

Conceptos fundamentales de la obra de Robert Alexy

Autor: Vigo (h.), Rodolfo L.

Publicado en: Sup. Act. 30/10/2008, 2

A tenor de las citas, artículos o libros que se han ocupado de la teoría discursiva dialógica racional de Robert Alexy, éste es sin duda uno de los más importantes iusfilosofos europeos actuales. Es que en buena medida, los temas que hoy interesan a la teoría jurídica son aquellos que han motivado el análisis del profesor de Kiel, de esa manera, leyéndolo uno queda en condiciones de comprender buena parte de los debates que circulan en el terreno de la iusfilosofía actual. Más aun, la teoría alexyana hoy expresa paradigmáticamente la agenda

y orientación por la que se mueve la filosofía del derecho en consonancia con las características que exhibe el derecho vigente en Europa.

Repasemos rápida y su-cintamente esos aportes medulares y particulares del profesor alemán que durante la semana del 7 al 11 de octubre ha visitado nuestro país para recibir los Doctorados Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Tucumán, además de participar de las Jornadas Nacionales de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

1. Conceptos del derecho (positivismo o no-positivismo):

Sin ambages y de manera rigurosa, Robert Alexy a los fines de explicitar su filosofía del derecho se ha ocupado puntualmente de proponer un concepto del derecho, con la advertencia que el problema central al respecto es la relación entre moral y derecho, y que las respuestas que se han brindado al mismo siguen siendo -después de dos mil años- básicamente dos: la positivista y la no positivista. La opción alexyana es inequívoca por una teoría no positivista que postula la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Por supuesto que ese concepto de derecho no deja de lado la dimensión institucional de legalidad conforme al ordenamiento (expresada por Kelsen o Hart) ni tampoco la exigencia de la eficacia social (por ejemplo de Ross), pero le suma la corrección moral, racional, discursiva o ideal. Estas conexiones entre derecho y moral pueden ser clasificantes o definitorias (la ausencia del elemento moral resulta incompatible con la existencia del derecho) o conexiones cualificantes (la ausencia de ese elemento moral sólo provoca que las normas o los sistemas jurídicos resulten defectuosos o deficitarios, aunque sin perder el carácter jurídico). En definitiva, el concepto de derecho no positivista de Alexy privilegiará: la perspectiva del participante incluirá la noción de validez (sistémica, social y ética), comprenderá el derecho como un sistema de procedimientos y admitirá conexiones tanto clasificantes como cualificantes entre derecho y moral.

2. Un concepto del derecho no positivista

La referida conexión implica que los órdenes sociales "absurdos" (sinnlose Ordnungen) (en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes, sino contradictorios, cambiantes e incumplibles) ni los órdenes "depredatorios" (prädatorische order räuberische Ordnungen) (las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, ellas no fundan ningún derecho de los dominados) son derecho y recién se lo puede reconocer cuando aquel orden depredatorio se convierte en un orden de "dominación" (Herrscherordnung), o sea, cuando los actos de explotación de los dominados se llevan a cabo a través de una praxis reglada que se afirma como correcta ante cualquiera porque sirve a un fin superior. La conclusión no positivista alexyana es que "una práctica social que no pretenda nada fuera de la fuerza o el poder no sería un sistema jurídico", o también con resonancias radbruchianas: "el derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos". Queda muy claro que no cualquier contenido es compatible con el derecho, incluso Alexy recupera la fórmula adoptada por el Tribunal de Nuremberg que había propuesto Radbruch: "la injusticia extrema no es derecho", y a través de ella le permite sostener que cuando se condena penalmente a los "guardianes del muro de Berlín" no hay un problema de retroactividad de la ley penal, atento que ésta cuando autorizaba a matar a quien intentaba cruzar aquel Muro tenía un contenido tan extremadamente injusto que no había podido nacer al derecho, aun cuando esa ley tenía cubiertos otros requisitos igualmente necesarios para su aparición en el derecho.

3. El efecto riesgo por ausencia de control ético:

Ese concepto no positivista del derecho que establece límites morales para que surja el derecho resulta absolutamente funcional con estos tiempos de justicia supranacional y de

reconocimiento de crímenes imprescriptibles. El derecho ya no queda librado al contenido que establezca el poder soberano de una constituyente o de un Parlamento, y por ello, se le exige a quien va a hacer derecho o a cumplirlo, que someta su decisión jurígena a ese control de validez ética dado que lo contrario estará -advierte Alexy- asumiendo "un riesgo" en tanto se instalará en una situación de potencial reproche jurídico penal futuro. De esa manera el mensaje que se infiere de la teoría señalada para todos los que ejercen poderes estatales, es que observen el límite moral que indisponiblemente pesa sobre el derecho, sólo así no asumirán riesgo, quedando consecuentemente preservados de cualquier eventual cuestionamiento o responsabilidad jurídica con posterioridad. Ese modo de definir el derecho con límites éticos indisponibles no sólo es una posición teórica no positivista, sino que implica consecuencias jurídicas posibles futuras para aquellos que lo crean o lo cumplen sin concretar esa valoración moral.

4. La razón práctica discursiva alexyana

Las afirmaciones alexyanas en materia moral están posibilitadas por una confianza destacable que deposita en la razón práctica, en tanto propone una especie de lo que llama "código de la razón práctica" constituida por 28 reglas que orientan al discurso argumentativo procedimentalmente garantizando que se puedan responder racional y correctamente problemas o preguntas "prácticas" sobre lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, lo correcto o lo incorrecto. La clave de bóveda de ese diálogo racional, discursivo o argumentativo lo constituye "la pretensión de corrección" que acompaña toda aseveración humana. La teoría del discurso confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es centralmente una teoría procedimental de la corrección práctica. El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo, de manera que la teoría del discurso se diferencia de las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana que operan en un procedimiento de negociación y de toma de decisiones.

5. El derecho como institucionalización de la razón práctica discursiva:

El discurso sujeto a la totalidad de sus reglas es "ideal" y, por ende, se constituye en "idea regulativa" de los discursos reales de manera que cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. Los discursos reales pueden aproximarse en distintas medidas a los discursos ideales, sin embargo, el respeto a sus reglas conlleva que haya resultados que son "discursivamente imposibles" y otros "discursivamente necesarios", así queda entre ambos un amplio espacio para lo meramente posible discursivamente, donde se pueden obtener diferentes resultados de forma racional en el discurso. Esta limitación de la teoría del discurso torna racional establecer procedimientos jurídicamente regulados que garanticen conocer su resultado y adoptar una decisión.

Además de conocer la respuesta se torna necesario garantizar coercitivamente el respeto o acatamiento de la misma, y así el derecho viene también a suplir ese déficit del discurso. Una tercera razón a favor del derecho es que se requiere una organización como para no dejar librada la vida social a meras acciones individuales o espontáneas. "El carácter ideal de la teoría del discurso conduce -confía Alexy- a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional".

6. La teoría de la argumentación jurídica:

La importancia de ésta queda destacada cuando Alexy afirma que las reglas y principios de un

sistema jurídico constituyen su dimensión estática, y por ende, para conocer completamente al mismo se necesita identificar su dimensión dinámica constituida por la teoría o el modo en que los juristas operan aquellas normas y justifican sus respuestas jurídicas. Dicha justificación comprende la "interna o lógica" que regula las conexiones entre enunciados o premisas, pero las discusiones se centran básicamente en la "justificación externa" o sea en las razones que los juristas usan para fundarlas. La presencia de normas jurídicas no asegura la solución a todos los problemas dada la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos normativos, la ausencia de normas o la necesidad de resolver casos contra el tenor literal de las normas. El discurso jurídico implica exigencias propias tales como: la sujeción a la ley, la consideración de los precedentes, el encuadre en la ciencia jurídica y las limitaciones de las reglas procesales.

Asimismo, ratifica Alexy la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general en tanto se propone la unión en todos los niveles de los argumentos específicamente jurídicos con los argumentos prácticos generales. Frente al planteo dworkiniano de la "única respuesta correcta", para cada caso Alexy opta por sostener que los participantes en un discurso jurídico deben elevar la pretensión de que su respuesta es la única respuesta correcta, independientemente de que exista o no la misma.

7. Los principios jurídicos:

Las conexiones entre moral y derecho no son sólo clasificantes sino también cualificantes en el sentido que hay elementos morales del derecho que posibilitan un mejor o peor derecho, aunque sin perder tal carácter de derecho. Aquí aparece el riquísimo y actualísimo terreno de los principios que en la visión de Alexy no se distingue de los valores ("Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplados en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico") y por ende, ellos tienen contenido moral y su forma es jurídica. Pero mientras que las reglas son "mandatos definitivos" los principios son "mandatos de optimización" en tanto mandan lo mejor según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas en el caso. De esa manera el mejor derecho queda comprometido con esa tarea de recurrir apropiadamente a los principios que conllevan para el jurista procurar inferir de los mismos la respuesta más correcta de entre aquellas posibles fáctica y jurídicamente. La moral o la corrección del derecho circula por el derecho a través de los "principios" y para aplicar

éstos se requieren no silogismos sino ponderaciones.

8. Ponderación y principio de proporcionalidad:

Precisamente en el terreno de aplicar principios, Alexy ha proporcionado una compleja y rica teoría que no sólo ha generado adhesiones y desarrollos, sino que expresamente ha sido invocada por muchos tribunales constitucionales del mundo y, en particular, el alemán. En ese terreno recordemos el "principio de proporcionalidad" con sus tres sub-principios: idoneidad (la intervención debe procurar un fin constitucional), necesidad (la afectación al principio debe ser la menos gravosa de entre las disponibles) y proporcionalidad en sentido estricto (la afectación debe compensarse o equilibrarse con beneficios). Por otro lado, el profesor alemán ha trabajado específicamente el problema de la ponderación de los principios formulando la llamada ley de ponderación ("cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"), más la "formula de peso" que intenta matematizar el peso de los principios en tensión confiriendo un valor numérico al "peso abstracto" de los principios, su "peso concreto" en el caso y la seguridad de las premisas empíricas en juego.

9. El Estado constitucional democrático:

Como ya adelantábamos "el discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad". Así el sistema jurídico acorde al discurso y a su pretensión de corrección responde a exigencias formales y sustanciales que Alexy resume en estos términos: "La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia". Si bien existen ideas variadas sobre la democracia, según Alexy la teoría del discurso exige la democracia deliberativa, e incluso avanza en proyecciones concretas tales como "el asegurar un juego de argumentos en los medios electrónicos suficientemente libre, que no pueda ser deformado o sometido por el dinero o el poder, y hay que regular la financiación de los partidos políticos de

modo tal que el compromiso del proceso político con la responsabilidad de los ciudadanos sea asegurado y preservado". Frente a la alternativa que las decisiones parlamentarias violenten derechos fundamentales como las exigencias de la democracia deliberativa misma, existe la jurisdicción constitucional como medicina autocurativa de la democracia. Alexy excluye de la decisión legislativa al ámbito de la "moral personal" y reconoce como límite de la misma a la moral pública, o sea "aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello".

10. Los derechos fundamentales:

Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver los problemas prácticos debe aceptar los derechos fundamentales, cuyo núcleo lo constituyen el derecho de libertad y el de igualdad. Alexy ha trabajado con cuatro modelos teóricos: aristotélico, hobbesiano, nietzscheano y kantiano, y por supuesto su vinculación está con el último, pero a la hora de la fundamentación de los derechos humanos no duda en recurrir a una "metafísica racional y universal" que remite centralmente a la estructura de la comunicación habermasiana. Descarta el profesor de Kiel que hay derechos humanos absolutos y relativos: los primeros son derechos que tienen todos frente a todos (el derecho a la vida es un ejemplo) y los segundos son derechos que todos los miembros de toda comunidad jurídica tienen en su comunidad (por ejemplo de elegir). "Tanto los derechos humanos absolutos como los relativos son -sin ambages lo afirma Alexy- derechos suprapositivos o morales. Una Constitución sólo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados". Una Constitución incorpora el "derecho racional de la modernidad" o los "principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado" cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de derecho y el Estado social.

11. El constitucionalismo moderado:

Alexy ha distinguido entre los sistemas jurídicos modernos aquellos que adscriben al "constitucionalismo" y los propios del "legalismo". Esta última alternativa se caracteriza: 1) por rechazar a los valores o principios y sólo postular normas para en la formulación del derecho; 2) por recurrir a la subsunción en la aplicación del derecho, descartando la ponderación; 3) por reivindicar la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial; y 4) por sostener la independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución. Obviamente que la visión del constitucionalismo se apoya en las cuatro variantes que el legalismo rechaza. La propuesta alexyana es por un "constitucionalismo moderado" respaldada en los tres niveles del sistema jurídico (reglas-principios-procedimiento), en la convicción que dicha postura "es la que permite realizar en la mayor medida la razón práctica", confiando a la ponderación racional el espacio para la competencia de decisión del legislador legimitimado democráticamente y los principios materiales de la Constitución.

Conclusión:

El panorama descrito precedentemente ilustra la riqueza, amplitud, rigor y actualidad de la teoría discursiva alexyana por lo que fácilmente puede concluirse que se trata de una propuesta que justificadamente se ha constituido en un interlocutor privilegiado en los debates que en la actualidad se despliegan en el campo de la filosofía del derecho y la teoría jurídica en general... El profesor de Kiel con valentía académica y originalidad ha venido a renovar discusiones y perspectivas que tienen consonancia con el derecho más real y concreto de nuestro tiempo.

Conceptos fundamentales de la obra de Robert Alexy

Escrito por Rodolfo Vigo
