

ENSAYOS TEMÁTICOS

La teoría discursiva dialógica de Robert Alexy: notas principales

Rodolfo L. Vigo*

* Abogado, doctor en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL), licenciado en ciencias políticas por la Universidad Nacional de Rosario, ex camarista civil y comercial y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe desde 1988. También es miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, docente de la UNL, la Universidad Austral y la Pontificia Universidad Católica Argentina, campus Rosario. A la fecha ha publicado más de 16 libros relacionados con la ética, la interpretación, el derecho natural y la argumentación jurídica.

Resumen

Robert Alexy es uno de los filósofos del derecho con mayor influencia en los últimos años. Su teoría acerca del derecho ha guiado el actuar y las decisiones de diversos tribunales constitucionales en todo el mundo y ha establecido una pauta alternativa para mirar y entender el derecho; pero además los postulados que conforman la base de sus ideas ofrecen algunas eficaces respuestas a diversas interrogantes que aún se hallan en el centro de la discusión de la iusfilosofía actual.

Palabras clave: derecho, moral, filosofía jurídica, Alexy, principios, ponderación, positivismo.

Abstract

Robert Alexy is one of the most influential Law philosophers in the recent years. His theory about Law has guided the actions and decisions of many constitutional courts around the world and has established an alternative way to look at and understand Law; but also the principles that support his ideas provide some effective answers to various questions that are still in the focus of iusphilosophy discussion.

Key words: Law, moral, legal philosophy, Alexy, principles, weighing, positivism.

Sumario

I. Introducción; II. Conceptos del derecho (positivismo y no positivismo); III. Un concepto del derecho no positivista; IV. El efecto riesgo por ausencia de control ético; V. La razón práctica discursiva alexyana; VI. El derecho como institucionalización de la razón práctica discursiva; VII. La teoría de la argumentación jurídica; VIII. Los principios jurídicos; IX. Ponderación y principio de proporcionalidad; X. El Estado constitucional democrático; XI. Los derechos fundamentales; XII. El constitucionalismo moderado; XIII. Conclusiones.

I. Introducción

Al considerar las citas, artículos y libros que se han ocupado de la teoría discursiva dialógica racional de Robert Alexy, se puede afirmar que éste es sin duda uno de los más importantes iusfilósofos europeos actuales. Ello se debe a que, en buena medida, los temas que hoy interesan a la teoría jurídica son los que han motivado el análisis de este importante especialista. Así, al leerlo se puede comprender gran parte de los debates que se encuentran en el terreno de la iusfilosofía contemporánea. Además, la teoría alexyana actualmente expresa de forma paradigmática la agenda y orientación por la que se mueve la filosofía del derecho en consonancia con las características que muestra el derecho que está vigente en Europa. En el presente artículo se repasarán rápida y sucintamente los aportes medulares y particulares de tan destacado pensador.¹

II. Conceptos del derecho (positivismo y no positivismo)

Con el fin de explicitar su filosofía del derecho, sin ambages y de manera rigurosa, Robert Alexy se ha ocupado puntualmente de proponer un concepto del derecho, con la advertencia de que el problema central al respecto es la relación entre moral y derecho, y que las respuestas que se le han brindado siguen siendo –después de dos mil años– básicamente dos: la positivista y la no positivista.

La opción alexyana es inequívocamente por una teoría no positivista que establece 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 Hans Kelsen o Herbert Hart– ni la

¹ Para una lectura ampliada puede consultarse mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo Perrot, 2006, pp. 294-359.

exigencia de la eficacia social –(por ejemplo de Alf 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 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.

III. 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– y los órdenes depredatorios (*prädatorische order räuberische Ordnungen*) –las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, éstas no fundan ningún derecho de los dominados– son derecho y recién se le puede reconocer cuando el orden depredatorio se convierte en un orden de dominación (*Herrscherordnung*); es decir, 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, que “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 Núremberg que había propuesto Gustav Radbruch: “la injusticia extrema no es derecho”, y a través de ella sostiene que cuando se condena penalmente a los “guardines del muro de Berlín” no hay un problema de retroactividad de la ley penal debido a que ésta, cuando autorizaba matar a quien intentara cruzar aquel muro, tenía un contenido tan extremadamente injusto que no había podido nacer en el derecho, aun cuando tenía cubiertos otros requisitos igualmente necesarios para su aparición en él.

IV. El efecto riesgo por ausencia de control ético

El concepto no positivista del derecho que establece límites morales para que éste surja resulta absolutamente funcional en los actuales tiempos de justicia

supranacional y de reconocimiento de crímenes imprescriptibles. El derecho ya no queda librado del contenido que establezca el poder soberano de una asamblea 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, pues de lo contrario estará –advierte Alexy– asumiendo *un riesgo* mientras que se instala 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 del Estado es que observen el límite moral que pesa indisponiblemente sobre el derecho para que así no asuman riesgos y queden consecuentemente preservados de cualquier eventual cuestionamiento o responsabilidad jurídica con posterioridad. Esa forma en que se define el derecho con límites éticos indisponibles no sólo es una posición teórica no positivista, sino que también implica futuras consecuencias jurídicas posibles para aquellos que lo crean o lo cumplen sin concretar esa valoración moral.

v. La razón práctica discursiva alexyana

Las afirmaciones alexyanas en materia de la moral están posibilitadas por una confianza destacable que depositan en la razón práctica, ya que proponen lo que llaman *código de la razón práctica*, constituido por 28 reglas que orientan procedimentalmente al discurso argumentativo para garantizar 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 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 lo que principalmente es una teoría procedimental de la corrección práctica. El método del discurso es argumentativo, de manera que la teoría sobre éste se diferencia de las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana que operan en un proceso de negociación y de toma de decisiones.

VI. 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 bajo 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 *discur-*

sivamente necesarios. Así, queda entre ambos un amplio espacio para lo meramente posible en este sentido en donde se pueden obtener diferentes resultados en el discurso de forma racional.

Esta limitación de la teoría del discurso vuelve racional la determinación de procedimientos jurídicamente regulados que garanticen conocer su resultado y adoptar una decisión. Además de saber la respuesta, se torna necesario asegurar coercitivamente su respeto o acatamiento, y así el derecho también sustituye ese déficit del discurso. Una tercera razón a favor del derecho es que se requiere una organización para no delimitar 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.

VII. La teoría de la argumentación jurídica

La importancia de ésta es subrayada cuando Alexy afirma que las reglas y principios de un sistema jurídico constituyen su dimensión estática y, por ende, para conocerlo completamente 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 aquellas conexiones entre enunciados o premisas; sin embargo, las discusiones se enfocan básicamente en la *justificación externa*, es decir, en las razones que los juristas usan para fundarlas.

La presencia de normas jurídicas no garantiza la solución para todos los problemas debido a la vaguedad del lenguaje, la posibilidad de conflictos normativos, la ausencia de normas o la necesidad de resolver casos en contra del contenido literal de las normas. El discurso jurídico implica exigencias propias 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, Alexy ratifica 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 planteamiento 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 correcta, independientemente de que ésta exista o no.

VIII. Los principios jurídicos

Las conexiones entre moral y derecho no son sólo clasificantes sino también cualificantes en el sentido de que hay elementos morales del derecho que posibilitan un mejor o peor derecho, aunque sin perder tal carácter. Aquí aparece el enriquecedor y actual terreno de los principios que en la visión de Alexy no se distingue de los valores –“principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado 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 que disponen 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 ellos la respuesta más adecuada de entre aquellas posibles fáctica y jurídicamente. La moral o la corrección del derecho circula por éste a través de los *principios* y para aplicarlos se requieren no silogismos sino ponderaciones.

IX. 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, además, ha sido invocada expresamente por muchos tribunales constitucionales del mundo, en particular el alemán. En ese terreno recordemos el *principio de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: 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, Alexy ha trabajado específicamente el problema de la ponderación de los principios al enunciar 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 *fórmula de peso*, que intenta matematizar el peso de los principios en tensión al conferir un valor numérico al *peso abstracto* de los principios, su peso concreto en el caso y la seguridad de las premisas empíricas en juego.

x. 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 con el discurso y 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 diversas ideas sobre la democracia, de acuerdo con Alexy la teoría del discurso exige la democracia deliberativa e incluso avanza en proyecciones concretas 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 de que las decisiones parlamentarias violenten derechos fundamentales como las exigencias de la propia democracia deliberativa, 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 ésta a la moral pública, es decir, “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”.

xI. 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 los derechos a la libertad y a la igualdad. Alexy ha trabajado con cuatro modelos teóricos: aristotélico, hobbesiano, nietzscheano y kantiano, y por supuesto que su vinculación está con el último; sin embargo, a la hora de la fundamentación de los derechos humanos no duda en recurrir a una *metafísica racional y universal* que se remite centralmente a la estructura de la comunicación habermasiana.

Al respecto, Alexy destaca 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–; los segundos son aquellos que los miembros de toda comunidad jurídica tienen en su comunidad –por ejemplo, el 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. Cabe destacar que los derechos fundamentales también operan como *principios* y, por ende, su aplicación conlleva el uso de la ponderación y el principio de proporcionalidad.

XII. El constitucionalismo moderado

Robert Alexy ha distinguido entre los sistemas jurídicos modernos aquellos que adscriben al *constitucionalismo* y los propios del *legalismo*. Esta última alternativa se caracteriza por: 1) rechazar los valores o principios y sólo postular normas para la formulación del derecho; 2) recurrir a la subsunción en la aplicación del derecho, descartando la ponderación; 3) reivindicar la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial, y 4) sostener la independencia del derecho ordinario en lugar de la omnipresencia de la Constitución. Obviamente, la visión del constitucionalismo se apoya en estas cuatro variantes que el legalismo rechaza.

La propuesta alexyana opta por un *constitucionalismo moderado* respaldado en los tres niveles del sistema jurídico –reglas-principios-procedimiento–, con la convicción de que dicha postura “es la que permite realizar en la mayor medida la razón práctica”, al confiar a la ponderación racional el espacio para la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y los principios materiales de la Constitución.

XIII. Conclusiones

El panorama que se ha descrito ilustra la riqueza, amplitud, rigor y actualidad de la teoría discursiva alexyana, por lo que puede concluirse con facilidad 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.

Como cualquier obra relevante, también genera balances contradictorios donde se subrayan aciertos y cuestionamientos; nosotros mismos lo hemos hecho en

otro lugar a donde remitimos a las y los lectores.² Más allá de ese balance, ahora corresponde destacar que Robert Alexy, con valentía académica y originalidad, ha renovado discusiones y perspectivas que tienen consonancia con el derecho más real y concreto de nuestro tiempo.

² Rodolfo Vigo, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 26, Universidad de Alicante, 2003, pp. 203-225.