept of Law’ en 1961”* (JOSEPH RAZ, *How Not to Reply to Legal Positivism*, en GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, [cit. en nota 3], p. 19).

⁵ Dicha perspectiva sigue las líneas de la filosofía trascendental de Kant. Una perspectiva es explicativa “cuando consiste en poner de manifiesto lo que se encuentra necesariamente implícito en la praxis humana” (ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, en: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), p. 19; versión española por José Antonio Seoane y Eduardo R. Soderó bajo el título “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en ROBERT ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed. ampliada, Comares, Granada, 2010, pp. 79-94, en p. 87).

que todo jurista *sin excepción* sostiene un concepto de derecho⁶ que se identifica en la práctica. Dicha visión del derecho ("*Rechtsanschauung*" -E.S.-) representa la verdadera piedra fundacional de sus precomprensiones (en el sentido de Esser)⁷, del mismo modo en que los críticos de arte interpretan las obras de arte según sus propias ideas teóricas acerca de lo que el arte es⁸. Y si bien en los casos ordinarios no hay lugar para reflexionar sobre el concepto y la naturaleza del derecho⁹, otra es la situación ante los casos dramáticos¹⁰, pues allí nos vemos obligados a precisar tal concepto, al ponerse en evidencia problemas que normalmente están ocultos o que apenas pueden apreciarse.

El desarrollo de la filosofía del propio Alexy es buena prueba de la necesidad de esa pregunta ontológica sobre el "ser" de las cosas (aquí, del derecho): su estudio de la argumentación jurídica lo colocó ante el problema de la naturaleza del objeto específico de dicha argumentación, o sea, del derecho¹¹, y esto -al hilo de la relación entre derecho y moral- lo condujo al

⁶ Con relación al juez escribe Dreier que "todos los jueces tienen, más o menos claro, un concepto del derecho. La tarea de la teoría jurídica es hacer consciente e investigar ese concepto del derecho" (RALF DREIER, "Der Begriff des Rechts", NJW 1986, pp. 890-896, en p. 894).

⁷ Vide ROBERT ALEXY, "The Nature of Legal Philosophy", Ratio Juris 17 (2004), pp. 156-167, en p. 159.

⁸ Sobre el arte, Dworkin ha observado que "*cualquiera que interpreta una obra de arte se basa en creencias teóricas acerca de la identidad y otras propiedades formales del arte, como así también sobre creencias normativas más explícitas acerca de lo que es bueno en arte*" (RONALD DWORKIN, "Law as Interpretation", en: Texas Law Review, Vol. 60 (1982), pp. 527 y ss., en p. 533; también *Law's Empire*, Harvard University Press, New Haven, 1986, p. 90).

⁹ ROBERT ALEXY, "On the Concept and the Nature of Law", Ratio Juris. Vol. 21, (2008), pp. 281-299, en p. 281.

¹⁰ Que son los casos en los cuales se trata sobre problemas de injusticias graves o conflictos morales profundos, y que por ello conmueven a la opinión pública -v.gr., interrupción del embarazo- (vide ROBERT ALEXY, *Die immanente Moral des Grundgesetzes*, en F. BYDLINSKI/T. MAYER-MALY (eds.), *Rechtsethik und Rechtspraxis*, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg, N. F. Bd. 42, Innsbruck/Wien, 1990, p. 104).

¹¹ Como ya reconocía en 1978, "las reglas del discurso no establecen desde cuáles premisas normativas tienen que partir los participantes en el discurso" (ROBERT ALEXY, *Theorie der*

problema de la justicia y de los derechos humanos como derechos morales, ingresando a debates ausentes en sus obras fundacionales¹², sin que por ello tengamos que hablar de un “primer” o “segundo” Alexy (a diferencia -por ejemplo- del caso de Gustav Radbruch¹³), pues entre sus obras no hay ruptura, sino antes bien un *continuum*.

Así, aunque puedan comprobarse esos dos momentos en su teoría, “*uno procedimental y uno substancial*”¹⁴, ello no impide insistir en que el Alexy de la fórmula de “la injusticia extrema no es derecho” ya se encontraba en el transfondo de su “Teoría de la argumentación jurídica”, en particular a través del concepto de *corrección*, y que sólo hacía falta desarrollar o profundizar esa idea por entonces todavía en “fase embrionaria”¹⁵, algo para lo que

juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, cit. en nota 2, p. 349), y por eso die la teoría de la argumentación jurídica es parte integrante de una más general teoría del derecho (algo sugerido en la misma obra, p. 352).

¹² Así, el propio Alexy reconoce que en la *Teoría de los derechos fundamentales*, la justificación de los derechos humanos “*played no role*” (ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, <http://www.tampereclub.org/wordpress/?p=9>, pp. 1-17, en p. 14).

¹³ Vide LON FULLER, “American Legal Philosophy at Mid-Century”, 6 *Journal of Legal Education*, 1953/4, p. 482; Alexy afirma que “antes del nacionalsocialismo, Radbruch era positivista” (ROBERT ALEXY, *Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs*, en WERNER KRAWIETZ-GEORG HENRIK VON WRIGHT (eds.), *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts. Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 95), citando a GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8. ed., K.F. Koehler, Stuttgart, 1973, pp. 174 ss.).

En contra, STANLEY L. PAULSON, “Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, p. 490; el mismo, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post War Papers”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 17-40; el mismo, “Ein ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist - Teil I”, *Juristen-Zeitung* 63 (2008), pp. 105 y ss..

¹⁴ “*Por cierto que ambos están vinculados entre sí. De esa manera justifico los derechos humanos sobre la base de la teoría del discurso, y sin la teoría del discurso los derechos humanos no pueden ser concretizados*” (carta de R. A. al autor de estas líneas, 14.III.2003). Sobre el tema resulta obligada la ya “autobiografía” intelectual de Alexy, publicada originariamente en el Tampere Club, bajo el título “Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, *passim*.

¹⁵ “*The correctness thesis (...) was still quite embryonic in A Theory of Legal Argumentation*” (ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”,

seguramente tuvo una importancia decisiva la experiencia que siguió a la caída del Muro de Berlín, que reeditó en Alemania el problema del juzgamiento de los crímenes cometidos durante regímenes dictatoriales, ante lo cual un jurista responsable como Alexy no podía permanecer en silencio. Es así que siguiendo aquél *leitmotiv*, la corrección que al principio se definía sólo procedimentalmente llegaría a identificarse también con la idea de justicia material¹⁶.

2. El concepto de derecho de Alexy

Como sabemos, recién en “El concepto y la validez del derecho”¹⁷

cit. en nota 12, p. 4).

Esto se advierte en que allí la tesis de la corrección se refería exclusivamente a la argumentación y a las decisiones jurídicas, alcanzando sólo en obras posteriores al derecho como tal.

En esa misma dirección, Alexy ha reconocido que su teoría de la argumentación jurídica presuponía un concepto de derecho no positivista que aun no había sido desarrollado en 1978 (vide MANUEL ATIENZA, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa* 24 [2001], p. 672).

¹⁶ ROBERT ALEXY, “*Law, Discours and Time*”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 64 (1995), p. 103: “*The claim to correctness is, as such, purely formal. It contains no material or substantive criterion of correctness*”; versión española por José Antonio Seoane y Pablo Rodríguez bajo el título “Derecho, discurso y tiempo”, en ROBERT ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed. ampliada citada en nota 5, pp. 61-77, en p. 65: “en cuanto tal, la pretensión de corrección es puramente formal. No incluye ningún criterio material o sustantivo de corrección”.

Más tarde, sin embargo, dirá que “si bien la pretensión de corrección jurídica de ninguna manera es idéntica a la pretensión de corrección moral, incluye una pretensión de corrección moral”; más aún: “para satisfacer la pretensión de corrección sobre todo son necesarios argumentos morales” (ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit*, en W. KRAWIETZ/R. S. SUMMERS/O. WEINBERGER/G. H. V. WRIGHT (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift für Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, p. 14; versión española por José Antonio Seoane y Eduardo R. Soderó bajo el título “Derecho y corrección”, en ROBERT ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed. ampliada citada en nota 5, pp. 27-47, en p. 41).

En “An Answer to Joseph Raz”, Alexy dirá que “*raising a claim to correctness qua objectivity does not, as such, imply raising a claim to moral correctness*”; pero a continuación observará que “*if one adds certain premises that are not easily contested, the claim to moral correctness is indeed implied*” (ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, en GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, [cit. en nota 3], pp. 49 y 50).

¹⁷ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber Verlag, Freiburg/München 1992;

desarrolló explícitamente Alexy su concepto de derecho. Y a pesar de haber seguido ocupándose del tema en trabajos posteriores¹⁸, dicha obra sigue siendo “la” exposición sistemática de su *concept of law*.

4a. ed. 2005; versión española por Jorge M. Seña bajo el título *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994; 2a. ed., 1997.

“ *This book represents something akin to the axis of my work*” (ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, p. 10).

¹⁸ Vide, entre otros, *Mauerschützen. Zum Verhältnis vom Recht, Moral und Strafbarkeit*, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V., Hamburg, Jahrgang 11-1993-Heft 2, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1993 -reimpreso en R. ALEXY/H.-J. KOCH/L. KUHLEN/H. RÜBMAN (eds.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 469-492- (versión española por Eduardo Roberto Soderó bajo el título *Mauerschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad*, en RODOLFO LUIS VIGO (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, Facultad de Derecho UBA-La Ley, Bs. As., 2004, pp. 167-195); *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V., Hamburg, Jahrgang 15-1997-Heft 3, Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1997 (versión española por A. Daniel Oliver-Lalana bajo el título *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, en: *Doxa* 23 (2000), pp. 197-230, reeditado en RODOLFO LUIS VIGO (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, cit., pp. 197-225); “Giustizia come correttezza”, *Ragion pratica* 9 (1997), pp. 103-113 (traducción del italiano por Bruno Celano; versión española por José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó bajo el título *Justicia como corrección*, en *institucionalización de la justicia*, 2ª. ed. ampliada citada, pp. 49-60); *A Defence of Radbruch's Formula*, en D. DYZENHAUS (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford / Portland Oregon 1999, pp. 15-39, reimpreso en *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7a. ed. por M.D.A. FRIEDMAN, Sweet & Maxwell, London, 2001, pp. 374-391 (versión española por José Antonio Seoane bajo el título *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 5 (2001), pp. 75-95, reeditado en RODOLFO LUIS VIGO (ed.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, cit., pp. 227-251); *Recht und Richtigkeit* (cit. en nota 16), pp. 3-19; *Recht und Moral*, en: *Marburger Jahrbuch Theologie* 14 (2002), pp. 83-92 (versión española por José Antonio Seoane y Eduardo Roberto Soderó bajo el título “Derecho y moral” en ROBERT ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed. ampliada cit., pp.15-26, y por el autor de estas líneas exclusivamente en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR (ed.), *Interpretación Constitucional*, Bd. 1, Porrúa, México, 2005, pp. 1-10); *Menschenrechte ohne Metaphysik?* (cit. en nota 5); *Grund- und Menschenrechte*, en JAN-R. SIECKMANN (ed.), *Verfassung und Argumentation* Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 61-72; “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9; “Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95 (2009), S. 151-166; “The Dual Nature of Law”, en *Ratio Juris* 23 (2010), pp. 167-182, versión alemana bajo el título “Die Doppelnatur des Rechts”, en *Der Staat* 50 (2011), pp. 389-404, entre otros.

Allí define al derecho como un “sistema de normas” (*Normensystem*)¹⁹ que formula una “pretensión de corrección”, donde esa totalidad (*Gesamtheit*) de normas comprende:

(i) las normas que pertenecen a *una Constitución en general socialmente eficaz* y que *no son extremadamente injustas*;

(ii) las normas que han sido sancionadas de acuerdo con esa Constitución, que tienen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia social, *y no son extremadamente injustas*; y

(iii) las normas (principios y otros argumentos normativos) sobre los cuales debe apoyarse el procedimiento de aplicación del derecho para satisfacer la pretensión de corrección²⁰.

3. Crítica del concepto de derecho alexyano

¿Es éste un adecuado concepto de derecho?. Ante todo, y con relación a los conceptos en general, recordemos al propio Alexy cuando expresa que “los conceptos no sólo se refieren a reglas socialmente establecidas de significado, sino también a la naturaleza de las cosas. La naturaleza del derecho consiste en sus propiedades necesarias²¹ o “esenciales”²²; “indagar sobre sus propiedades esenciales es indagar acerca de su naturaleza”²³. Los conceptos deben ser adecuados al objeto, y por ello deben expresar o captar

¹⁹ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit. en nota 17, p. 201; versión española cit., p. 123.

²⁰ La elaboración de esas normas es objeto de la teoría de la argumentación jurídica, y ellas representan el “lado activo” del sistema jurídico.

²¹ ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, cit. en nota 16, pp. 37, 42.

“*Enquiring into the nature of something is to enquire into its necessary properties*” (ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 290.

²² ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, p.13

²³ Ibidem.

“la naturaleza de las cosas a las cuales ellos se refieren”²⁴. Mas para una explicación de la naturaleza del derecho no basta -sin embargo- “con exponer algunas de sus propiedades necesarias, o una lista de ellas”, sino que tales propiedades “deben ser presentadas conjuntamente en un sistema”, y el concepto del derecho “debe representar el intento de exponer el *core* de tal sistema”²⁵.

Pues bien: entre las fortalezas del concepto, se advierte que expresa tanto la “idea unificadora” del sistema (en el sentido kantiano) como la naturaleza propia del derecho, que no puede reducirse ni a la facticidad bruta del derecho positivo ni al puro idealismo del derecho racional o -en terminología clásica- “natural” (“*the single most essential feature of law is its dual nature*”²⁶), y que a su vez consiste en normas organizadas en un determinado modelo de sistema jurídico.

a) La corrección como clave

El “*core*” del derecho para Alexy es -como vimos- el concepto de corrección (*Richtigkeit*), erigido en la piedra angular (*cornerstone*) de todo el sistema²⁷. Tanto las normas y las decisiones jurídicas individuales, como el propio sistema jurídico en su totalidad²⁸, formulan necesariamente una

²⁴ Ibidem, p. 14.

²⁵ ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, cit. en nota 16, p. 42.

Explicaba Kant que “*unter der Regierung der Vernunft dürfen unsere Erkenntnisse überhaupt keine Rhapsodie, sondern sie müssen ein System ausmachen, in welchem sie alleindie wesentlichen Zwecke derselben unterstützen und befördern können. Ich verstehe aber unter einem Systeme die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee*” (IMMANUEL KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, ed. por J. H. von Kirchmann, Georg Weiss Verlag, Heidelberg, 1891, p. 641)

²⁶ ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, p. 13

²⁷ Al respecto, ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit*, cit. en nota 16, *passim*.

²⁸ Alexy ha reconocido que en su *Theorie der juristischen Argumentation* la tesis de la corrección sólo estaba presentada en una “forma rudimentaria”, “*referred only to legal argumentation and legal decision-making, and not to law as such*” (ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12,

pretensión de corrección, que a su vez implica una pretensión de fundamentabilidad²⁹. Es cierto que el derecho es una praxis social, pero “una praxis social que no pretendiera nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico. En ese sentido la pretensión de corrección está vinculada necesariamente con el derecho”³⁰, pues le añade una dimensión ideal que excluye la comprensión positivista del derecho como mera regulación de la fuerza³¹.

A pesar de haber sido pensada a partir del “argumento de la contradicción performativa”³², la corrección -que no sólo ha de ser pretendida, sino que además debe ser satisfecha mínimamente- está lejos de ser un concepto vacío, pues tiene que ver con *exigencias morales* (lo que explica que Alexy, comentando ideas de Finnis, rechace la posibilidad de que un sistema jurídico decida no pretender ser moralmente correcto³³), vinculadas con la observancia no sólo de criterios esencialmente formales -del tipo de los contenidos en la „*inner or internal morality of the law*“ de Fuller³⁴- sino, más aún, materiales³⁵, lo que en definitiva (ya que la moral también incluye a la

p. 4) (vide nota 15, supra).

²⁹ “La corrección implica fundamentabilidad. Por ello, junto con la pretensión de corrección, el derecho formula al mismo tiempo una pretensión de fundamentabilidad” (ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit* [cit. en nota 16], p. 6; versión española, p. 31).

³⁰ ROBERT ALEXY, *Recht und Moral*, cit. en nota 18, p. 86.

³¹ Del tipo que encontramos, por ejemplo, en Austin: “*a law is a command*” (JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832, p. 18).

³² ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, p. 14.

³³ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, en *The American Journal of Jurisprudence* (2013), pp. 97-110, en p. 101, aludiendo al Postscript a la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, donde Finnis sostiene que “es posible que algunos sistemas jurídicos se abstengan se pretender ser moralmente obligatorios” (JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 432).

³⁴ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, New Haven, 1969, S. 42 ff.

³⁵ „*The claim to correctness (...) goes further, including substantive justice and thus what Fuller*

seguridad) conduce a una „corrección de segundo nivel“³⁶, lo que plantea el problema de determinar la relación existente entre justicia y seguridad jurídica.

b) La “Escuela de Atenas”: la bidimensionalidad del derecho

Esta tensión idealismo-realismo (reflejada en los gestos de Aristóteles y Platón en la pintura de Rafael) que anida en la idea de corrección se comprueba también en el derecho, que según Alexy se caracteriza por exhibir esa ya apuntada “naturaleza dual” (*Doppelnatur*³⁷; *dual nature*³⁸): fáctica, real o autoritativa³⁹, e ideal o crítica⁴⁰. Ambas dimensiones se encuentran en el concepto analizado, reflejándose la primera en los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social; y la segunda, en la justicia o corrección moral exigible a las normas, que no pueden ser extremadamente injustas⁴¹.

Sin perjuicio de lo que diremos sobre la dimensión ideal al examinar la relación entre derecho y moral, conviene poner el acento en el papel que Alexy le reconoce al derecho positivo, que resulta necesario para resolver, entre otros, el problema de los límites del conocimiento práctico, que no siempre puede asegurar un acuerdo entre todos para cada caso que se plantea, para así poner fin a la discusión y lograr la paz⁴². El derecho, entonces, necesita

terms the external morality of law“ (ROBERT ALEXY, „A Defence of Radbruch's Formula“, cit. en nota 18, p. 28).

³⁶ ROBERT ALEXY, “Rechtssicherheit und Richtigkeit”, en ALEŠ GERLOCH/JAN TRYZNA/JAN WINTR (eds.), *Metodologie, interpretace práva a právní jistota*, Aleš Čeněk, Plzeň, 2012, pp. 378-494, en p. 383. Vide también ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit., p. 102

³⁷ ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, en p. 292.

³⁸ ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, cit. en nota 16, pp. 37 y 52.

³⁹ *Ibidem*, p. 55

⁴⁰ “La relación entre el derecho como hecho y el derecho como un ideal es la cuestión más importante a la hora de explicar su naturaleza” (*ibidem*, p. 39).

⁴¹ ROBERT ALEXY, “Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts”, cit. en nota 18, p. 151.

⁴² “*The problem of practical knowledge is one of the main reasons for the necessity of positive law*” (ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal

del derecho positivo para ser correcto, para satisfacer “las exigencias morales de evitar los costos de la anarquía y la guerra civil y alcanzar las ventajas de la coordinación y la cooperación sociales”⁴³.

En la práctica esto significa que, a la hora de buscar la respuesta correcta, el punto de partida será la dimensión autoritativa del derecho positivo, justificado y legitimado por la moral; pero el juez pero no podrá detenerse allí, pues incluso si ese derecho positivo ofrece una respuesta para el caso concreto (en normas constitucionales, legales o precedenciales), antes de aplicarla deberá comprobar la *conformitas* de su solución con las exigencias de los principios superiores (de contenido moral) del sistema jurídico, que condicionan su validez u obligatoriedad. Y ello es así aun cuando se trate de normas positivas sancionadas por el legislador democrático, ya que también las soluciones adoptadas por la mayoría democráticamente legitimada “deben ser sometidas a la comprobación de su proporcionalidad por la justicia constitucional”⁴⁴.

c) El modelo de sistema jurídico de tres niveles

Si bien en su concepto Alexy no se refiere expresamente al modelo de sistema jurídico de tres niveles -“*Drei-Ebenen-Modell*”- o modelo de reglas/principios/procedimiento (“*Regel/Prinzipien/Prozeduren-Modell des Rechtssystems*”), que algunos años atrás⁴⁵ ya había expuesto como alternativa

Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 102).

El derecho positivo resulta necesario -entre otros aspectos- para la “organización” de los derechos humanos (vide ROBERT ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en STEPHAN GOSEPATH/GEORG LOHMANN (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, pp. 244-264, en pp. 254 y ss.).

⁴³ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 102.

⁴⁴ ROBERT ALEXY, *Carlos Santiago Ninos Begründung der Menschenrechte*, en: BURKHARDT ZIEMSKE/THEO LANGHEID/HEINRICH WILMS/GÖRG HAVERKATE (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele*, C. H. Bech’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, pp. 187-217, en pp. 216/217.

⁴⁵ ROBERT ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 407, en

superadora del modelo de reglas y del modelo de reglas y principios⁴⁶, encontramos esa distinción fundamental entre los dos órdenes normativos que integran el sistema jurídico, es decir, las normas sustantivas y las normas procedimentales.

Estas últimas, que conforman el “tercer nivel” del modelo⁴⁷, resuelven el déficit de racionalidad derivado de que las normas sustantivas no regulan su propia operación, y ponen de manifiesto el sentido mismo de una teoría de la argumentación jurídica, que bien lejos está de presentar una discusión “inútil” (*useless*) -tal como se entendía en el clima intelectual predominante al aparecer la obra fundacional alexyana en 1978⁴⁸, que representó por entonces un “*significant change of paradigm*”⁴⁹-, pues su objeto no es ni más ni menos que el de establecer cuáles son las reglas y principios que integran esta “dimensión procedimental”, que son derecho y, en cuanto tal, son obligatorios, debiendo ser seguidos para que el resultado sea válido, correcto o racional, aunque

particular pp. 416 ss.).

⁴⁶ De todas maneras, encontramos referencias a ese modelo de sistema jurídico de tres niveles en *Begriff und Geltung des Rechts*, como cuando señala que la tercera grada “amplía la extensión de aquello que pertenece al derecho” (ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit. en nota 17, p. 205; versión española, p. 126).

⁴⁷ Y que pueden dividirse en dos grupos, según que sean de tipo monológico (referidas a la estructura misma de la argumentación: v.gr., sinceridad o pretensión de verdad, no-contradicción, universalidad, claridad lingüístico-conceptual, verdad de las premisas empíricas) o no-monológico (cuyo objeto es el procedimiento mismo del discurso, y que persiguen asegurar el derecho de cada uno a participar en la discusión argumentativa con libertad y en un plano de igualdad, exigiendo v.gr., que todo hablante pueda participar en el discurso, que todos puedan cuestionar cualquier aserción, que todos puedan introducir cualquier aserción en el discurso, y que ningún hablante pueda ser impedido de ejercer los derechos antes mencionados) (ROBERT ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, en el mismo, *El concepto y la validez del derecho*, versión española citada en nota 17, págs. 137 y 138).

⁴⁸ ROBERT ALEXY, “Vorstellungsbericht”, en *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen* (2003), pp. 326-327; MATTHIAS KLATT, *Robert Alexy's Philosophy of Law as System*, en el mismo (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 4.

⁴⁹ MATTHIAS KLATT, *Robert Alexy's Philosophy of Law as System*, en el mismo (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, cit. en nota anterior, p. 4.

cuando pueda no ser visto como la “única respuesta correcta”⁵⁰.

Gran parte de la obra de Alexy -obvio es recordarlo- se ocupa de esta dimensión procedimental, destacándose no sólo -como es obvio- su *Theorie der juristischen Argumentation*, sino también su *Theorie der Grundrechte*⁵¹, donde se ofrece un auténtico modelo del discurso moral referido a los principios que expresan derechos fundamentales, modelo perfeccionado más tarde con la llamada “fórmula del peso” (*Gewichtsformel*)⁵².

Junto a tales aciertos se plantean interrogantes referidos a si ese concepto no debería ser completado. Así, en primer lugar, quizás la *coerción* debería explicitarse como un elemento diferenciado (a pesar de que tenga mucho que ver con la eficacia social⁵³), en tanto “elemento central” de la naturaleza real o fáctica del derecho⁵⁴, o “propiedad esencial” del derecho, junto a la corrección⁵⁵. “El sentido actualmente inherente a la expresión ‘derecho’ hace imposible aplicar tal expresión a un sistema de normas” que no tenga normas coercibles (*enforceable*)⁵⁶. “Si el derecho ha de ser una práctica

⁵⁰ Como sabemos, en general dichas reglas y principios de la argumentación no pueden asegurar un único resultado discursivamente necesario, pero al menos pueden determinar algunos resultados discursivamente imposibles y otros discursivamente posibles (que así compiten como alternativas para la solución).

⁵¹ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985; reimp. Suhrkamp, Frankfurt/M. 1986, 3. ed. 1996.

⁵² ROBERT ALEXY, *Die Gewichtsformel*, en Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792, en p. 790. Vide ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption”, *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-449.

⁵³ La coerción es “un elemento decisivo de la eficacia social” (ROBERT ALEXY, “Rechtssicherheit und Richtigkeit”, cit en nota 36, p. 382).

⁵⁴ ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit. en nota 12, p., p. 13.

El elemento central de su dimensión ideal “es la pretensión de corrección” (ibidem).

⁵⁵ ROBERT ALEXY, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en *Doxa* 26 (2003), pp. 147-159, en p. 155.

⁵⁶ ROBERT ALEXY, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, en L. H. MEYER/S. L. PAULSON/T. W. POGGE (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and*

social que cumple con sus funciones formales básicas definidas por los valores de la seguridad jurídica (*legal certainty*) y la eficiencia”, entonces la coerción “es necesaria”⁵⁷.

En segundo lugar, resulta imprescindible incluir en el sistema las normas que provienen de fuente internacional, y que claramente no integran la Constitución ni han sido sancionadas “de acuerdo con” ella.

Pero sobre todo, habría que considerar con detenimiento la decisiva idea de que para ser válidas, las normas no pueden tener un contenido extremadamente injusto. Dos observaciones han de ser formuladas aquí:

(a) La primera se refiere a la significación de la fórmula de Radbruch en el marco del concepto del derecho alexyano, una cuestión que se plantea a partir de la nota definitoria negativa de la „extrema injusticia“. Volveremos sobre el tema más adelante.

(b) La segunda refiere a la cuestión de las categorías de normas que pertenecen a aquella totalidad („Gesamtheit“). Al respecto podría decirse que a la hora de exponer su modelo de sistema jurídico quizás Alexy no ha considerado todas las consecuencias que se siguen de su concepto del derecho. Es que a pesar de que junto a las normas positivas (Constitución, normas que “han sido sancionadas conforme a esa Constitución”) se reconocen allí como derecho a otras normas que no tienen fundamento positivo (las normas procedimentales), falta ese mismo reconocimiento respecto de las normas suprapositivas, que también son derecho.

Si pensamos, por ejemplo, en las normas constitucionales, hay que observar que -como lo ha dicho el Tribunal Constitucional Federal alemán- el

Political Philosophy of Joseph Raz, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 7.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 9.

En el mismo sentido, ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 293)

pouvoir constituant “está sometido a los principios jurídicos suprapositivos presupuestos en todo derecho escrito” (“*die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze*”) ⁵⁸, de tal suerte que si dicta normas contrarias a los mismos, ellas serían normas constitucionales inconstitucionales (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). ⁵⁹

Precisamente una de las bases de la teoría antipositivista del derecho alexyana es su tesis de los principios, presentada en un artículo clave titulado “*Zum Begriff des Rechtsprinzips*” ⁶⁰ al hilo de la crítica de Dworkin al positivismo ⁶¹, y que luego mereciera un amplio desarrollo en su Teoría de los Derechos Fundamentales. Tales principios permiten superar el problema que se le plantea al modelo hartiano del derecho como “system of rules” cuando no hay una norma positiva que ofrezca una solución para un caso concreto ⁶²: en esos supuestos ya no quedará lugar ahora para la discrecionalidad del juez, que sería contraria a las exigencias de corrección ⁶³, sino que deberá resolverse según los criterios de aquellas normas, necesariamente contenidas en todo sistema jurídico, con independencia de su grado de desarrollo ⁶⁴.

⁵⁸ "Südweststaat" (BVerfGE 1, 14, 61 [1951]).

⁵⁹ "*Gleichberechtigung*" (BVerfGE 3, 225, 232 [1953])

⁶⁰ Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979), pp. 59-87, reimpresso en ROBERT ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1995, pp. 177-212.

⁶¹ Así, RONALD DWORKIN, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 35 (1967), pp. 14-46 (este trabajo conforma el capítulo I de *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1978).

⁶² Un caso cae en el ámbito de apertura del derecho positivo cuando éste no establece su solución (ROBERT ALEXY, *Recht und Moral*, [cit. en nota 18], p. 87; versión española, p. 19). También cabe pensar en los casos hartiano de *open texture*, en los cuales sí hay una norma positiva cuyo sentido hay que determinar (pero que puede resultar vaga o ambigua en su texto).

⁶³ "*Neither have Judges power to judge according to that which they think to be fit, but that which out of the Laws they know to be right and consonant to Law. Iudex bonus nihil ex arbitrio suo faciat, nec proposito domesticæ voluntatis, sed juxta leges et jura pronuntiet*" (*Calvin's Case* (1609) -Trin. 6, Jacobi Regis-, in 7 Co. Rep., 1, 27a [MDCCXXVII]; 77 ER 377, 409).

⁶⁴ En varios de sus trabajos ha señalado Alexy que “todos los sistemas jurídicos desarrollados

Mas la importancia de los principios excede esta función de “completar” el sistema, a poco que se considere su papel de expresión jurídica de los valores morales: “entre los principios y los valores (existe) una amplia coincidencia estructural. (...) Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores, y toda colisión de valores, como una colisión de principios. (...) Principios y valores son, entonces, lo mismo, una vez con ropaje deontológico, y otra con ropaje axiológico”⁶⁵.

Los mismos vienen a conformar ese *derecho suprapositivo* a que alude el BVerfG cuando habla de “principios suprapositivos”, y que se identifica en esencia con los derechos humanos, aunque no necesariamente se limite a ellos⁶⁶, tal como lo señala también Finnis⁶⁷.

contienen principios” (“*alle entwickelten Rechtssysteme Prinzipien enthalten*”). Así se lee en *Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs* [cit. en nota 13], p. 89). También en *Begriff und Geltung des Rechts* (cit. en nota 17), cuando expone la tesis de la incorporación (“todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios” (p. 121; versión esp., p. 75/76), o “a partir de un estadio mínimo de desarrollo, todos los sistemas jurídicos contienen necesariamente principios” (p. 126; versión esp., p. 78).

En una idea que ha sido compartida por el profesor de Kiel en la discusión suscitada a partir de un anterior trabajo mío referido a su obra (EDUARDO SODERO, *Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff*, en LAURA CLÉRICO, JAN-REINHARD SIECKMANN -eds.-, *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden Baden, 2009, p. 206), entiendo que tal idea merece ser corregida en el sentido del texto, es decir, postulando que *todo* sistema jurídico con independencia de su grado de desarrollo (o sea, incluso los sistemas jurídicos más primitivos) contiene necesariamente principios morales. Otra cuestión es la cuestión fáctica o histórica acerca de si ellos han sido reconocidos explícitamente por el derecho positivo -a través de la Constitución, de *bill of rights*, tratados internacionales- (lo que, como observa con frecuencia Alexy, representa una nota característica del moderno derecho racional).

⁶⁵ ROBERT ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, cit. en nota 45, p. 409; también, el mismo, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft NF 25 (1985), pp. 13-29, en p. 24.

⁶⁶ Como enseña el propio Alexy, si bien todo lo que afecta los derechos humanos necesariamente es injusto, “no todo lo que es injusto afecta al mismo tiempo a los derechos humanos” (ROBERT ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit. en nota 42, pp. 251 y ss.):

⁶⁷ JOHN FINNIS, “What is the Philosophy of Law”, en *Rivista di Filosofia del Diritto* 1 (2012), pp. 67-78, en p. 67; también en *The American Journal of Jurisprudence*, (2014) 59 (2), pp. 133-142, en p. 133. Allí se lee: “En *Natural Law and Natural Rights* (1980/2011), p. 288 (*Ley*

Tales principios, entonces, son auténticamente derecho -como decía Radbruch-⁶⁸, a pesar de su naturaleza también moral, y “pertenecen a la dimensión ideal” del mismo⁶⁹. Su “corrección y nada más los remite al

Natural y Derechos Naturales, traducción por Cristóbal Orrego de la primera edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, pp. 314/315) yo presento una breve lista:

“Comenzando con ... las máximas de segundo orden que favorecen la continuidad en los asuntos humanos -i.e. que favorecen el bien del orden diacrónico, en cuanto distinto del bien de una situación final futura-, podemos encontrar una serie de principios de segundo orden relacionados que incluyen el principio de estabilidad, pero que van cada vez más allá de él para incorporar nuevos principios o valores. En cada caso ellos están disponibles en la forma de primer orden para guiar al legislador. La forma en prosa requiere aquí una exposición lineal que sobresimplifica y que disfraza sus interrelaciones: (i) la privación forzosa de derechos de propiedad ha de ser compensada por el *damnum emergens* (daño emergente), si no lo es también por el *lucrum cessans* (pérdida de beneficios esperados); ii) no hay responsabilidad por daños involuntarios, sin culpa; iii) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; iv) *nemo contra factum proprium venire potest* (*estoppel* o prohibición de ir contra los actos propios); v) no hay protección judicial para quien invoca su propio delito (quien procura equidad debe obrar equitativamente); vi) no hay amparo para el abuso de derecho; vii) el fraude lo destruye todo (*fraud unravels everything* [frase célebre de Lord Denning, MR., en *Lazarus Estate Limited v. Beasley* (1956) 1 QB 702, 712 -N. del T.-]); viii) los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; ix) *pacta sunt servanda* (los contratos deben ser cumplidos); x) hay relativa libertad para cambiar por acuerdo los modelos (*patterns*) existentes de relaciones jurídicas; xi) al determinar los efectos jurídicos de pretendidos actos jurídicos, el débil debe ser protegido de su debilidad; xii) las disputas no han de ser resueltas sin dar a ambas partes una oportunidad de ser oídas; xiii) nadie puede ser juez en causa propia.

Estos ‘principios generales del derecho’ son ciertamente principios. Esto quiere decir que, mas que exigir, ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y que en su aplicación a las circunstancias concretas están delimitados por otros principios similares. Cualquiera de ellos, además, ocasionalmente puede ser desplazado (lo que no es lo mismo que violado, modificado o derogado) por otros componentes importantes del bien común, otros principios de justicia. Tampoco ha de olvidarse que existen normas de justicia que nunca pueden ser derogadas o desplazadas, y que se corresponden con los derechos humanos absolutos”.

⁶⁸ Así, GUSTAV RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, en: Rhein-Neckar-Zeitung del 12.IX.1945, citado según la reedición en, *el mismo*, *Rechtsphilosophie*, 8a. ed. editada por ERIK WOLF y HANS-PETER SCHNEIDER, K. F. Koefner Verlag, Stuttgart, 1973, pp. 327 y ss.: “Quinto minuto: también existen principios jurídicos que son más fuertes que cualquier norma positiva, de suerte tal que una ley que los contradiga carece de validez. A esos principios se los llama derecho natural (*Naturrecht*) o derecho racional (*Vernunftrecht*) (...)”.

⁶⁹ ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales y proporcionalidad”, en GRISELDA CAPALDO/JAN SIECKMANN/LAURA CLÉRICO (eds.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, pp. 183-197, en p. 194.

derecho”⁷⁰. De ello se sigue la *necesidad de reconocerlos como una parte específica del sistema jurídico, integrando el derecho vigente* junto al derecho positivo, sobre el cual ejerce un “efecto de irradiación” (*Austrahlungswirkung*). Y ello es así -insistamos- no sólo para resolver los problemas de apertura del modelo de reglas, sino en definitiva para asegurar la conceptualmente necesaria “corrección moral”⁷¹ del derecho.

No obstante todo ello, y como se ha dicho, al exponer las normas que integran el sistema jurídico, Alexy omite absolutamente aludir a estas normas suprapositivas, o normas del derecho racional o natural (según la terminología que desee emplearse), incurriendo en un silencio que implica cierta incoherencia conceptual, y cuyo equivocado no alcanza a ser reparada por las referencias a que las normas positivas constitucionales e infraconstitucionales no pueden ser extremadamente injustas, ante la posibilidad de que se entienda que tales juicios sobre la injusticia extrema versan sobre meros conflictos entre el derecho y la moral, cuando en realidad los conflictos también se plantean “en el seno del derecho mismo”, que -en terminología clásica- es en parte natural y en parte positivo.

Esta omisión se agrava al considerar que en “On the Concept and the Nature of Law”, Alexy observa que “las decisiones jurídicas deben ser fundadas sobre razones. (...) Cuando se acaban las razones autoritativas, las razones para las decisiones jurídicas tendrán que incluir razones no-autoritativas. Entre estas razones no-autoritativas, la clase más importante consiste en las razones referidas a la justicia”⁷².

Cabe interrogarse entonces acerca de si esta posibilidad de fundar decisiones jurídicas sobre la base de razones no-autoritativas es realmente

⁷⁰ ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit* (cit. en nota 16), p. 16; versión española, p. 43.

⁷¹ ROBERT ALEXY, *Recht und Moral* (cit. en nota 18), p. 85; versión española, p. 18.

⁷² ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 283

compatible con la naturaleza autoritativa del derecho⁷³, y si no resulta incoherente -en vista de tal naturaleza- entender a los principios jurídicos (en cuanto paradigmas de las „*reasons referring to justice*“) como “razones jurídicas no autoritativas”⁷⁴ y al mismo tiempo defender un concepto no-positivista del derecho. En esa dirección quizás sería mejor considerar también a los principios, a pesar de su fundamentación moral, como “razones jurídicas autoritativas” en el sentido de las “razones sustantivas” de Schauer⁷⁵, dado que la autoridad no sólo tiene que ser entendida -a la manera de Raz- como equiparada a los “*authoritative statements*”, atendiendo a su normatividad fundada sobre la corrección de su contenido⁷⁶: “la corrección y nada más los introduce en el derecho” (“*Richtigkeit und sonst nichts holt sie ins Recht*”)⁷⁷. No otra cosa había dicho Schmitt en su *Verfassungslehre*: “una norma puede valer porque es correcta; la consecuencia sistémica nos conduce entonces al derecho natural y no a la Constitución positiva; o una norma vale, porque ella ha sido establecida positivamente”⁷⁸.

3. Derecho y moral

Hemos visto que una nota decisiva en el concepto del derecho alexyano es la pretensión de corrección, que *comprende una pretensión de corrección*

⁷³ “*Law comprises only authoritative reasons*” (ibidem, p. 283).

⁷⁴ En contraposición a las “razones autoritativas” del derecho positivo” (vide también ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, cit. en nota 16, p. 51).

⁷⁵ FREDERICK SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/ London, 2009, p. 63.

⁷⁶ Vide ROBERT ALEXY, „Normativity, Metaphysics and Decision“, en: STEFANO /GEORGE PAVLAKOS (Hg.), *New Essays on the Normativity of Law*, Hart, Oxford 2011, pp. 219-228, p. 220.

⁷⁷ ROBERT ALEXY, „Recht und Richtigkeit“, cit. en nota 16, p 16.

⁷⁸ CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928, p. 9.

*moral*⁷⁹. Se plantea entonces la pregunta acerca de cómo responde Alexy al problema de la *relación entre moral y derecho*, y más específicamente, al problema de “la relación entre validez o corrección jurídica, por un lado, y méritos o deméritos morales o corrección o incorrección moral, por otro lado”⁸⁰, es decir, el problema de las consecuencias que tiene la inmoralidad o injusticia para la *validez o corrección* jurídica⁸¹, que representa el núcleo de la polémica entre positivistas y no-positivistas.

Según nuestro autor (cuya exposición del tema ha experimentado ciertas variaciones terminológicas a lo largo de los años⁸²) existen dos posiciones básicas en torno a cómo se relacionan entre sí las dimensiones real e ideal del derecho, representadas por las tesis de la *separación* y de la *vinculación* entre moral y derecho, cada una exhibiendo variantes que merecen ser debidamente consideradas.

La tesis de la separación⁸³, propia del positivismo jurídico, sostiene en esencia que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, entre “el derecho que es y el que debería ser”⁸⁴, que la validez y corrección de una norma jurídica en nada dependen de las normas morales⁸⁵ y que, finalmente, los argumentos morales están “necesariamente excluidos” del

⁷⁹ Ver nota 16.

⁸⁰ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 98

⁸¹ *Ibidem*, p. 99.

⁸² Vide ROBERT ALEXY, *Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs*, cit. en nota 13, p. 97); del mismo, *Recht und Moral* (cit. en nota 18), p. 85; versión española, p. 17.

⁸³ Andrei Marmor describe la tesis de la separación señalando que ella “básicamente sostiene que la determinación de lo que es el derecho no depende necesaria o conceptualmente de la moral o de otras valoraciones acerca de lo que el derecho debería ser en las circunstancias del caso” (ANDREI MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 71).

⁸⁴ ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 284

⁸⁵ El positivismo niega la existencia de una conexión clasificante y de una conexión calificante (ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 104)

discurso jurídico⁸⁶.

Esta tesis tiene una versión originaria -la del positivismo excluyente- que se encuentra en la teoría de Kelsen⁸⁷ y Raz, para quienes la moral está necesariamente excluida del concepto del derecho⁸⁸; como decía el primero, la discrepancia entre el derecho positivo y “algún ideal de justicia preconcebido” no puede ser utilizada como argumento jurídico contra la validez de aquél⁸⁹.

Existe además otra versión, la del positivismo incluyente (ejemplificada en Jules Coleman⁹⁰), que postula que el derecho puede tener contenidos morales, “puede tener una dimensión ideal”⁹¹ que condicione la validez de la norma positiva⁹², si bien esa referencia a la moralidad ha de ser contingente, pues depende de un “*law-making act that transforms moral reasons into law*”⁹³.

Todos los antipositivistas, por el contrario, defienden la tesis de la vinculación, según la cual existe una conexión necesaria entre validez o corrección jurídica, por un lado, y corrección o incorrección moral, por otro

⁸⁶ ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 283.

⁸⁷ “*Jeder beliebige Inhalt Recht sein kann*” (HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed, Franz Deuticke, Wien, 1960, p. 201.

⁸⁸ JOSEPH RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 47.

⁸⁹ HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª., F. Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, p. 427 y sgte..

⁹⁰ JULES COLEMAN, *Authority and Reason*, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 287/319, en p. 316.

⁹¹ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 99.

⁹² EUGENIO BULYGIN, *El positivismo jurídico*, en RODOLFO VÁZQUEZ-RUTH ZIMMERLING (eds.), *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, Fontamara, México D.F., 2006, p. 55.

⁹³ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 103.

Según esta versión del positivismo, es *posible* que “el derecho positivo de una determinada comunidad incluya principios morales, lo que puede ocurrir -por ejemplo- a través de cláusulas constitucionales que transformen los derechos humanos en derecho positivo”. Puesto que la inclusión de contenidos morales en el derecho sería por ello “puramente contingente” (ROBERT ALEXY, *Recht und Moral* [cit. en nota 18], p. 83; versión española, p. 16), siempre queda la posibilidad de excluir todo elemento moral del concepto de derecho.

lado⁹⁴. Esta posición ofrece variantes o versiones según las consecuencias que se atribuyan a los defectos morales sobre la validez (conexión clasificante⁹⁵) o la corrección (conexión calificante⁹⁶) de la norma, es decir, en función del impacto que la dimensión ideal tenga sobre la real (lo cual supone decidir si aquella prevalece o no sobre ésta en el juicio acerca de la validez y/o corrección de la norma). La injusticia de una norma puede, entonces, tener una consecuencia clasificante -cuando determina la invalidez como derecho- o sólo cualificante -cuando se reconoce que la norma sigue siendo derecho, pero es un derecho defectuoso o deficiente, deficiencia que es también una deficiencia jurídica y no sólo moral⁹⁷.

Esas versiones son denominadas por Alexy antipositivismos “excluyente”, “incluyente” y “super-incluyente”⁹⁸:

(i) el antipositivismo *excluyente*, que Alexy encuentra en autores como Beyleveld y Brownsword (y que ya está presente en San Agustín⁹⁹), parte de una versión fuerte de la tesis de la vinculación, y sostiene que cualquier defecto moral o injusticia determina la invalidez de la norma; en pocas palabras, “la validez jurídica se pierde en todos los casos de defecto moral”¹⁰⁰,

⁹⁴ Podríamos agregar que todos los antipositivistas también sostienen la idea de que hay razones morales que son derecho sin necesidad de un acto que así lo declare.

⁹⁵ “El efecto de una conexión clasificante es la pérdida de la validez jurídica” (ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 104)

⁹⁶ “El efecto de una conexión calificante es el defecto o incorrección jurídica, que sin embargo no afecta la validez jurídica” (ibidem).

⁹⁷ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit. en nota 17, p. 48; versión esp., p. 32.

⁹⁸ ROBERT ALEXY, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, en *Ratio Juris* 25 (2012), pp. 2-14; ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 104.

⁹⁹ “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*”, AUGUSTINUS, *De libero arbitrio*, I, v. 11

¹⁰⁰ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 107.

y por ello, “*immoral rules are not legally valid*”¹⁰¹.

Esta posición, que confiere una “prioridad absoluta” a la justicia por sobre la seguridad jurídica, ha sido fuertemente criticada por Alexy, pues “la anarquía sería la consecuencia si cualquier defecto moral (...) fuese suficiente para privar de validez jurídica, o incluso del carácter de Derecho, a una norma o decisión”¹⁰². Ello sería inconciliable con el mandato de seguridad jurídica¹⁰³. Y “la seguridad jurídica y la eficiencia son dos valores formales mínimos del Derecho”¹⁰⁴ y de la justicia misma, que necesita de la seguridad¹⁰⁵.

(ii) En el otro extremo, el “*super-inclusive non positivism*” postula que los defectos morales nunca afectan la validez jurídica de la norma, aunque sí su corrección; en otras palabras, la injusticia sólo tiene una conexión calificante, nunca clasificante. El derecho injusto sigue siendo derecho (como también lo sostienen los positivistas), aunque un derecho incorrecto o defectuoso. Con ello se confiere una absoluta prioridad a la seguridad por sobre la justicia, a la dimensión real por sobre la ideal. Según Alexy, “*Aquinas and Kant can be interpreted in this way*”¹⁰⁶.

¹⁰¹ DERYCK BEYLEVELD AND ROGER BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 76.

¹⁰² ROBERT ALEXY, *Recht und Moral* (cit. en nota 16), p. 88; versión esp., p. 21.

¹⁰³ “Es ante todo la seguridad jurídica la que impide que cualquier injusticia conduzca a la pérdida de juridicidad” (ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit* [cit. en nota 16], pp. 17 y ss.; versión esp., p. 45). “Una versión de antipositivismo que excluya la validez jurídica de normas sancionadas autoritativamente y socialmente eficaces en todos los casos de conflicto entre el derecho y la moral sería inaceptable. Uno podría llamar a esta versión del antipositivismo como ‘*exclusive non-positivism*’. Debido a la naturaleza inevitablemente controversial de los asuntos morales, el antipositivismo excluyente equivaldría a la anarquía” (ROBERT ALEXY, *Thirteen Replies*, cit. en nota 59, p. 335).

¹⁰⁴ ROBERT ALEXY, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, (cit. en nota 56), p. 9. “La seguridad jurídica es un elemento esencial del principio de Estado de Derecho” (“*Gleichberechtigung*”, BVerfGE 3, 225, 237 [1953], citando “*Haftentschädigung*”, BVerfGE 2, 380, 403).

¹⁰⁵ Vide STEFANO BERTEA, *How Non-Positivism can Accommodate Legal Certainty*, en GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, cit. en nota 3, pp. 74 y ss..

¹⁰⁶ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal

Dado que a Tomás de Aquino nos referiremos más adelante, basta con recordar, respecto de Kant, que si bien el filósofo de Königsberg habla de “derechos innatos”, o del “derecho natural” como fuente del derecho positivo, también postula que toda apelación a esos derechos naturales está prohibida una vez establecido el sistema jurídico positivo, prohibición que es “incondicional”¹⁰⁷. Ello, sin embargo, no basta para colocarlo en las filas del positivismo, como lo demuestra su idea de una “constitución jurídica perfecta”, que es la que realiza perfectamente los derechos no-positivos: como observa Alexy, una constitución que no los realice seguirá siendo válida jurídicamente para Kant, pero será una constitución jurídicamente defectuosa, lo cual traduce una conexión calificante¹⁰⁸.

Esta posición -ha agregado Alexy en una reciente conferencia en el *Natural Law Institute* de la Notre Dame University¹⁰⁹-, también puede ser atribuida a John Finnis, en particular en el capítulo XII de su *Natural Law and Natural Rights* de 1980.

. La polémica Finnis-Alexy en torno a la ley injusta

A partir de la referida conferencia dictada por Alexy acerca del pensamiento de Finnis, se ha suscitado una interesante polémica entre ambos autores -situados en el centro del antipositivismo actual-, que abarca varios tópicos¹¹⁰. En el que ahora nos interesa -referido al

Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 105.

En palabras de Matthias Klatt, “por un lado Kant funda la validez del derecho positivo en principios no-positivos, y sostiene que los defectos de la ley dependen de principios no-positivos”, pero por otro lado “afirma la validez de toda norma que haya sido sancionada autoritativamente y sea socialmente eficaz”, con lo cual “según Kant la relación entre derecho y moral no es una de clasificación, sino sólo de calificación” (MATTHIAS KLATT, *Robert Alexy's Philosophy of Law as System*, en el mismo (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, cit. en nota 48, p. 11).

¹⁰⁷ Vide ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, cit. en nota 9, p. 289.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Natural Law Lecture del 10.IV.2013.

¹¹⁰ Comprendiendo incluso una polémica acerca del propio rótulo de “anti-positivista” o “no-

problema de la ley injusta¹¹¹-, Alexy observa que en *Natural Law and Natural Rights*, partiendo de la razonabilidad práctica como criterio para esta conexión calificante, Finnis afirma que la ley injusta sigue siendo derecho válido, aunque no sea derecho en su sentido focal (*focal meaning*) ni responda al concepto de “caso central” del derecho; será derecho en su sentido secundario, un “caso periférico”, por ser un “derecho defectuoso”. La norma injusta, entonces, sería jurídicamente obligatoria, aunque no crearía ninguna obligación en un “sentido moral”. Según Alexy, esta propuesta debe ser rechazada, sobre todo porque no otorga “peso suficiente a la dimensión ideal en los casos de injusticia extrema”¹¹², algo que habría sido corregido por el mismo Finnis en escritos posteriores en los cuales se habría acercado a la posición del antipositivismo incluyente, como su trabajo sobre “Natural Law Theories” para la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, donde admitiría la posibilidad de sostener que una regla inmoral es jurídicamente inválida, si el “contexto discursivo” resulta apropiado para ello, afirmación con la cual “John Finnis has entered the camp of inclusive non-positivism”¹¹³.

Al respecto Finnis contestará que “para los ciudadanos es moralmente necesario considerar al derecho de su comunidad como presuntivamente obligatorio”¹¹⁴, aunque aclarando inmediatamente que esa misma moralidad establece que “la obligación presuntiva de los sujetos es derrotada (a) por responsabilidades morales en sentido contrario suficientemente serias para hacer justo el incumplimiento, y (b) por la injusticia seria y relevante en la formación o el contenido de la ley”¹¹⁵. “El buen ciudadano puede (no siempre) estar obligado a someterse a la disposición injusta en la medida necesaria para impedir

positivista”, empleado por Alexy, respecto del cual Finnis observa que “*a sound legal philosophy is not well described as “non-positivist.” The disjunction between “positivist” and “non-positivist” concedes to self-described positivists the assumption that theirs is the default position - or at least a default position or option -- in legal philosophy. But that assumption is historically mistaken and theoretically ungrounded*” (JOHN FINNIS, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal Dimension”, en *The American Journal of Jurisprudence* (2014) 59 (1), pp. 85-109; se cita según la versión *pro manuscripto* enviada por el profesor Finnis).

¹¹¹ Sobre el tema vide RODOLFO LUIS VIGO, *Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis ‘la ley injusta no es ley’*, en JUAN B. ETCHEVERRY, *Ley, moral y razón. Estudios sobre el Pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley Natural y Derechos Naturales*, UNAM, México, 2013, pp.119-140, en particular pp. 125 y ss.

¹¹² ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 109.

¹¹³ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁴ JOHN FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays of John Finnis*, v. IV, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 7-8.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 8; JOHN FINNIS, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal Dimension”, cit. en nota 102.

el debilitamiento de la ley, del sistema jurídico (...) como un todo. (...) El ciudadano (...) entretanto puede tener la obligación atenuada, colateral y en un importante sentido, extra-jurídica, de obedecerla¹¹⁶.

Por otra parte, en *Natural Law and Natural Rights* Finnis había sostenido que “no es conducente a aclarar el pensamiento, ni a ningún buen propósito bueno, ensuciar la positividad del derecho negando la obligatoriedad jurídica (*legal obligatoriness*) en el sentido jurídico o intra-sistémico, de una regla recientemente considerada como jurídicamente válida y obligatoria por la institución suprema del sistema jurídico”¹¹⁷, respecto de la cual Alexy observaría que “luego del colapso de un régimen que imperó sobre la base de leyes extremadamente injustas, la cuestión de si estas leyes y las decisiones fundadas sobre ellas eran nulas e inválidas desde el comienzo puede ser de la mayor importancia para la protección de los derechos humanos de las víctimas del régimen. Esto alcanza para ser un ‘buen propósito práctico’”¹¹⁸.

Según Finnis, aquí no habría en realidad ninguna polémica, pues él se estaba refiriendo directamente a “la situación **durante**, no después, la vigencia de tal régimen, mientras las normas de justicia no son consideradas como poseedoras de efecto jurídico por las principales instituciones jurídicas de una comunidad”, y el comentario de Alexy “confinaría la relevancia moral y jurídica de la fórmula a la situación de post-colapso” (como resultaría de *Begriff und Geltung des Rechts*)¹¹⁹, lo que en definitiva implicaría “aceptar antes que rechazar este elemento en mi posición”.

Ahora bien: según Finnis, “mi posición, lejos de fallar en ‘conferir peso suficiente a la dimensión ideal’, atribuye más peso (por así decirlo) a la ‘dimensión ideal’ que el que le atribuye la fórmula de Radbruch. Lejos de ser “positivismo super-incluyente”, como lo dice Alexy, mi posición primaria es más cercana (si bien sólo se aproxima) a lo que él denomina ‘anti-positivismo excluyente’”.

Citemos una vez más, para concluir, al propio Finnis -ahora en

¹¹⁶ JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., cit. en nota 33, pp. 361-362.

¹¹⁷ JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit. en nota 33, p. 357.

¹¹⁸ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 109

¹¹⁹ Finnis cita aquí dos párrafos de la versión inglesa publicada bajo el título *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (Oxford University Press, Oxford, 2002) cuando Alexy dice: “Radbruch’s formula is of practical significance above all after the collapse of a rogue regime” -p. 56- y que “once a rogue state is successfully established, legal concepts may no longer have much effect. Only after the collapse of such a state are essential differences between the positivist and the non-positivist evident” -p. 50-; ambas referencias se corresponden con las páginas 98 y 88 de la versión original alemana, y 62 y 55 de la versión española, respectivamente.

su opúsculo “¿Qué es la Filosofía del Derecho?”¹²⁰: “La teoría del derecho natural no discute -más bien, promueve- la distinción o bifurcación entre *validez (y obligatoriedad) (jurídica) intrasistemática* y *validez (y obligatoriedad) en sentido moral*. Por cierto no es irrazonable ver que tal distinción funciona en el famoso dicho “una ley injusta no es derecho”. Tal modo de hablar no es autocontradictorio, paradójico o siquiera objetable (...). En el famoso dicho o teorema de la “ley injusta”¹²¹, *lex iniusta* se refiere a una regla u orden jurídica intrasistemáticamente válida, y “no derecho” (*non lex*) significa que, habiendo sido transgredidos los límites morales, esa misma ley carece de *validez (en cuanto ley) en sentido moral* (es decir, legitimidad) y así, en cuanto tal¹²², carece de obligatoriedad moral”.

(iii) La única forma de antipositivismo que, según Alexy, otorga adecuado peso a las dimensiones real e ideal del derecho¹²³ es la del antipositivismo *incluyente*, que postula que no todo defecto moral conduce a la invalidez, que se encuentra limitada a algunos casos de injusticia.

Esta es, como sabemos, la posición del propio Alexy, quien a partir de la fórmula de Radbruch¹²⁴, postula que mientras mientras la injusticia no sea extrema, la norma seguirá siendo válida, aunque sea jurídica *defectuosa* (conexión calificante); en cambio, la norma *perderá su calidad de jurídica*

¹²⁰ JOHN FINNIS, “What is the Philosophy of Law”, cit. en nota 66, p. 76.

¹²¹ Para una reflexión crítica general del tema de la ley injusta en Finnis

¹²² Cumplir con ella en alguna medida puede seguir siendo moralmente obligatorio, a causa de los efectos colaterales del (público) incumplimiento: JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit. en nota 33, en p. 361.

¹²³ ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 108.

¹²⁴ “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo, asegurado por la sanción y el poder, tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto o antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’, deba retroceder ante la justicia” (“*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat*” (GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 [1946], pp. 105 y ss, en p. 107). Véase en particular ROBERT ALEXY, *A Defence of Radbruch's Formula* (cit. en nota 18), *passim*.

cuando traspase el umbral (*Schwelle*) hacia la extrema e insoportable injusticia¹²⁵, o sea, la injusticia manifiesta (*schreiende Ungerechtigkeit*)¹²⁶; entonces la norma ya no es derecho, sino sólo fuerza (*Gewalt*) (conexión clasificante).

En otras palabras: si bien “puede existir un Derecho válido a pesar de ser injusto” y, además, “no toda injusticia es incompatible con el Derecho”, de

¹²⁵ Ese umbral representa el “límite último de validez” del derecho (así, BVerfGE 3, 58, 119 [1953] -“*Beamtenverhältnisse*”), la línea cuyo traspaso significa el fin de la paz -para recordar la advertencia de sir Francis Drake con su “*no peace beyond the line*” (“Appletons’ Cyclopædia of Biography: Embracing a Series of Original Memoirs of the Most Distinguished Persons of All Times”, American edition by Francis L. Hawks, Appleton and Co., New York, MDCCCLVI, p. 346)-.

¹²⁶ La fórmula debe ser entendida de la siguiente manera: “*las normas individuales de un sistema jurídico dejan de ser derecho cuando atraviesan un determinado umbral de injusticia*” (ROBERT ALEXY, *Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs* (cit. en nota 13), pp. 85, 88). En ese sentido afirma el Bundesverfassungsgericht que la 11ª. Ordenanza sobre la ley de Ciudadanía del Reich del 25.XI.1941 (RGBl. I, p. 722) “sólo puede ser juzgada correctamente kann cuando se la considera en correlación con la legislación racial nacionalsocialista y con el objetivo político del Nacionalsocialismo de exterminar el judaísmo alemán y europeo”, y que “el intento de eliminar física y materialmente un sector de la propia población, incluidos mujeres y niños, determinado según criterios ‘raciales’ no tiene nada que ver con el derecho y la justicia. (...) El no-derecho sancionado alguna vez, que colisiona abiertamente contra los principios constitutivos del derecho, no se convierte en derecho por ser aplicado y obedecido” (“*Ausbürgerung aus rassischen Gründe*”, BVerfGE 23, 98, 105 [1968]).

¿Por qué existió una injusticia extrema en el caso de los “guardianes del Muro” (“*Mauerschützen*”, BVerfGE 95, 96 [1996])?. No sólo, quizás, porque fueron violados algunos derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida y la libertad de salir del país, sino porque también fueron lesionados otros derechos esenciales, como el de dirigir la propia vida según la propia voluntad, o el derecho a la libre discusión pública sobre cuestiones políticas, en particular sobre la solución correcta al problema de la salida del país. Se debe considerar “el contexto normativo y fáctico de la práctica existente en la frontera interior alemana en cuanto a los disparos de armas de fuego”, y en particular, “la estructura de la injusticia. Ésta se caracterizaba porque el problema de la salida del país no sólo no podía discutirse libremente, sino que no podía discutirse en absoluto. La República Democrática Alemana era una sociedad no-discursiva. Esto, considerado en sí mismo, tampoco es una injusticia extrema. Pero cuando todo concurre: una vida completa y única que debe ser conducida como no se quiere, la imposibilidad de oponerse con argumentos a la prohibición de huir, y el disparo mortal para quien no soporta esto, entonces se puede llegar a la conclusión de que ocurrió una extrema injusticia cuando se quitó la vida a personas, en su mayoría jóvenes, que querían realizar incluso al precio de su muerte la propia concepción acerca de la vida buena y correcta, tal como ella ha sido vista siempre” (vide ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis vom Recht, Moral und Strafbarkeit* [citada en nota 18] , pp. 28/30).

ello “no se sigue *que cualquier injusticia sea compatible con él*. Es posible dar razones a favor de la existencia de un determinado umbral de incompatibilidad. Ese umbral puede ser definido a través del concepto de la *injusticia extrema*, que se corresponde esencialmente con la fórmula de Radbruch”¹²⁷, cuya versión más resumida posible reza: “la injusticia extrema no es derecho” (*extremes Unrecht ist kein Recht*)¹²⁸. “Quien sostiene esta tesis ya no puede ser iuspositivista”¹²⁹, pues la fórmula de Radbruch presupone un Derecho suprapositivo (“*überpositives Recht voraussetzt*”)¹³⁰.

¿Cuándo hay, pues, injusticia extrema? . En “*El concepto y la validez del Derecho*” explicaba Alexy que “el umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física”¹³¹. Cuando se habla, entonces, de esas exigencias morales mínimas, se está aludiendo al “núcleo de derechos humanos elementales”¹³².

De acuerdo con lo señalado por el *Bundesgerichtshof* en su decisión en el caso de los guardianes del Muro (*Mauerschützen-Beschluß*)¹³³, en tesis avalada por el *Bundesverfassungsgericht*, los derechos humanos pueden ser

¹²⁷ ROBERT ALEXY, *Recht und Richtigkeit*, (cit. en nota 16) pp. 17/18 (cursiva E.S.); versión española, p. 45).

¹²⁸ ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (cit. en nota 18), p. 4. También, del mismo autor, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996* (cit. en nota 18), p. 12, versión española, p. 204; y *The Nature of Arguments about the Nature of Law* (cit. en nota 26), p. 15.

¹²⁹ ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (cit. en nota 18), p. 4.

¹³⁰ ROBERT ALEXY, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996* (cit. en nota 18), p. 28.

¹³¹ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit. en nota 17, p. 85; versión esp., p. 54.

¹³² *Ibidem*, p. 107; versión esp., p. 67.

¹³³ “*Schüsse an der Berliner Mauer 1972*”, BGHSt 40, 241.

Esta sentencia es objeto de análisis por Alexy en *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (cit. en nota 18).

vistos como concretos “criterios de comprobación” o “puntos de apoyo”¹³⁴ para la operación de dicha fórmula¹³⁵. Esos derechos expresan los intereses y necesidades fundamentales de la persona¹³⁶, y se convierten de tal modo en la clave para una concretización racional del “umbral” hacia la injusticia extrema.

Recientemente, y apelando a su tesis de la *Doppelnatur* del derecho, Alexy dirá que aquí se trata de la relación de tensión (*Spannungsverhältnis*) entre los principios de la seguridad jurídica y de la corrección material, que expresan respectivamente las dimensiones fáctica e ideal del derecho. La seguridad jurídica se vincula con la positividad del derecho, con la necesidad de que se sancionen normas lo más determinadas posibles y que ellas sean lo más eficaces posible; la corrección material, por su parte, se vincula a la justicia, a la corrección moral.

Esa relación de tensión se ha de resolver a través de una ponderación, conforme a la cual -en los términos de la fórmula de Radbruch- si la injusticia se ubica “por debajo de la injusticia extrema” (*Unrecht unterhalb der Schwelle des extremen Unrechts*), la seguridad jurídica precede a la justicia y la norma es válida; en cambio, si la injusticia es “extrema”, la respuesta es la inversa, y la norma carece de validez. En ambos casos, se trata de precedencias condicionadas (“*bedingte Vorrang*”) que conducen a la validez (*Geltung*) o pérdida de validez (*Geltungsverlust*) -respectivamente- de la norma injusta, cada una de las cuales se expresa en una “ley de colisión”¹³⁷.

¹³⁴ “*Schüsse an der Berliner Mauer 1972*”, BGHSt 40, 241, en p. 244.

¹³⁵ Lo cual no significa, sin embargo, que cualquier violación a los derechos humanos represente necesariamente un caso de “injusticia extrema” y, con ello, ocasione la pérdida de validez jurídica del respectivo derecho positivo. Esto será siempre una cuestión abierta.

¹³⁶ Sobre la “fundamentalidad” (“*Fundamentalität*”) como propiedad de los derechos humanos vide ROBERT ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit. en nota 42, p. 251.

¹³⁷ Vide ROBERT ALEXY, *Rechtssicherheit und Richtigkeit*, en ALEŠ GERLOCH/JAN TRYZNA/JAN

En este punto, y partiendo de que “lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que ha sido establecido autoritativa o institucionalmente” (a través de leyes y precedentes)¹³⁸, Alexy reafirma una idea contenida en la *Theorie der juristischen Argumentation*¹³⁹, y habla de una precedencia *prima-facie* (es decir, no absoluta) de lo autoritativo o institucional, que vale tanto para las leyes como para los precedentes¹⁴⁰, que en la práctica se traduce en la siguiente regla de carga de la argumentación: “los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico, prevalecen sobre los demás argumentos, a menos que puedan aducirse fundamentos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos”¹⁴¹.

Esta *Argumentationslastregel*, vinculada con la fórmula de Radbruch, conduce a la idea de “una precedencia prima facie de lo autoritativo o institucional, y con ello del principio de seguridad jurídica, por sobre el principio de corrección material o de justicia”¹⁴².

Antes de cerrar el análisis de esta versión del anti-positivismo, cabe interrogarse acerca de si Alexy en realidad hace justicia con Tomás de Aquino cuando lo ubica en el campo del antipositivismo super-incluyente.

Existen buenas razones para entender que, a diferencia de Finnis, el Aquinate no puede ser considerado un super-incluyente, sino antes bien un

WINTR (eds.), *Metodologie, interpretace práva a právní jistota*, cit. en nota 36, p. 386.

¹³⁸ Ibidem, p. 389.

¹³⁹ p. 101 (versión española, 2ª ed., p. 239, con una versión algo modificada).

¹⁴⁰ ROBERT ALEXY, *Rechtssicherheit und Richtigkeit*, cit. en nota 36, p. 393.

¹⁴¹ “*Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen*” (ibidem).

¹⁴² Ibidem.

auténtico antipositivista incluyente.

Es cierto que según Tomás las leyes injustas, a pesar de su caracterización como “*legis corruptio*”¹⁴³ o “*perversitas legis*”¹⁴⁴, pueden ser derecho válido. Ellas son *leges secundum quid*¹⁴⁵, a diferencia de las *leges simpliciter*¹⁴⁶. Aquí se trata de una conexión calificante. Alexy olvida que en la iusfilosofía tomista también existe un “umbral” hacia el derecho inválido: el de las *leges iniustissima* “*per contrarietatem ad bonum divinum, sicut leges tyrannorum inducentes ad idololatriam, vel ad quodcumque aliud quod sit contra legem divinam*”. Ellas son leyes extremadamente injustas, que no configuran un derecho válido. “*tales leges nullo modo licet observare*”¹⁴⁷. *Lex iniustissima non est lex*¹⁴⁸

De este modo puede decirse que, a pesar de sus raíces filosóficas bien diferentes, Santo Tomás podría encontrar aquí en Alexy a un seguidor más fiel que el propio Finnis, cuyas ideas en ocasiones tienen incomprensibles resabios positivistas.

4. La argumentación jurídica como argumentación moral

La tesis de la vinculación necesaria entre moral y derecho implica que las discusiones jurídicas tienen que ver siempre con aquella, algo que se entiende porque su objeto coincide con uno de los objetos posibles de la

¹⁴³ SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

¹⁴⁴ SANCTI THOMAE DE AQUINO, *ibidem*, I-II, q. 92 a. 1 ad. 4.

„Magis sunt violentiae quam leges“, *ibidem*, I-II, q. 96, a. 4.

¹⁴⁵ “*According to something, i.e. in some respect(s), relatively speaking, in a qualified sense*” (JOHN FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, zit., S. 44).

¹⁴⁶ “*Central case*” y “*focal meaning*” (*ibidem*) .

¹⁴⁷ SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

¹⁴⁸ Zur *lex iniustissima non est lex* Formel und Radbruch’schen Formel der Unträglichkeit siehe WALTER OTT, *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1992, p. 194.

discusión moral (¿qué es lo debido respecto de otro?), sin perjuicio de que - como sabemos- la discusión jurídica esté sometida a ciertas exigencias¹⁴⁹ vinculadas a que ella se da en el marco institucional de un sistema jurídico determinado (a cuyas normas, precedentes, enunciados dogmáticos, está sujeta).

Reconocida la posibilidad del discurso moral racional¹⁵⁰, los juristas pueden y deben -entonces- argumentar sobre los problemas morales¹⁵¹ -para lo cual han de seguir el procedimiento del discurso práctico general- dependiendo en ocasiones el discurso jurídico de tal discurso moral (lo cual explica que en definitiva, “*legal theory rests on moral theory*”¹⁵²).

Esto plantea la pregunta básica acerca de la fundamentación racional de esa moral, pues en definitiva “la referencia a la moral sólo es racional si realmente existe algo así como una corrección, verdad u objetividad moral”¹⁵³. De ese modo, el derecho “se ve sobrecargado con los problemas epistemológicos del conocimiento moral y de su justificación. Esta no es una carga menor”¹⁵⁴, dado que -como sentenciaba Schopenhauer- “predicar la moral es fácil. Difícil es justificarla”¹⁵⁵.

Dado que el antipositivismo “presupone al menos una ética

¹⁴⁹ Que son las que determinan que el discurso jurídico sea un “*Sonderfall*”.

¹⁵⁰ “*Rational moral discourse is possible*” (ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 101).

¹⁵¹ Por lo cual respecto de la moral en el derecho no resulta aplicable la conocida -y acertada- advertencia de Wittgenstein según la cual “acerca de lo que no se puede hablar, hay que guardar silencio” (LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 7; versión inglesa por D. F. Pears y B. F. McGuinness, Routledge, New York/London, 1974, p. 89).

¹⁵² ROBERT ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, cit. en nota 33, p. 101.

¹⁵³ Ibidem, p. 101

¹⁵⁴ ROBERT ALEXY, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris* 17 (2004), pp. 156-167, en p. 166.

¹⁵⁵ Arthur Schopenhauer, “Preischrift über die Grundlage der Moral”, en el mismo, *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, Brockhaus, Leipzig, 1840, p. 102, citando “Über den Willen in der Natur”.

rudimentaria”¹⁵⁶, es evidente que la superación de tales dificultades es decisiva para una teoría jurídica de esa naturaleza. Además ha de considerarse que si bien puede distinguirse entre una versión fuerte y otra débil de la tesis de la vinculación necesaria entre la moral y el derecho¹⁵⁷, sólo la primera es compatible con la pretensión de corrección. Esto significa que dicha vinculación no puede existir con „alguna“ moral, sino únicamente con una moral correcta, es decir, justificable o fundamentable¹⁵⁸. Y un sistema moral sólo puede ser considerada como justificada cuando descansa sobre un discurso racional, en el cual se han discutido libremente argumentos y contraargumentos.

Ahora bien: dado que en la discusión moral se trata esencialmente de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo humano y lo inhumano, se plantea el problema de los criterios de lo bueno, justo y humano, lo cual -entre otras cosas- tiene mucho que ver con las cosmovisiones (Weltanschauungen) personales y los prejuicios morales de los participantes.

En ese sentido corresponde tener en cuenta que toda persona posee convicciones morales, que en cuanto precomprensiones (Vorverständnisse) juegan un rol esencial en la discusión, y que también cada sociedad exhibe una concreta moralidad (Sittlichkeit)¹⁵⁹, que con frecuencia es considerada como criterio de lo correcto y que influye sobre aquellas convicciones individuales.

De este modo se hace evidente la necesidad de someter a comprobación la fundamentación racional de tales convicciones, algo de lo cual tomó nota Alexy en su *Theorie der juristischen Argumentation*, donde incorpora a su “código general de la razón práctica”¹⁶⁰ dos reglas discursivas (5.2.1 und

¹⁵⁶ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 93.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 127.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 132.

¹⁵⁹ Siehe dazu GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, p. 88.

¹⁶⁰ “*Allgemeines Gesetzbuch der praktischen Vernunft*” (ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*,

5.2.2¹⁶¹) que conducen al “análisis de la conformación de las convicciones morales”¹⁶².

Al respecto se plantea el interrogante de si no sería necesario reelaborar ambas reglas, o -mejor aun- agregar una nueva, para hacer posible una comprobación más fuerte -y a la vez más simple- de la “corrección de la interpretación de las necesidades” y, con ello, de la corrección de las correlativas reglas morales¹⁶³, más allá de la génesis o desarrollo del sistema de reglas morales, puesto que en definitiva la cultura y la historia de las respectivas sociedades no debería jugar ningún rol importante en la definición de la moral. La nueva regla debería expresar criterios concretos de la racionalidad exigida, de la mano de la definición explícita de las exigencias que una moral debería satisfacer para ser correcta o auténtica¹⁶⁴.

Tales exigencias han de ser definidas discursivamente. Mas entonces se presentan como problemáticas la determinación y la justificación de las premisas de tal discusión, que presuponen un debate sobre la naturaleza humana¹⁶⁵.

5. La discusión sobre la naturaleza y fundamento de los derechos humanos

cit. en nota 51, p. 500;), “*general code of practical reason*” (ROBERT ALEXY, “*A Theory of Constitutional Rights*”, versión inglesa por Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 370).

¹⁶¹ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 253-254.

¹⁶² ROBERT ALEXY, „Rechtssicherheit und Richtigkeit“, cit., p. 380.

¹⁶³ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 173

¹⁶⁴ ROBERT ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 134.

¹⁶⁵ En contra del recurso de la filosofía moral a la antropología se pronunciaba claramente Kant (vide IMMANUEL KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2. ed., Johann Friedrich Hartfnoch, Riga, 1786, p. 389).

Esta discusión sobre la racionalidad de la argumentación moral tiene una importancia decisiva para la teoría y práctica de los derechos humanos, en los cuales se hacen concretos los conceptos de “derecho”, “justicia” y “corrección”.

Es que, como entiende Alexy, los derechos humanos en cuanto tales no son sino derechos morales. La *moralidad* es, entonces, una característica esencial de los mismos¹⁶⁶. Esto significa:

a) que “los derechos humanos son derechos que *valen con independencia* de si una asamblea constitucional cualquiera los ha sancionado como derechos fundamentales (*Grundrechte*), o de si algunos Estados los han consagrado en un tratado. Ellos ya valen por la sola razón de que es correcto que valgan”¹⁶⁷;

b) que sus positivizaciones en catálogos de *derechos fundamentales*¹⁶⁸ “representan intentos de dar una expresión institucional asegurada a través del derecho positivo a lo que *ya vale por su sola corrección*” (*allein wegen seiner Richtigkeit gilt*)¹⁶⁹. En consecuencia, el derecho positivo no es su fundamento (de lo contrario, serían simples “edictos de tolerancia revocables”, *revozierbare*

¹⁶⁶ ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” (cit. en nota 5), p. 16; versión española, p. 82.

¹⁶⁷ ROBERT ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit. en nota 42, p. 249 (cursiva E.S.). Los derechos humanos son derechos que “valen con independencia de todo derecho positivo” (ROBERT ALEXY, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996* [cit. en nota 18], p. 29).

¹⁶⁸ “Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados” (*Grundrechte sind positivierte Menschenrechte*) (ROBERT ALEXY, *Grund- und Menschenrechte* [cit. en nota 18], p. 63). A través de la recepción de los derechos humanos en la Constitución ellos se convierten en derechos fundamentales” (ROBERT ALEXY, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, cit. en nota 42, p. 259). Dicha positivización no significa, sin embargo, la pérdida de su validez moral. El carácter moral de los derechos humanos no se opone, entonces, a su institucionalización como derechos positivizados” (ibidem, pp. 240, 250). De ello se sigue que no puedan ser derogados (“*inderogability*”).

¹⁶⁹ Ibidem (cursiva E.S.).

*Toleranzedikte*¹⁷⁰) y, por ello, no puede derogarlos o suprimirlos¹⁷¹. Y si sus normas (leyes, sentencias, etc.) pretendiesen hacerlo, la sanción sería su invalidez en el sentido de la fórmula de Radbruch/Alexy/Mauerschützen;

c) que sólo los derechos moralmente fundamentados son auténticos derechos humanos. De ese modo puede pensarse en „derechos“ positivizados como „derechos fundamentales“ (en una Constitución, un tratado internacional o una sentencia judicial), que a pesar de tal positivación no son derechos humanos, por carecer de fundamentos morales (v.gr., el llamado “derecho a la muerte digna”¹⁷²); y

d) finalmente, la moralidad de los derechos humanos implica que el problema de su fundamentabilidad “no es otra cosa que un caso especial del problema general de la fundamentación de las normas morales”¹⁷³, respecto de lo cual Alexy ha de defender una metafísica “racional y universal”¹⁷⁴ que en definitiva remite a una naturaleza humana.

Así, en una combinación de los llamados modelos explicativo y existencia, construye esa justificación metafísica de los derechos humanos a partir de una reflexión sobre la praxis discursiva¹⁷⁵, sometida a reglas que presuponen la libertad (o autonomía) y la igualdad de los participantes en el

¹⁷⁰ Vide ROBERT SPAEMANN, *Über den Begriff der Menschenwürde*, en el mismo, .

¹⁷¹ Lo que Alexy llama “prioridad” (ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” [cit. en nota 5], p. 16; versión española, p. 82).

¹⁷² Siehe dazu House of Lords, “Regina (Purdy) v Director of Public Prosecutions (Society for the Protection of Unborn Children intervening)”, [2009] UKHL 45.

¹⁷³ ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” [cit. en nota 5], p. 17; versión española, p. 82.

¹⁷⁴ “Los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal” (*“Menschenrechte sind ohne eine rationale und universelle Metaphysik nicht möglich”*) (ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” [cit. en nota 5], p. 17; versión española, p. 82.).

¹⁷⁵ “Lo que se entiende como la práctica del afirmar, del interrogar y del aducir argumentos” (ibidem, p. 20; versión española, p. 87).

Esto ya se encuentra, por ejemplo, en *Diskurstheorie und Menschenrechte* (en Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1995, pp. 127-164).

discurso. Al tomar parte seriamente en una discusión¹⁷⁶, cada uno de esos participantes está reconociendo implícitamente al otro como igual y “autónomo”¹⁷⁷, lo cual importa reconocerlo “como persona”¹⁷⁸; quien reconoce al otro como persona, “le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad reconoce sus derechos humanos”¹⁷⁹.

La fuerza de esta fundamentación -que tiene poco que ver con las fundamentaciones metafísicas del iusnaturalismo clásico- reside en que el hombre en cuanto “criatura discursiva” (*discursive creature*¹⁸⁰) no puede renunciar a la decisión existencial reconocerse como tal y, con ello, no puede evitar la participación en esa praxis argumentativa, “que puede ser considerada como la forma de vida humana más elemental”¹⁸¹. Y así se llega a una “fundamentación metafísica de los derechos humanos” cuya fuente se encuentra “no sólo en la estructura del mundo, ni tampoco únicamente en la razón del individuo sino (...) en la estructura de la comunicación”¹⁸². De tal modo, los derechos humanos no son definidos políticamente, sino en clave metafísica (*Metaphysical not political*).

Las dificultades de esta propuesta metafísica residen no tanto en que

¹⁷⁶ Participante serio es quien a través de un discurso racional quiere solucionar los conflictos. Debe destacarse que “*to be serious or not*” no sólo es “*a - perhaps the - paradigmatic existential decision*”, sino que también es una exigencia de la naturaleza racional de la persona humana, lo cual por cierto -agrego aquí, a partir de observaciones de Alexy a mi trabajo “*Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff*”, cit. en nota 64- no quita que en esa decisión existencial la persona no pueda optar por “vivir contra nuestra naturaleza racional” (carta del 12.V.2009, cit.).

¹⁷⁷ ROBERT ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, cit. en nota 161, pp. 148 y ss..

¹⁷⁸ También ROBERT ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte* (cit. en nota 161), p. 147.

¹⁷⁹ ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” [cit. en nota 5], p. 20; versión española, p. 88.

¹⁸⁰ Expresión tomada de ROBERT B. BRANDOM, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2000, p. 26.

¹⁸¹ ROBERT ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte* (cit. en nota 161), pp. 139 y sgte..

¹⁸² ROBERT ALEXY, “Menschenrechte ohne Metaphysik?” (cit. en nota 5), p. 24; versión española, pp. 93/94.

(como el mismo Alexy lo reconoce) la derivación directa de los derechos humanos a partir de las reglas del discurso es imposible, pues ellas sólo son reglas del habla¹⁸³, o en la circularidad que supone pretender justificar la libertad o la igualdad -y, en definitiva, la dignidad humana- en una práctica (la del discurso) de la cual aquéllas son sus presupuestos y sus criterios definitorios (al punto de representar un auténtico *a priori discursivo*).

Pero sobre todo es dudoso si sobre la base de un *hecho* -como lo es el de la participación en el discurso¹⁸⁴- pueden realmente justificarse los derechos humanos. Si ese es el caso, o bien nos encontramos ante un caso de “falacia naturalista” humeana, o bien frente a una fundamentación de los derechos humanos con un evidente parecido de familia (en el sentido de Wittgenstein) respecto de los métodos de las teorías iusnaturalistas del tipo de Tomás de Aquino o Finnis.

Más allá de ello, lo decisivo es que pueden formularse numerosas objeciones contra una fundamentación metafísica de ese tipo. Nuestra duda principal se vincula con el concepto de “dignidad humana”, como así también con la tesis metafísica/antropológica del hombre como “criatura discursiva”.

El concepto de dignidad humana ha sido discutido largamente¹⁸⁵. A la dignidad humana se la vincula normalmente con las ideas de autodeterminación en la elección del bien personal¹⁸⁶, con el libre desarrollo de la personalidad y con el principio kantiano del fin-en-si-mismo. Las teorías antipositivistas hablan de ella como un principio que no describe “primariamente un derecho humano específico”, sino que más bien contiene “una fundamentación para los derechos

¹⁸³ ROBERT ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte* (cit. en nota 161), p. 147.

¹⁸⁴ Que por cierto presupone una decisión existencial.

¹⁸⁵ Dignity is an “*interpretive concept*” (RONALD DWORKIN, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2013, p. 109).

¹⁸⁶ Vide ROBERT ALEXY, „Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat“, cit., p. 36.

humanos”¹⁸⁷. El concepto de dignidad expresaría sobre todo la titularidad de una esencia o ser, de un “valor intrínseco, independiente”¹⁸⁸, “algo sagrado” o “santo”¹⁸⁹, que el hombre en cuanto “proyecto”¹⁹⁰ o promesa”¹⁹¹ cuyo comienzo “todavía es”¹⁹², debe respetar. En palabras de Dworkin, “*each person has a special responsibility for realizing the success of his own life*”¹⁹³.

Es dudoso si lo esencial de la dignidad humana -mejor dicho, de la *humana natura*- puede ser captado a través de la idea de Bransom de la criatura discursiva. En el centro de una crítica posible se encuentra la idea de que el hombre no puede ser identificado con/reducido a las habilidades discursivas del uso del lenguaje. Es cierto que “por naturaleza” no sólo es un ser racional y político, sino también “hablante”¹⁹⁴. Pero lo propiamente humano reside en la búsqueda de los bienes espirituales y materiales con los cuales pueden ser realizados o satisfechos sus intereses y necesidades¹⁹⁵. El hombre

¹⁸⁷ ROBERT SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Essays zur Anthropologie*, cit., p. 80.

¹⁸⁸ “*The radical capacity (...) which each human being has by virtue of his or her individual rational soul makes each of us superior in the straightforward sense that we thereby have and instantiate every level of being (...) and more: the capacity to understand all these other realities, to reason about them and about reasoning itself, to replicate and transform other beings on all those levels of reality, and with self-mastery’s freedom to choose how to live*” (JOHN FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 179).

¹⁸⁹ ROBERT SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Essays zur Anthropologie*, cit., pp. 86/88.

¹⁹⁰ MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 11. ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1967, p. 199.

¹⁹¹ ROBERT SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Essays zur Anthropologie*, cit., pp. 86/88

¹⁹² En el sentido del discurso del Rectorado del mismo Heidegger.

¹⁹³ RONALD DWORKIN, *Religion without God*, cit., p. 10.

¹⁹⁴ ARISTOTELES, *Politik*, 1253a, 7-10.

Siehe dazu ROBERT SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Essays zur Anthropologie*, zit., S. 121

¹⁹⁵ Vide al respecto ROBERT ALEXY, „Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat“, cit., p. 251; también John Finnis: “*The theory or philosophy of law, then, is best done by tracing the human needs to which law - legal systems and the rule of law - is a uniquely appropriate kind of response. These needs constitute the basic reasons for action which are available to make law a set of reasons for action*” (JOHN FINNIS, “*Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal*

no busca participar en un discurso como fin en sí mismo. Antes bien él busca su *finis ultimus*, su autorrealización, la eudaimonia, felicitas, o como se la quiera llamar. El discurso -entonces- sólo es el medio a través del cual pueden alcanzarse tales bienes, cuando existen conflictos.

Una estrecha vinculación existe entre el concepto de bien o bonum y la pregunta antropológica acerca de la naturaleza del hombre -¿qué es el hombre?-, hacia la cual están referidas las demás preguntas de la metafísica -¿qué puedo conocer?-, de la moral -¿qué debo hacer?- y de la religión -¿qué puedo esperar?-¹⁹⁶. La definición del bien “propiamente humano” depende de las respectivas “imágenes del hombre”. Naturalmente que existen muchas imágenes del hombre, al igual que existen también muchas formas de vida¹⁹⁷. Pero no todas son correctas, es decir, justificadas, como así tampoco no todo lo que el hombre elige y busca como un bien, es en realidad un bien, sino sólo aquéllos que son conformes a su naturaleza racional¹⁹⁸.

La teoría moral de Alexy no es capaz de justificar una crítica fuerte de las distintas concepciones del hombre y de los diferentes sistemas morales, ya que su metafísica es demasiado limitada: más allá de la libertad y la igualdad referidas al discurso, no se encuentra ninguna concreción sustancial de las exigencias del principio de autonomía y de la dignidad humana, lo cual es peligroso para la existencia de los derechos humanos, pues de ese modo -para utilizar una vez más palabras de Heidegger en su discurso del Rectorado- ellos podrían “ser vaciados e instrumentalizados”.

Dimension”, pro manuscripto).

¹⁹⁶ IMMANUEL KANT, *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen*, Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1800, p. 26.

¹⁹⁷ Vide al respecto ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 74-76.

¹⁹⁸ “*Quia bonum cuiuslibet rei est in hoc quod sua operatio sit conveniens suae formae. Propria autem forma hominis est secundum quam est animal rationale. Unde oportet quod operatio hominis sit bona ex hoc, quod est secundum rationem rectam*” (SANCTI THOMAE DE AQUINO, *In Ethic*, liber 2, lectio 2, nro. 3).

Mas aún: sobre la sola base de su metafísica es realmente difícil justificar aquellos otros derechos humanos morales fundamentales “para la existencia o la autonomía del hombre”¹⁹⁹. Se necesita de escritos anteriores de Alexy para reducir ese déficit, como cuando justifica el “derecho a la participación en el proceso de formación de la voluntad estatal” (con sus especificaciones de las libertades de opinión, reunión, asociación y prensa, y el derecho a elecciones generales, inmediatas, libres, iguales y secretas) sobre la base de la naturaleza social del hombre („*zoon politikon*”²⁰⁰)²⁰¹.

Quizás también sería necesario reelaborar y profundizar tales conceptos a fin de lograr una teoría material de los derechos humanos más fuerte. De ese modo también podrían resolverse otros problemas, como el de la determinación de los pesos abstractos de los principios en colisión (pues sin tales criterios de valoración es imposible operar racionalmente con la “fórmula del peso”²⁰²).

Tal reelaboración también debería alcanzar el plano metafísico. Al respecto el propio Alexy en sus “*Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years*” ha formulado algunas observaciones acerca de la posibilidad de una prometedora “metafísica racional o analítica”²⁰³, que ha merecido una respuesta afirmativa del mismo. Y por cierto que las dificultades ya expuestas tornan indispensable un estudio en esa dirección.

¹⁹⁹ Acerca de la “fundamentalidad” como propiedad de los derechos humanos vide ROBERT ALEXY, “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, cit., p. 251.

²⁰⁰ ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, I V, 1097b

²⁰¹ ROBERT ALEXY, „Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, cit., p. 262.

Acerca de la garantía necesaria de la “moral personal” contra las decisiones del legislador vide ROBERT ALEXY, „Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, cit., p. 36.

²⁰² “*The rationality of balancing depends upon the possibility of making rational judgements about abstract weight*”, AHARON BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, p. 168.

²⁰³ ROBERT ALEXY, “Reflections on How my Thinking about Law Has Changed over the Years”, cit., p. 17.

6. Conclusio: Quid ius? y moralidad objetiva del Derecho

La riqueza de la producción alexyana no impide establecer algunas conclusiones acerca de cuál es su concepto del derecho y su “tesis de los derechos”.

Apelando a un lenguaje clásico, desprendido quizás de la propia terminología de nuestro autor, cabría sostener que para Alexy el derecho en realidad no es otra cosa que la búsqueda racional de los “suyos”²⁰⁴ de cada persona, de lo justo en los casos concretos²⁰⁵, a través de una argumentación práctica desarrollada en el marco de un procedimiento discursivo reglado e institucionalizado, a partir de normas suprapositivas (principios) y positivas que encuentran su fundamento inmediato o mediato (y su condición de validez, en el caso de estas últimas) en la moralidad misma.

Se trata de una visión del derecho y de la justicia que, en un clima signado por los desafíos del multiculturalismo y, sobre todo, del relativismo moral (que reivindica para sí las banderas de la democracia y la tolerancia), defiende con fuerza la idea de objetividad como “característica esencial del derecho” (“*objectivity is a essential feature of law*”)²⁰⁶, lo que importa sostener al mismo tiempo la tesis de la objetividad de los juicios morales.

Esa objetividad se hace patente de modo paradigmático en su fórmula de que “la injusticia extrema no es derecho” (que presupone que los juicios acerca de la justicia e injusticia son racionalmente justificables, contra las objeciones

²⁰⁴ En el sentido de la fórmula romana “*suum cuique tribuere*” (Digesto., I, 1, 10, 1, citando a Ulpiano).

²⁰⁵ Justicia no es sino “corrección en relación con la distribución y la compensación” (Robert Alexy, *Recht und Richtigkeit*, cit. en nota 16, p. 87; versión española, p. 41; el mismo, *Justicia como corrección*, cit., p. 51),

²⁰⁶ ROBERT ALEXY, “An Answer to Joseph Raz”, cit. en nota 16, p. 49.

escépticas²⁰⁷) y también en su tesis de los derechos humanos, donde llega a postular la existencia de “un núcleo de derechos humanos fundamentales que tienen validez eterna. Por ‘validez eterna’ quiero decir validez para todos los seres humanos con independencia del tiempo y del espacio”²⁰⁸.

Se nos ofrece así una teoría jurídica que, sin descuidar las exigencias realistas de la seguridad y la certeza, destaca su dimensión ideal rechazando que “cualquier contenido” pueda ser derecho, pues éste se encuentra “moralmente delimitado”²⁰⁹ a partir de ese núcleo inviolable de principios, que conforman una auténtica “moral inmanente”²¹⁰ y que deben ser mínimamente asegurados por el derecho positivo, si es que éste ha de ser legítimo y correcto²¹¹.

El reconocimiento de la vigencia de tales principios²¹², de su efecto de irradiación a todo el sistema²¹³, y la afirmación de su operabilidad racional, se traducen en una *moralización consciente del derecho*, que -en lo que interesa

²⁰⁷ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (cit. en nota 2), pp. 261 y ss.; ROBERT ALEXY, *Thirteen Replies* (cit. en nota 59), p. 355.

Así afirma Alexy contra Robbers (GERHARD ROBBERS, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1980, p. 132), que “los juicios sobre la injusticia extrema son juicios verdaderos. Ellos son susceptibles de una justificación racional y en tal medida tienen un carácter cognitivo y objetivo” (ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* [cit. en nota 16], p. 23; versión española, p. 183).

²⁰⁸ ROBERT ALEXY, *Law, Discourse and Time*, (cit. en nota 16), pp. 101, 104).

²⁰⁹ ROBERT ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, (cit. en nota 16), p. 4; versión española, p. 169.

²¹⁰ “A todo sistema jurídico y a toda Constitución subyace una moral inmanente” (ROBERT ALEXY, *Die immanente Moral des Grundgesetzes* [cit. en nota 10], p. 100).

²¹¹ ROBERT ALEXY, *Grund- und Menschenrechte*, (cit. en nota 10), p. 66.

²¹² Cuyos contenidos concretos sólo pueden ser determinados discursivamente, es decir, sin irracionalismo ni dogmatismo (ROBERT ALEXY, *Thirteen Replies* [cit. en nota 59], p. 356).

²¹³ Plenamente en el sentido de “Lüth” (BVerfGE 7, 198 [1957]), si bien corresponde destacar que ese *Austrahlungswirkung* no es exclusivo de los *Grundrechte* (derechos fundamentales) allí mencionados (es decir, los reconocidos en la Ley Fundamental), pues también los otros principios a que se aludiera *ut supra* ejercen dicho efecto (como se verificara en el caso “Riggs v. Palmer” mencionado por Dworkin en su temprano “The Model of Rules”, cit. en nota 61).

tanto al jurista práctico como al ciudadano común- sirve de garantía de que el derecho (y su estructura institucional) nunca podrán quedar reducidos al status de una mera técnica instrumental al servicio de cualquier interés²¹⁴, con olvido de que es precisamente el hombre la razón de ser del derecho²¹⁵.

²¹⁴ En “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, Alexy advertía sobre los riesgos de una racionalidad instrumental en sentido weberiano, desentendida de la racionalidad en la elección de los fines (pues postula que tal elección depende de preferencias subjetivas que no pueden ser fundamentadas racionalmente) (ROBERT ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit. en nota 47, p. 134).

²¹⁵ Téngase presente la clásica enseñanza de Hermogeniano: “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*”, Hermogenianus 1 iuris epit., D. I, 5, 2.