

BALANCE DE LA TEORÍA JURÍDICA DISCURSIVA DE ROBERT ALEXY¹

Rodolfo Vigo
*Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe
(Argentina)*

El propósito del presente artículo es hacer un balance de la teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy, aunque somos conscientes de que para una comprensión exhaustiva e integral se requeriría un desarrollo completo de la misma. De todas maneras, indicaremos a continuación rasgos o características de la perspectiva alexyana que nos parecen dignas de ser subrayadas conforme a la atención que al respecto les ha prestado la teoría especializada, procurando que ellas resulten comprensibles no obstante la deficiencia apuntada. No ignoramos también que correspondería abrir un debate puntual sobre los presupuestos desde los cuales Alexy ha construido su atrayente teoría jurídica, lo cual habría importado introducirnos especialmente en la teoría kantiana y pragmática subyacente. Sin embargo, entendemos que esa tarea excedería la modesta pretensión que anima a este trabajo, y por ello nos hemos limitado a un relevamiento de las notas siguientes, que destacan aspectos polémicos significativos en el referido profesor de Kiel.

1. El dubitativo fundamento y marco filosófico de la teoría discursiva: Alexy ha reconocido su sustento en la filosofía pragmática universal²; sin embargo luego ha preferido adscribirse a la pragmática trascendental aunque corregida como “fundamentación pragmático-trascendental débil”³. Mientras que la primera identificación se vincula a Habermas, la segunda

¹ El presente artículo es la parte conclusiva de otro más extenso que será publicado en un libro que editarán La Ley y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires bajo el título “La injusticia extrema no es derecho (de G. Radbruch a R. Alexy)”.

² Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 182.

³ *Ibíd.*, p. 306. Adela Cortina no sólo le atribuye a Habermas un trascendentalismo “débil” sino además estima que dicho autor desconfía del mismo término trascendental (Cf. “La Ética Discursiva”, en Victoria Camps (ed.), “Historia de la Ética”, Ed. Crítica, Barcelona, 1989, p. 546).

supone remitirse a Apel, y más allá de coincidencias, es sabido que entre ambos filósofos también existen diferencias⁴, por lo que aquellos cambios no resultan menores y requerirían una claridad explícita. Además de esa fundamentación recordemos que también Alexy ha explicitado la vía de fundamentación acudiendo a seis principios: consistencia (consistency), eficiencia (efficiency), verificabilidad (testability), coherencia (coherence), generalizabilidad (generalizability) y sinceridad (sincerity)⁵. Las dudas genéricas⁶ se acentúan –según autores como Hilgendorf⁷, Gril⁸, Betegón⁹ o Atienza– cuando Alexy incorpora en su fundamentación una premisa empírica cual es la existencia de un número elevado de personas que no tenga interés de actuar estratégicamente sino sometidos a las reglas del discurso, y frente a ello el catedrático de Alicante es terminante: “el problema aquí no es sólo el que puedan darse situaciones en que no exista un número suficiente de personas que tengan el mencionado interés (esto es, que falle la premisa empírica), sino que yo no veo que se pueda combinar de la forma que Alexy sugiere el modo pragmático-trascendental y el modo empírico de fundamentación. Si el argumento pragmático trascendental depende, en efecto, de una

⁴ Adela Cortina se ocupa de las diferencias entre Apel y Habermas en “La Ética Discursiva”, art. cit., y en “Ética comunicativa” en “Concepciones de la ética”, Ed. Trotta, Madrid, 1992; también Julio De Zan, “Ética, derecho y política en Karl-Otto Appel y Jürgen Habermas”, en D. Michelini-G. Ortiz-J. Wester eds., “Eficiencia y Justicia Social”, ICALE, Rio Cuarto, 1997. Compartimos aquellas interpretaciones que hablan de un creciente y mayor acercamiento de Alexy a las tesis apelianas.

⁵ Cfr. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie* 12, 1981.

⁶ Cfr. G. Pavlakos, “The Special Case Thesis. An Assessment of Robert Alexy’s Discursive Theorie of Law”, *Ratio Juris* 11/2 (1998) y “Persons and Norms: On the Normative Groundwork of Discourse-Ethics” *ARSP* 85 (1999); J.E. Herget “Contemporary German Legal Philosophy”, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1996; E. T. Feteris “Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions”, Dordrecht, Kluwer, 1999; S. Wesche “Robert Alexy’s Diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung”, *Rechtstheorie* 30 (1999); I. Dwars, “La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy”, *A PhD* 32 (1987); O. Weinberger, “Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie”, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 51, Franz Steiner, Stuttgart; y J. Mugerza, “¿Una nueva aventura del barón de Münchhausen? (Visita a la “comunidad de comunicación” de Karl-Otto Apel)”, *Ética Comunicativa y Democracia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1991.

⁷ Cfr. E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, *Rechtstheorie*, 27 (1995).

⁸ Cfr. P. Gril, “Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas”, *ARSP* 83 (1997) y “Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy”, Berlín, Duncker & Humblot, 1998.

⁹ Cfr., J. Betegón “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección”, *Doxa* 21 (1998).

premisa empírica, entonces el fundamento no es ya pragmático-trascendental, sino empírico. La fundamentación pragmático-trascendental o bien es la fundamentación última, o no es fundamentación”¹⁰.

Es cierto que el profesor de Kiel es de profesión filósofo del derecho¹¹ y no estrictamente un filósofo a secas, por lo que ha preferido muchas veces recurrir a la autoridad de otros autores para fijar su posición. Es por esto que algunas críticas deberían debatirse con los mentores mismos de la ética discursiva, y así en referencia al cuestionamiento señalado de Atienza podemos replicar con la autorizada palabra de Adela Cortina en representación de aquella escuela: “Habitualmente se cree –como es el caso de Schelle– que la filosofía trascendental debe ser totalmente independiente de la experiencia; sin embargo, no hay filosofía trascendental alguna que no se vea obligada a presuponer hechos contingentes, tratados hoy por las ciencias empíricas. El trascendentalismo no puede seguir manteniendo, sin incurrir en falacia abstractiva, la radical separación en el ‘Ich denke’ y el yo empírico, sino que actualmente tiene que relacionarse con hechos empíricos que atañen al sujeto. Lo que sucede es que le afectan de dos modos distintos: o bien estos hechos empíricos se presentan como presupuestos ineliminables del sentido de los signos, o bien, por el contrario, nos encontramos con hechos empíricos cuya validez tiene que ser fundamentada. En esta doble forma de conexión con la experiencia radica –a mi juicio– la idiosincrasia de la pragmática trascendental”¹². Es que “trascendental” en la ética discursiva no apunta con ortodoxia kantiana a las condiciones de posibilidad de la experiencia sino de la argumentación (mediación de la filosofía trascendental kantiana con el giro lingüístico¹³), e incluso en la “parte B” de la ética apeliana se intenta conciliar el rigorismo kantiano con las condiciones existenciales o fácticas de la aplicación de los principios morales. Lejos está de nuestra intención abogar en defensa del paradigma de la racionalidad pragmática, o subestimar el cuestionamiento de Atienza dirigido al corazón de la filosofía trascendental que incluso ya tiene resonancia en las críticas de Hegel a Kant, pero lo que sí nos parece es que abrir el debate en ese terreno implica afrontar la viabilidad pragmática del proyecto postkantiano en torno a las condiciones trascendentales de la validez intersubjetiva de la argumentación.

¹⁰ Manuel Atienza, “Las razones del derecho”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 220

¹¹ Cfr. “Entrevista a Robert Alexy” por Manuel Atienza, *Doxa* 24 (2001), ps. 671-687.

¹² Adela Cortina, “Razón Comunicativa y Responsabilidad Solidaria”, Ed. Sígueme, Salamanca, 1985, g. 114.

¹³ Cfr. Ricardo Maliandi, “Conceptos y alcances de la “ética del discurso” en Karl-Otto Apel”, en “Tópicos”, 10 (2002), Santa Fe, Argentina.

2. El esfuerzo por superar la irracionalidad en la moral: Frente a las distintas teorías que marginaron e insisten en marginar a la razón de la moral y la ética (en consonancia con los planteos emotivistas tradicionales de Kelsen, Ross, o en la vía de la analítica contemporánea o la importante pléyade de autores postmodernos) la moral discursiva procura, inspirándose en Kant, prolongar el proyecto ilustrado de la modernidad y confirmar los rasgos de universal, cognitivista y formal. El campo escogido para esa peculiar racionalidad práctica será el uso del lenguaje y la racionalidad dialógica consensual-comunicativa presupuesta en el mismo, la que en definitiva transita por el discurso argumentativo. Así la razón ya no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legimitará en su búsqueda de la “corrección” de normas y juicios de valor. A la hora de relevar las críticas es importante distinguir entre aquellos autores que admiten la racionalidad práctica y aquellos que la niegan, dado que respecto de éstos últimos (por ej. Weinberger, Bulygin, Neuman o Braum) no resulta fácil entablar un diálogo mínimamente comprensible y provechoso atento a la distancia desde la que se parte. Incluso a veces se comprueban críticas que se han vulgarizado exitosamente —como en el caso del consenso— que sin embargo supone una distorsión o lectura equivocada de la teoría dialógica¹⁴.

Con esa amplitud y confianza en una razón discursiva o dialógica “rehabilitada”, el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente. El jurista ya no puede operar o comprender integralmente al derecho si lo “purifica” de la moral, atento a que la propuesta afirma la conexión conceptual y necesaria entre derecho y moral. Paradigmáticamente podemos decir que los juristas, además de los caminos enseñados por Aristóteles del bien y la virtud, por Nietzsche del poder y el engaño, por Bentham del utilitarismo, por el cientificismo o el logicismo del Círculo de Viena, o por el relativismo neopragmatista de Rorty, también cuentan con la

¹⁴ El mismo Habermas ha reaccionado: “Quizá, para prevenir malentendidos, debería hablarse de una teoría discursiva de la verdad en vez de una teoría consensual de la verdad” (“Teorías de la verdad” en “Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos”, Madrid, Cátedra, 1994, p. 139). También Alexy insiste en el carácter procedimental de corrección y en interpretaciones erróneas sobre el consenso: “Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones del discurso ideal. Un consenso en una determinada cuestión normativa es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver” (“Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 301).

opción de Habermas y Apel que ratifican su confianza en la razón práctica proponiendo un nuevo camino pragmático universal o trascendental, camino al que adhiere Alexy y que le permite orientar procedimentalmente a la razón práctica postulando racionalidad en las decisiones y normas jurídicas. El profesor de Kiel concluye inequívocamente: “los problemas de la justicia son problemas morales”¹⁵ y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia; lo que posibilita superar la posición emotivo-subjetiva”, pero la Diskurstheorie no sólo se aparta de “las teorías emotivistas, subjetivistas, relativistas y decisionistas” en tanto desconocen que “los juicios de justicia son verdaderos y propios juicios mediante los cuales avanza una pretensión de corrección”, sino también del “objetivismo radical” en tanto “asimila en medida excesiva los juicios de justicia a normales juicios de hecho”¹⁶. En definitiva existen tres maneras diferentes de vincular la moral con el derecho: “En primer lugar, la moral puede ser vinculada con el derecho positivo a través de la incorporación de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que la moral delimite el contenido posible del derecho; y en tercer lugar, porque la moral justifique un deber de obediencia al derecho”, o sea, los problemas de la inclusión, del límite y de la justificación, respectivamente¹⁷.

Desde el realismo jurídico clásico pensamos que más allá de debilidades o insuficiencias en materia de fundamentación, hay muchas tesis que son un importante esfuerzo por recuperar la razón en el derecho y que resultan un notable enriquecimiento en el plano procedimental, plenamente compatible con los planteos propios de la escuela y que guardan sintonía con esfuerzos similares como los realizados por Finnis en materia de las nueve exigencias básicas de la razonabilidad práctica (the basic requirements of practical reasonableness)¹⁸.

3. ¿Una confianza exagerada en la razón discursiva? La razón alexyana¹⁹ en consonancia con sus mentores filosóficos se muestra sorprendentemente raigal (es capaz de someter a crítica racional y modificar “las convicciones fácticas y normativas” originarias en el curso del procedimiento argumentativo²⁰), equilibrada (por ejemplo entre los bienes individuales y colectivos,

¹⁵ Robert Alexy, “Recht und Moral”, en Härle, Wilfried-Preul, Reiner –eds.–, *Ethik und Recht*, N. G. Elwert Verlag, Marburg, 2002, p. 87.

¹⁶ Robert Alexy, “Giustizia come correttezza”, en “Ragion Pratica”, 1997/9, p.106.

¹⁷ Robert Alexy, “Recht und Moral”, art. cit., pág. 85.

¹⁸ Cfr. mi artículo “La teoría jurídica de John Finnis”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 20 (2000), Abeledo Perrot, Buenos Aires.

¹⁹ Cfr. la crítica de I.Dwars, “La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy», *A PhD* 32 (1987), ps. 300-304.

²⁰ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., ps. 199 y ss.

o los derechos de libertad liberales y los derechos sociales fundamentales), integral (opera indiscriminadamente en lo político, jurídico o moral), ordenada (capaz de tener un “código” que garantice coherencia, igualdad, sólo argumentos sometidos a prueba, etc.), universal (se apoya en la forma humana de vida más general en tanto común a todas las otras formas de vida), esperanzadora (brinda seguridad moral y los que quedan afuera se condenan a la autodestrucción individual y social), expansiva (la razón reclama su institucionalización, y en particular, pide el Estado democrático con jurisdicción constitucional) y cronológica (Habermas tras Kohlberg mira con confianza la etapa postconvencional orientada por una moral de principios y procedimental).

Seguramente la inspiración kantiana tiene mucho que ver con tantas posibilidades derivadas de la razón, pero de todas maneras el recíproco auxilio y respaldo filosófico de Apel y Habermas brindan a la teoría alexyana unos cimientos sólidos y amplios, ello al margen de que se compartan. Es cierto que Alexy procura mantenerse en el plano contrafáctico y pragmático evitando proyecciones automáticas al plano empírico (por ejemplo clásicamente en materia de derechos humanos), aunque su teoría por momentos deja la impresión de ciertas conclusiones -normalmente intermedias o eclécticas- o saltos institucionales que más que resultar exigidos por su lógica interna parecen ser resultados de opciones ideológicas o axiológicas. Pattaro identifica a la racionalidad alexyana como “razón débil-fuerte” (weak-strong reason), en tanto sus premisas resultan plausibles y no necesarias pero sus conclusiones de aquéllas resultan necesarias o sea más fuertes de aquellas de donde se las deduce²¹. No han faltado autores –como Mangiameli– que han acusado a Alexy de incurrir en argumentos retóricos²². Algunos ejemplos de aquellas aparentemente acomodaticias opciones pueden ser: a) las respuestas que evitan los extremos (por ej. entre legalismo y constitucionalismo, el carácter material y formal de la Constitución, etc.); b) la distinción entre los órdenes absurdo y depredatorio respecto del orden de dominación; c) el argumentar desde sistemas jurídicos mínimamente desarrollados (con principios, en gradas, etc.); d) el reivindicar los seis principios del derecho racional de la modernidad; e) el confiar en “las virtudes autocurativas de la jurisdicción constitucional” o en el triunfo de la representación argumentativa de los ciudadanos por parte del Tribunal Constitucional por sobre la representa-

²¹ Cfr. E. Pattaro, “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines”, *Ratio Juris* 1/2 (1988), ps. 118-119.

²² Amato Mangiameli, recensión a la obra de Robert Alexy en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1990), p. 162.

ción política en el Parlamento²³; f) en los principios, al reconocer que tienen contenido moral y forma jurídica; g) la identificación entre lo axiológico y lo deontológico; h) al establecer el umbral de injusticia y vincularlo con la violación de los derechos humanos; i) al apelar desde lo jurídico a un “orden social racional y justo”²⁴; j) la distinción entre la injusticia de la norma y la injusticia del sistema jurídico; etc.

4. La filiación no-positivista: Autores como Richards²⁵ o García Figueroa²⁶ no están convencidos del no-positivismo de Alexy, e incluso el autor español le reconoce un “positivismo latente” y advierte que esa filiación sería expresa de dejarse de lado la “pretensión de corrección”; por otro lado, esas dudas filiatorias se reproducen entre los autores respecto de Kant²⁷. Lejos estamos de compartir aquella opinión atento a que más allá de reconocer el profesor de Kiel la posibilidad de adoptar distintos marcos conceptuales para definir el derecho, el que adopta Alexy y al que consecuentemente le reconoce mayores posibilidades cognoscitivas, es claramente no-positivista. En efecto, su concepto de derecho reconoce la presencia “calificante” de conexiones morales conceptuales y necesarias, y en consecuencia, su ausencia grave o extrema más que hacer hablar de un derecho deficitario implica negar la existencia misma del derecho. Por supuesto que la pretensión de corrección cumple un papel crucial en la ética discursiva presente en el derecho alexyano, pero esa presencia es insoslayable y crucial por lo que de suprimirse resultaría ya irreconocible la teoría alexyana. Es evidente que en todas las teorías se dan esas claves de bóveda (pensemos en el escepticismo axiológico o en la epistemología kelseniana) y está claro que en la visión pragmática alexyana esa centralidad la tiene la pretensión de corrección que acompaña a toda aserción.

²³ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en M. Carbonell (editor), “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, p. 40.

²⁴ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 280.

²⁵ Cfr. D. A. Richards, “Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification”, *Ratio Juris*, vol. 2, n.3 (1989), p. 303.

²⁶ Cfr. Alfonso García Figueroa, “Principios y Positivismos Jurídicos”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 363.

²⁷ La adscripción de la teoría jurídica kantiana al iusnaturalismo o al iuspositivismo encuentra respuestas contradictorias y dubitativas, y así A. Philonenko lo califica a ese pensamiento de “equivoco” (Introduction, “Métaphysique des moeurs. Doctrine du droit”, Paris, Vrin, 1993, p. 31), O. Höffe no duda en reconocerlo iusnaturalista (“Introduction a la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion”, Paris, Vrin, 1993, p. 171-174), A. Cortina resiste su inclusión en alguna de esas orientaciones (Estudio Preliminar a “Metafísica de las costumbres” de I. Kant, Madrid, Tecnos, 1994, p. XLIV); C. Massini habla de iusnaturalismo racionalista para diferenciarlo del clásico (“La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano”, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 1993, p. 353); etc.

Ningún positivista coherente puede admitir la tesis alexyana del límite de la injusticia extrema para las decisiones jurígenas autoritativas (incluso las constitucionales) de tal modo que si esas normas superan aquel umbral axiológico dejan de pertenecer al derecho. No duda Alexy en inscribir su teoría discursiva en la tradición del derecho natural²⁸. Recordemos que esa injusticia si bien remite a la pretensión de corrección termina asociándose a los derechos humanos, los que no duda Alexy en remitirlos al liberalismo y al derecho natural; y en adscribirlos a una moral universal. Esa conexión también aparece en los argumentos prácticos generales o morales a la hora de aplicar el derecho, pues ellos están presentes en el discurso jurídico exigidos por la pretensión de corrección y vinculados a la presencia de los principios en todo sistema jurídico mínimamente desarrollado. La conclusión inequívoca del mismo Alexy pone distancia con interpretaciones que debilitan su no-positivismo: “mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”²⁹.

Refiriéndose al profesor de Kiel, Hilgendorf habla de un “derecho natural teñido lingüísticamente”³⁰; y Adela Cortina reconoce en la ética discursiva un cierto “iusnaturalismo procedimental”³¹, aunque deberíamos vincular esa dimensión formal a ciertas conexiones sustanciales sobre las que insistiremos en el punto inmediato posterior. En definitiva, el esfuerzo alexyano de construir un concepto de derecho y de validez jurídica con conexiones conceptuales y necesarias con la moral lo torna un intento inequívocamente alejado de las tesis características de todo iuspositivismo.

Aun cuando este trabajo sólo apunta a la teoría alexyana, la aparición en 1992 del libro iusfilosófico de Habermas “Facticidad y validez”, que tanta polémica abrió con el otro gran impulsor de la ética discursiva Apel³², nos obliga a remitirnos a la perspectiva habermasiana en cuanto reconoce que la moral y el derecho no obstante ser diferentes, originarios y complementarios encuentran su fundamento en el concepto de autonomía, o también en la reconstrucción del principio D o del discurso que es procedimental, pero que se proyecta como principio de la moral o de la universalización y también como principio democrático para el dictado de las normas jurídicas

²⁸ Robert Alexy, “Recht, Vernunft, Diskurs”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, p. 141.

²⁹ Robert Alexy, “Derecho y Razón Práctica”, Fontamara, México, 1993, p. 37.

³⁰ E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, *Rechtstheorie*, n. 27 (1995), p. 199

³¹ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 564.

³² Cfr. Julio De Zan, “Ética, derecho y política en Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas”, art. cit.

que pueden ser justificadas con razones pragmáticas, ético-políticas y morales. Habermas reconoce la conexión necesaria que se da entre derechos fundamentales y soberanía popular como principios del Estado de derecho democrático, pues la “juridificación de la libertad comunicativa significa que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad”³³.

5. ¿Sólo moral procedimental?: Kaufmann³⁴ elocuentemente ha concluido que “es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración” que posibilita “misteriosamente” la generación de materia desde la forma. Otfried Höffe ha denunciado la “falacia normativista”³⁵ en que se incurre cuando se pretende extraer normas concretas de conducta sólo de normas formales generales, y así Taylor se encarga de destacar que las teorías que apelan a lo correcto descansan en realidad en una idea de lo bueno³⁶. Weinberger³⁷ advierte que la teoría discursiva se proyecta al plano de los contenidos con una tendencia a dogmatizarlos, y de igual modo Bayón³⁸ alerta sobre los modelos constructivistas en tanto introducción solapada de elementos materiales o sustanciales. Apel llega a escribir: “La realización práctica de la razón a través de la voluntad (buena) siempre necesita un compromiso que

³³ Jürgen Habermas, “Facticidad y validez”, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 197. Respecto de esta obra J. A. García Amado entiende que Habermas muestra “cómo la visión positivista de la validez jurídica es insuficiente y errónea, por desconocer el componente de legitimidad o justicia inmanente a toda validez ... Habermas precisa de qué modo su filosofía del discurso proporciona una base última e irrebalsable para todo ordenamiento jurídico que pueda entenderse legítimo y, con ello, válido en toda su extensión. Y en esto radica también la aportación más novedosa de esta obra de Habermas, por comparación con sus anteriores referencias a esta materia. Sitúa ese fundamento en la preexistencia de un sistema de derechos, si bien no se debe perder de vista que Habermas no busca sentar una serie de postulados morales apriorísticos, sino reconstruir los presupuestos de racionalidad inmanentes al derecho moderno” [“La filosofía del derecho de Jürgen Habermas” en *Doxa* 13 (1993), p. 238]. También cfr. Carlos María Cárcova, “Habermas: la validez como construcción discursiva”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 21 (2001), ps. 73-89.

³⁴ A. Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, n. 31 (1994), p. 19 y “La filosofía del derecho en la posmodernidad”, *Temis*, Bogotá, 1992, p. 43.

³⁵ O. Höffe, “Estudios sobre teoría del derecho y la justicia”, Ed. Alfa, Barcelona, 1988, p. 127.

³⁶ Cfr. Ch. Taylor, “Die Motive einer Verfahrensethik”, en W. Kuhlmann (ed.), “Moralität un Sittlichkeit”, ps. 101-135 y “Sprache und Gesellschaft”, en A. Honneth y H. Joas (eds.), “Kommunikatives Handeln”, ps. 35-52.

³⁷ Cfr. O. Weinberger, “Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation”, en W. Krawietz y R. Alexy (eds.), “Metatheorie juristischer Argumentation”, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, ps. 159-232.

³⁸ Cfr. J. C. Bayón, “La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción”, *Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1991, p. 228

no puede demostrarse”³⁹, e incluso la parte B de su ética intenta proyectar al terreno fáctico y de las responsabilidades de los agentes morales la norma básica universal fundamentada contrafácticamente en la parte A. También Habermas, como vemos en su “Facticidad y Validez” o en “La inclusión del otro” (1996) intenta, al margen de su coherencia, hacerse cargo de las críticas que en nombre de lo sustancial y la realidad se le han efectuado a su teoría discursiva.

Estas denuncias de algún modo alcanzan a la moral procedimental alexyana, en donde de pronto hay un reconocimiento de reglas de acción procedimentales (como por ejemplo las de organización del Estado constitucional democrático) pero también de reglas sustanciales (como los derechos humanos)⁴⁰. Precisamente los derechos fundamentales no sólo regulan desde el “máximo rango” y cuentan con la “máxima fuerza jurídica” vinculando a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial sino que, además, su objeto tiene la “máxima importancia” decidiendo “acerca de la estructura básica de la sociedad”⁴¹. De todas maneras su esfuerzo insistente y explícito es adscribirse y conservarse en un plano formal, aunque –reiteramos– se advierten frecuentes presupuestos y conclusiones sustanciales o de contenido. En efecto, y para empezar, la competencia comunicativa y su pretensión de corrección presupuesta en el uso del lenguaje, remite a una cierta antropología que desborda lo formal, e incluso Alexy explícitamente excluye la posibilidad de “diferencias antropológicas resistentes al discurso entre los hombres”⁴² y llega a reconocer que “la teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural”⁴³. Una representante caracterizada de la ética discursiva en la filosofía española como lo es la ya citada Adela Cortina confiesa: “creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y tólos, hasta

³⁹ K. O. Apel, “La transformación de la filosofía”, Taurus, Madrid, 1985, t. II, p. 392.

⁴⁰ Cfr. Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 152.

⁴¹ Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, art. cit., ps. 32 a 34. Incluso Alexy, valiéndose de jurisprudencia constitucional, reconoce que los derechos fundamentales deben irradiar al derecho en su totalidad como “valores o juicios de valor objetivo” (objektive Wertentscheidungen) (ibídem, p. 34).

⁴² Robert Alexy, “Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie», Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, p. 114.

⁴³ Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit., p. 47 y “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 118.

dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes”⁴⁴. El profesor de Kiel procura mantenerse más ortodoxamente procedimentalista, pero no se amilana con la decisiva y reiterada remisión a los derechos fundamentales y al Estado democrático constitucional. Incluso a la hora de explicitar su teoría de la justicia acepta, en orden a superar los problemas generados por la “procedimentalización”, “tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados”, aunque advirtiendo que la teoría discursiva excluye a aquellos que no ponen a prueba los argumentos de sus afirmaciones y sólo aducen convicciones “religiosas, metafísicas o mágicas”⁴⁵. Por otro lado, a pesar de aquel supuesto “procedimentalismo”, Alexy no renuncia a referirse a bienes individuales y colectivos y, en oportunidad de hablar de la justicia, a exigir corrección en la distribución y en la compensación, y señalar que la “teoría discursiva de la justicia” tiene como sus elementos fundamentales a “la libertad e igualdad de las personas, y neutralidad y objetividad de los argumentos”⁴⁶.

6. La racionalidad práctica alexyana: Está fuera de discusión el papel central que cumplió la moral discursiva o dialógica en el llamado movimiento de rehabilitación práctica, al margen de que el esfuerzo fundamentador en el caso de Apel haya intentado llegar a ser último y trascendentalmente fuerte, o resignadamente débil en Habermas. Este último autor incluso ha procurado proyectar diferenciadamente la razón práctica en campos diversificados como los de las cuestiones pragmáticas (adecuación de los medios al fin), éticas (problemas del bien) y morales (de la justicia), postulando que en los discursos pragmáticos hay una fuerte vinculación al saber empírico y distancia respecto a los fines y decisiones volitivas del sujeto; en los discursos éticos las pretensiones de validez universal se debilitan por el contexto histórico; y los discursos prácticos-morales están orientados a la universalidad y a priorizar la justicia sobre el bien⁴⁷.

Alexy desde la tesis de que “la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones” ha procurado elaborar una teoría del discurso práctico y jurídico indicándole al decisor que “se debe orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas”⁴⁸.

⁴⁴ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 554.

⁴⁵ Robert Alexy, “Giustizia come correttezza”, art. cit., p. 113.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 108.

⁴⁷ Respecto de esos tres puntos de vista puede consultarse J. Habermas “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft” en “Erläuterungen zur Diskursethik”, Frankfurt, 1991 y de M. Boladeras, “Comunicación, Ética y Política (Habermas y sus críticos)”, Tecnos, Madrid, 1996, cap. 5.

⁴⁸ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, ps. 29 y 30.

Con tal objetivo va a elaborar sus reglas del discurso racional y al momento de preguntarse por la fundamentación de las mismas descartará las posibles fundamentaciones técnicas, empíricas y definitorias, y optará por una fundamentación pragmática en tanto considera aquellas reglas que “están presupuestas de manera general y necesaria en la comunicación lingüística, o que son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humano”⁴⁹, aunque advirtiendo que son posibles otras vías de fundamentación además de esas cuatro y que cada una de ellas “contiene un aspecto importante”. Si bien la teoría discursiva alexyana se ofrece como procedimental (un enunciado normativo es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento⁵⁰), el seguimiento de las reglas discursivas no garantiza sin embargo la obtención del consenso dadas las diferencias antropológicas y valorativas entre los hombres, e incluso el respeto de aquéllas permite la obtención de más de una respuesta correcta. Esta dificultad no la debilita en tanto los participantes en el discurso deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta, y porque además el resultado del discurso es de una “corrección relativa” en el sentido que es “relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes, y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso”⁵¹. El procedimentalismo alexyano enfrenta en el capítulo de los principios un serio desafío en tanto “los principios y valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”⁵², aquéllos definiendo lo debido y éstos definiendo lo mejor o lo bueno⁵³. En última instancia la racionalidad práctica alexyana resulta particularmente útil en sentido negativo a los fines de reducir la “irracionalidad” en los discursos jurídicos y porque además reclama una institucionalización en términos de un Estado constitucional y democrático.

No obstante el carácter formal y procedimental del discurso alexyano, éste no renuncia a definiciones sustanciales como “la injusticia extrema” o los derechos humanos, e incluso la ciencia jurídica es definida básicamente como práctica en tanto intenta responder a “qué es lo debido en los casos reales o imaginados”, o más directamente, ella asume de manera privilegiada la perspectiva del juez tratando la solución de casos a través de “la

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 183.

⁵⁰ Robert Alexy, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en “Derecho y Filosofía”, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Alfa, Barcelona, 1985, p. 45.

⁵¹ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, p. 304.

⁵² Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 147.

⁵³ *Ibíd.*, ps. 139 y ss..

fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser”⁵⁴. Además el saber práctico jurídico alexyano admite la analogía en tanto la satisfacción de la pretensión de corrección no es algo de todo o nada, y así por ejemplo “una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella”⁵⁵. Aquella apertura “fuerte” a lo sustancial plantea el inconveniente –a los fines de mantener la coherencia– de su conocimiento, y así García Figueroa⁵⁶ ha criticado de Alexy por inconsistente e impreciso el recurso a la intuición o a lo evidente⁵⁷ cuando se trata de reconocer la superación del umbral de injusticia o la “medida insoportable”(unerträgliches Mass).

No vamos insistir sobre las debilidades de los formalismos y procedimentalismos, en particular cuando se pretende sostener tesis contundentes en el plano sustancial; y en cuanto al recurso a la evidencia, diremos que no parece que en Alexy tenga que ver con la detenida elaboración gnoseológica que sobre el particular ha hecho el realismo jurídico clásico, por ejemplo en autores como Kalinowski⁵⁸ o Finnis⁵⁹, sino más bien un recurso retórico para explicar aquello que parece ofender la más extendida conciencia ética jurídica.

7. ¿El derecho absorbe la moral?: En la moral discursiva por supuesto que no existe el más mínimo riesgo de perspectiva juricista, o sea de alentar comprensiones u operatividades del derecho desvinculado de la moral y la política. Por el contrario la razón práctica resulta inescindible en sus distintas dimensiones, pero quizás el riesgo que existe –como muchos autores señalan críticamente respecto a dicha teoría– es el de una confianza excesiva en la razón práctica institucionalizada a través del derecho, a partir de la cual

⁵⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, *ob. cit.*, p. 316.

⁵⁶ A. García Figueroa, “Principios y Positivismo Jurídico”, *ob. cit.*, p. 376.

⁵⁷ Cfr. A. Giddens en “Habermas critique of hermeneutics” en “Studies in Social and Political Theory”, London, 1977 y “Habermas y la modernidad” de R.J. Bernstein, ed. Cátedra, Madrid, 1988.

⁵⁸ G. Kalinowski se ha ocupado extensamente de la evidencia, distinguiendo entre la empírica y la analítica (Cfr. “El problema de la verdad en la moral y el derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 1979, ps. 133-134; “La justification de la morale naturelle”, en AA.VV., “La morale. Sagesse et salud”, Paris, Fayaard, 1981, ps. 214-215; “Métatheorie du système des règles de l’agir” en “Revue de l’Université d’Ottawa”, n. 31 (1961); “Le droit naturel et la personne humaine” en “Chronique Sociale de France”, Cahier 3 (1960); etc.). Sobre la doctrina de la evidencia, A. Millán Puelles, “Léxico Filosófico”, Madrid, 1984, ps. 271-280 y J. Barrio Gutierrez, voz “Evidencia” en Gran Enciclopedia Rialp, Madrid, 1981, T. IX, ps. 603-605.

⁵⁹ John Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, Clarendon Press, Oxford, 1992, ps. 64 y ss. y “Aquinas”, Oxford University Press, 1998, ps. 86 y ss..

éste asume un papel tan decisivo e importante que se corre el peligro de que absorba a la moral o que, en definitiva, la moral esté al comienzo pero luego termine diluyéndose en el derecho y la política. Incluso en los mismos fundadores de la ética discursiva, quizás especialmente en Habermas, resultan muy difusos esos límites entre la moral y el derecho, y su esfuerzo teórico se orienta a procurar “legitimidad por vía de la legalidad”⁶⁰, y en el caso habermasiano el riesgo es que la democracia resulte ser la matriz de la razón práctica. El peligro de esa perspectiva es que se debilita la capacidad crítica moral sobre las decisiones jurídicas o que finalmente la moral propia del ámbito privado o no social se remita a la voluntad individual sin exigencia racional alguna⁶¹.

No obstante haber propuesto Alexy una “teoría integral del derecho”⁶², autores como Richards le han reprochado separar demasiado el discurso jurídico del discurso práctico general⁶³. De todas maneras en la perspectiva alexyana las instituciones jurídicas plasman exigencias morales y no quedan totalmente desvinculadas de las mismas, sino que por el contrario ellas mantienen su presencia para suplir deficiencias y conservar su regulación como “ideal” respecto a las limitaciones e imperfecciones de la realidad. Todo el sistema jurídico se piensa y estructura para asegurar al máximo posible las exigencias de la razón práctica, pues en ese terreno se confirma que cada una de las propuestas o respuestas alexyanas tienen que ver con institucionalizar jurídicamente la razón práctica con la mayor fidelidad posible. En términos de filosofía clásica se podría decir que esa razón discursiva es la causa ejemplar del sistema jurídico y político. Recordemos en particular que los derechos humanos son calificados por Alexy como suprapositivos o morales y que deben ser positivizados por la Constitución si ella pretende estar justificada. La democracia deliberativa y la “medicina” de la jurisdicción constitucional se explican por remisión a la libertad y a la igualdad,

⁶⁰ A. Cortina alerta sobre el riesgo que los procedimientos legitimadores de normas terminen “reduciendo lo moral a una forma deficiente del derecho” (“Ética sin moral”, ob. cit., p. 182).

⁶¹ A. Cortina no obstante valorar que Apel y Habermas han incidido en el carácter intersubjetivo de la ética del discurso, advierte que hay un riesgo de “terminar en un cierto colectivismo del consenso: como si los sujetos se disolvieran en la intersubjetividad, como si no estuvieran legitimados para tomar más decisiones morales que las que se consensúan el grupo o la mayoría” (“Ética comunicativa”, art. cit., p. 192). Como nota curiosa recordemos que Kant, superando prevenciones “paternalistas”, admite la punibilidad de conductas meramente individuales pero “antinaturales” (unnatürliche Verhalten), como el bestialismo (“Metafísica de las costumbres”, Tecnos, Madrid, 1994, p. 207).

⁶² Cfr. A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, art. cit., y Robert Alexy, Ralf Dreier, “The Concept of Jurisprudence” en *Ratio Iuris*, vol. 3 (1990).

⁶³ Cfr. D. A. Richards, “Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification”, en *Ratio Iuris*, vol. 2, n. 3 (1989).

especialmente a la libertad en tanto “autonomía pública”. La fórmula alexyana se puede sintetizar: “la moral pide derecho para encarnarse y éste requiere de la moral para legitimarse o justificarse”. Esta fórmula no sería demasiado extraña o novedosa dado que guarda sintonía con una gran tradición iusnaturalista, pero quizás lo peculiar es postularla desde una matriz procedimentalista y con una fuerte preocupación por restringir el campo de actuación a la moral pública.

8. Los diferentes tipos de discursos jurídicos: Tendríamos que empezar este punto subrayando la decisividad que tiene el discurso jurídico en la definición del derecho, en tanto en buena medida sólo sabemos lo que efectivamente forma parte del derecho cuando las normas autoritativamente dispuestas han pasado por su aplicación dado que la validez jurídica incluye la moral, y así luego de ese control interpretativo puede quedar despejada la duda por el umbral de injusticia o el juego ponderativo de los principios. Consignada esa dimensión interpretativa del concepto del derecho, recordemos que Alexy al comenzar en su “Teoría de la argumentación jurídica” el estudio específico del discurso jurídico advierte genéricamente sobre la gran variedad que el mismo ofrece, mencionando las discusiones en la ciencia jurídica, las deliberaciones entre jueces, los debates judiciales, los debates jurídicos en órganos legislativos, etc., concluyendo rápidamente que “el aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta jurídicamente”⁶⁴. Sin embargo, en el desarrollo detallado y específico posterior, el profesor de Kiel fija su atención en las decisiones jurídicas judiciales, explayándose en lo que llama la justificación interna y la justificación externa.

A ese respecto Atienza ha señalado con acierto la ambigüedad en la que incurre Alexy cuando refiere a los distintos discursos jurídicos. En efecto, para el profesor de Kiel el “discurso jurídico en cuanto tal” o en sentido estricto, es aquel discurso no institucionalizado que se ubica entre los discursos institucionalizados de creación del derecho y el de aplicación judicial. De ese modo aquél carece de regulación normativa jurídica y además no incluye forzosamente a decisión alguna. Simultáneamente recordemos que las limitaciones en las que se instala el discurso jurídico suponen la sujeción a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática o ciencia jurídica. Frente a ese marco y precisión aparecen demasiadas dudas y preguntas: 1. el discurso jurídico en sentido estricto pareciera identificarse con la ciencia jurídica o dogmática, y ésta ha recibido de Alexy un amplio e importante tratamiento que termina asignándole funciones imprescindibles en orden a la operatividad del derecho, pero surge el interrogante de si esos análisis –en

⁶⁴ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 206.

particular en cuanto a la pretensión de corrección— resultan trasladables a los otros discursos o si las adaptaciones que se requieren alteran raigalmente a esos diferentes tipos; 2. así como resulta problemático trasladar las reglas del discurso jurídico al ámbito judicial, mucho más problemático resulta su traslado al campo de las decisiones legislativas donde la experiencia universal confirmaría que las decisiones legítimas no escapan a acuerdos y razones estratégicas; 3. otro elemental interrogante refiere a la problemática de la única respuesta correcta como “idea regulativa”, en el sentido de hasta dónde funciona ella en los diversos discursos jurídicos, y en su caso, qué implica su adaptación; 4. la lógica que está presente en la “justificación interna” o las reglas de la “justificación externa” (pensemos en los cánones de la interpretación), ¿rigen en el discurso jurídico legislativo?; 5. ¿el discurso creador de la Constitución es idéntico al discurso jurídico legislativo?; 6. ¿los déficits de racionalidad se cubren de similar manera al momento de los distintos tipos de creación normativa?; 7. las restricciones que imponen las normas y principios procesales ¿pueden caracterizar a todo el discurso jurídico?, y 8. ¿cuáles son las peculiaridades que tiene el discurso jurídico en materia de hechos?.

9. La diferencia entre creación jurídica y aplicación: A pesar de que este punto guarda íntima vinculación con el anterior, queremos puntualizarlo diferenciadamente como un modo de llamar la atención sobre el mismo. La impresión que nos produce en algunos de sus pasajes la teoría jurídica de Alexy es que recurre acentuadamente a una distinción muy ligada al modelo de derecho y saber jurídico típicamente decimonónico, entre el momento de la creación normativa y el de la aplicación judicial ordinaria⁶⁵ del derecho. Entre los autores en los que el profesor de Kiel puede respaldarse está Savigny y por supuesto que aquellos dos momentos diferenciados de creación y aplicación encuentran plena receptividad y aval en el máximo representante de la Escuela histórica. Recordemos que el sistema jurídico alexyano se construye ortodoxamente derivándose por gradas desde la Constitución hasta las sentencias judiciales, pasando por la ley. A ese respecto puede resultar muy ilustrativo el modelo procedimental en cuatro gradas en donde se reconoce en el segundo nivel el momento institucional de la creación del derecho estatal, y aparece en la cuarta grada —también institucional— el proceso judicial. Esa visión exageradamente estructurada y tradicional también

⁶⁵ Insistimos que hablamos de la jurisdicción ordinaria y no de la jurisdicción constitucional porque ésta tiene un papel político y jurídico central a la hora de hacer prevalecer la representación argumentativa de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento, posibilitando así el Tribunal Constitucional la reconciliación entre derechos fundamentales y democracia (Robert Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, art. cit., p. 40)

se refleja en párrafos como el siguiente: “como lo muestran tanto la experiencia histórica como consideraciones conceptuales, a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente una solución. Esto sirve de fundamento a la necesidad del discurso jurídico”⁶⁶.

Esa coincidencia con visiones decimonónicas o apoyadas en la confianza en la creación jurídica a cargo del legislador, se hace más visible en la obra iusfilosófica de Habermas cuando criticando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico y en aras de la seguridad jurídica llega a defender la tesis de la única decisión correcta y a confiar en un sistema jurídico carente de contradicciones. Incluso Habermas, en coincidencia con Klaus Günther, distingue entre discurso fundamentador (en la creación de normas válidas) y discurso de la aplicación de normas (aquí “no se trata de la validez, sino de la adecuada referencia de una norma a una situación”) que le lleva a concluir: “Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad del derecho válido. Esta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo que, bajo las condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica”⁶⁷.

Frente a esa visión jerárquica y confiada de la creación jurídica y la aplicación judicial ordinaria, nos parece que ya desde Kelsen se ha relativizado esa diferenciación y que una mirada realista y actual impone acordar que la diferencia entre esos dos momentos es más cuantitativa que cualitativa. En efecto, en la aplicación hay creación y viceversa, por lo que los distintos tipos de una y otra no pueden reconocerse a priori o a través del órgano sino sólo comprobando el resultado mismo, e incluso se ha señalado que la creación judicial significativa tiene que ver con el enunciado normativo general en el que efectivamente subsume el caso que resuelve y que garantiza la normatividad de la conclusión silogística⁶⁸. No advertimos claramente desde la teoría discursiva cuál puede ser la diferencia que tiene el legislador cuando debe decidir dentro de los márgenes de lo “discursivamente posible”, respecto a la que enfrenta el juez o el poder constituyente (Nos preguntamos cuánta tolerancia a la discrecionalidad o a la arbitrariedad puede admitir la teoría alexyana dentro de aquellos márgenes tolerables racionalmente).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 315 y cfr. “Teoría de los derechos fundamentales”, *ob. cit.*, ps. 531-532.

⁶⁷ J. Habermas, “Facticidad y validez”, *ob. cit.*, ps. 267 y 292, respectivamente.

⁶⁸ Cfr. mi artículo “Razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa* 21, vol. 2 (1998), ps. 438 y ss.

Cabe consignar en torno a este punto las críticas que ha planteado Klaus Günther en el sentido que la teoría alexyana no distingue entre los discursos de fundamentación o justificación de la validez de las normas y los discursos de aplicación. A ellas ha replicado Alexy –nos parece adecuadamente– que la aplicación de las normas puede ser considerada una justificación –aunque individual– de ellas, y que además ambas modalidades discursivas se necesitan mutuamente y forman un continuum⁶⁹.

10. El universalismo de la teoría discursiva (etnocentrismo): Distintos autores han criticado a la teoría discursiva porque en definitiva ella se construye desde cierto condicionamiento cultural y en consecuencia su pregonado universalismo es en última instancia un intento que esconde un claro etnocentrismo⁷⁰, o la expresión de una determinada forma de vida identificada con el racionalismo europeo⁷¹, lo que también se confirmaría en el evolucionismo optimista habermasiano inmiscerado de los ideales de la Ilustración europea. De ese modo la “más general forma de vida del hombre” (“allgemeinste Lebensform des Menschens”) no es más que “una” cierta forma de vida: la occidental; incluso la racionalidad y ética discursiva es una visión científicista proyectada a la razón práctica que pretende extenderse universalmente⁷². Frente a esas críticas tengamos presente que Alexy no sólo descarta expresamente la vía cultural para fundar las reglas del discurso sino que –recordemos– a través de ellas confía en que cualquier convicción ética originaria pueda ser convertida sometiénola al rigor argumentativo racional de su código de la razón práctica. En definitiva en consonancia con la fundamentación pragmática, el profesor de Kiel advierte que la universalidad descansa en aquella capacidad comunicativa humana como para “plantear seriamente la cuestión ¿por qué?”, y entonces “las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica

⁶⁹ Cfr. K. Günther, “Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht”, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988 y “Critical Remarks on Robert Alexy’s Special-Case Thesis”, *Ratio Juris* 6/2(1993), ps. 143-156.

⁷⁰ Sobre esta crítica extendida puede consultarse: A. García Figueroa, “Principios y positivismo jurídico”, ob. cit., p. 351; M. Atienza, “Las razones del derecho”, ob. cit., p. 231; J. P. Rentto, “Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics”, en *American Journal of Jurisprudence*, 36 (1991), ps. 161 y ss.; J. E. Herget, “Contemporary German Legal Philosophy”, ob. cit., ps. 53 y 56; E. Hilgendorf, “Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”, art. cit., ps. 199-200; K. Tuori, “Discourse Ethics and the Legitimacy of Law”, *Ratio Juris*, vol. 2, n. 2 (1989) y “Legitimität des modernen Rechts” en *Rechtstheorie*, n. 20 (1989), p. 222; etc.

⁷¹ Robert Alexy ha replicado por ejemplo en la “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., p. 305.

⁷² Cfr. A. Wellmer, “Ética y Diálogo”, *Anthropos*, Barcelona, 1994 y A. Cortina, “Ética sin moral”, ob. cit., p. 187.

que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida⁷³. Esa confianza en una razón desencarnada da la impresión por momentos de estar postulando una auténtica utopía discursiva, o como lo señala Tugendhat, que la teoría jurídica alexyana remite a un mundo que pareciera “el mejor de todos los mundos jurídicos imaginables”⁷⁴.

Las quejas y riesgos de ese universalismo provienen incluso de miembros de la escuela, y así A. Cortina afirma que “a mi modo de ver, la ética discursiva no debería descuidar la dimensión subjetiva de la moralidad en aras de una exterioridad jurídica o sociológica, porque en el mundo moral al fin y al cabo los sujetos siguen siendo los individuos y sus opciones. Analizar los móviles, las actitudes, el diálogo intersubjetivo y la fuerza axiológica del principio ético, además de las peculiaridades externas del procedimiento moral, es tarea urgente para una ética que no se resigne a reducir la moral a derecho”⁷⁵. Y por supuesto que también desde afuera de la escuela, por ejemplo desde una perspectiva tomista⁷⁶, se reprocha al universalismo discursivo aquel riesgo de una razón práctica excesivamente teórica en tanto transita distante de las circunstancias concretas que son en definitiva las ineludibles coordenadas de la vida moral y las que condicionan el juicio moral. Es obvio que esa exigencia de deontologismo y universalismo devienen de la razón pura práctica kantiana apoyada en un imperativo categórico no contaminado de contingencia, pues no olvidemos el reiterado camino señalado por el Filósofo de Königsberg: “debes considerar tus acciones primero desde su principio subjetivo; pero puedes reconocer si ese principio puede ser objetivamente válido sólo en lo siguiente: en que, sometido por tu razón a la prueba de pensarte por medio de él a la vez como universalmente legislador, se cualifique para tal legislación universal ... en esta relación recíproca del arbitrio (la que se concibe y regula por el principio jurídico) no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere ... sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si con ello la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal”⁷⁷.

El realismo jurídico clásico ha recurrido a la prudencia como un puente idóneo que le permite a la razón unir las exigencias universales con las concretas e históricas circunstancias en las que ellas deben proyectarse. Una vez más podemos aludir a Finnis cuando toma del pensamiento clásico el

⁷³ Robert Alexy, “Teoría de la argumentación jurídica”, ob. cit., pg. 306.

⁷⁴ E. Tugendhat, “Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht”, A.R.S.P., n. 14 (1980), p. 4.

⁷⁵ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 567.

⁷⁶ Cfr. J. P. Rentto, “Aquinas and Alexy: A Perennial View to Discursive Ethics” art. cit..

⁷⁷ I. Kant, “Metafísica de las costumbres”, Tecnos, Madrid, 1994, ps. 32, 21 y 38.

recurso del “*spoudaios*”⁷⁸ para señalarlo como el punto de vista apropiado a los fines de definir el derecho.

Por supuesto, que la debilidad de ese camino universalista kantiano será –dicho ahora desde convicciones filosóficas distintas– la pérdida de lo circunstanciado y la necesidad de contar con una razón circunstanciada capaz de proyectar y amoldar las exigencias universales, en definitiva, la tarea que desde la filosofía griega se le asignó a la prudencia⁷⁹. Pues ese saber del buen vivir concreto y apoyado en la experiencia, no tiene cabida en la mirada kantiana, e incluso, la vieja *phronesis* padecerá, a partir del Filósofo de Königsberg, un cambio de significado y comenzará a asociarse con los intereses individuales.

11. Lo político y la intencionalidad “política” en la teoría alexyana (la ideología democrática): El formalismo, universalismo y deontologismo no sólo terminan privilegiando la política o el derecho –o sea el discurso institucionalizado– sino que tienen una traducción en el campo político en orden a la profundización de la democracia y a la participación en la misma⁸⁰; aunque también se ha criticado a la moral discursiva de cierta desatención al poder⁸¹. Benhabib⁸² ha reconocido que la ética discursiva conlleva la potenciación de la participación ilimitada y universal tras los principios consensuados que gobernarán la vida pública. Pero el problema es no limitar la propuesta a una democracia meramente formal y anclada en la insolidaridad del egoísmo individualista, y por eso la preocupación de completar las definiciones en el campo de lo institucional político. Habermas⁸³ reivindica para la teoría discursiva el asumir la tradición liberal –centrada en los derechos humanos– y la tradición republicana –vinculada a la soberanía popular–, y también rescata los planteos de Kohlberg en su intento por incluir en su teoría deontológica a la solidaridad o el bien de los otros junto a la justicia⁸⁴.

⁷⁸ Cfr. J. Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, ob. cit., ps. 15 y 103.

⁷⁹ Para un fuerte y apropiado reclamo crítico por la prudencia en relación a la teoría jurídica alexyana puede consultarse con provecho José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en P. Serna (dir.), “De la argumentación jurídica a la hermenéutica”, Comares, Granada, 2003.

⁸⁰ Adela Cortina recurre a esta expresión de “democracia radical” y de “radicalizar la democracia desde un nuevo sujeto moral” (Cfr. “Ética aplicada y democracia radical”, Tecnos, Madrid, 1993, ps. 123 y ss.).

⁸¹ Respecto a esa desatención del problema del poder puede consultarse E. Tugendhat en “Problemas de la Ética”, Crítica, Barcelona, 1984, ps. 138-139.

⁸² Cfr. S. Benhabib, “Autonomy, Modernity and Community. Communitarism and Critical Social Theory in Dialogue” en A. Honneth, Th. Mc Carthy, C. Offe y A. Wellemer, “Im Prozess der Aufklärung”, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, ps. 373-394.

⁸³ Cfr. J. Habermas, “Derechos humanos y soberanía popular: la concepción liberal y republicana”, en “Derechos y Libertades”, n.3 (1994), Univ. Carlos III, Madrid, ps. 215-230.

⁸⁴ Cfr. J. Habermas, “Justicia y Solidaridad”, en “Ética comunicativa y democracia”, K. O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michilini (Eds.), Ed. Crítica, Barcelona, 1991, p. 190.

También en Alexy la lógica del discurso culmina en la institucionalización democrática, y aun cuando no esté dispuesto a deducir directamente del discurso a los derechos humanos, no renuncia a conectar su teoría con el “liberalismo” o el “liberalismo analítico”⁸⁵. Cortina desde los mismos presupuestos filosóficos postula un “socialismo pragmático”⁸⁶ o “procedimental”⁸⁷ o “personalismo procedimental”⁸⁸. Algunos entienden que estas definiciones políticas tienen más que ver con cierta intencionalidad o propósito que con exigencias teóricas, y así García Figueroa⁸⁹ observa en Alexy un ideólogo del Estado de derecho preocupado por el positivismo en cuanto favorecedor de opciones totalitarias como las que vivió Alemania durante el nazismo. En este marco del “contexto de descubrimiento” son interesantes las consideraciones de orden autobiográfico que Apel ha vinculado con el desarrollo de su propia ética pragmática⁹⁰.

Más allá de los esfuerzos –de, por ejemplo, Habermas– dirigidos a diferenciar la proyección de la razón práctica al campo de lo pragmático (adecuación de los medios al fin), de lo ético (problemas del bien) y de lo moral (de la justicia), llegándose a concluir en este último terreno discursivo en una priorización deontológica de la justicia sobre el bien⁹¹, es cierto que el riesgo que late en la teoría discursiva es que la moral sea fagocitada por el derecho, o que en definitiva desde la perspectiva habermasiana se termine priorizando la política hasta absorber a la moral, lo cual paradójicamente podría aceptarlo Rorty cuando concluye en “la prioridad de la democracia sobre la Filosofía”⁹².

Por sobre intencionalidades o explicaciones psicológicas, el mundo político que se perfila a partir de la razón práctica discursiva parece más próximo a una “utopía de la comunicación libre de dominación”⁹³ que a una realidad

⁸⁵ Robert Alexy, “Vorwort”, en “Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie”, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, p. 10.

⁸⁶ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 557.

⁸⁷ A. Cortina, “Ética aplicada y democracia radical”, ob. cit., p. 70.

⁸⁸ A. Cortina, “La ética discursiva”, art. cit., p. 550.

⁸⁹ A. García Figueroa, “Principios y positivismo jurídico”, ob. cit., p. 401.

⁹⁰ Cfr. K. O. Apel, “¿Vuelta a la normalidad? ¿Podemos aprender algo esencial de la catástrofe nacional? El problema del paso histórico (mundial) a la moral posconvencional desde la perspectiva específica alemana”, en “Ética comunicativa y democracia”, ob. cit., ps. 70-117

⁹¹ Cfr. M. Boladeras, “Comunicación, ética y política”, ob. cit., ps. 100 y ss..

⁹² R. Rorty, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, en “La secularización de la Filosofía. Hermenéutica y posmodernidad”, G. Vattimo (comp.), Gedisa, Barcelona, 1992, ps. 31-63.

⁹³ O. Höffe, “Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht. und Staat”, Frankfurt, 1987.

imaginable. Todo el campo de lo institucional o lo comunitario que vincula y existe entre el individuo y el Estado no pareciera tener un receptividad realista en aquella propuesta⁹⁴, ni tampoco el espacio escasamente dialógico de las relaciones entre Estados. Sobre este último punto particularmente Habermas en sus consideraciones en torno a las democracias existentes se muestra notablemente prescindente de la política exterior. Una vez más, y desde planteos más clásicos, frente a los universalismos desencarnados nos parece una buena receta acudir a la vieja prudencia política para aludir a esos ineludibles y decisivos terrenos de las subjetividades de gobernantes y gobernados, como también el de las comunidades con sus identidades e historias peculiares. Finnis advierte que a mayor riqueza de los miembros de una sociedad más justificada resulta la presencia de la autoridad para la coordinación, y para resolver esos problemas de interacción o coordinación se encuentra o la vía de la unanimidad (el intercambio de promesas es una variante de este camino) o el de la autoridad. El reconocimiento de bienes comunes (o sea del nosotros y no sólo el bien mío o el tuyo) supone una tarea de obtención o conservación que nos remite a un saber concreto y circunstanciado que en clave aristotélica llamamos “prudencia política”.

A modo de conclusión

Más allá de eventuales polémicas, lo cierto es que en Alexy encontramos un referente obligado de la filosofía jurídica actual, que a partir de una teoría esencialmente procedural en sus orígenes (con puntos fuertes como la pretensión de corrección y la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico), ha llegado a elaborar –sin abandono de sus premisas, sino más bien como desarrollo o profundización de las mismas– una más amplia teoría jurídica, asentada sobre un concepto del derecho⁹⁵ explícitamente antipositivista o no-positivista, que de la mano de los argumentos de la injusticia –“la injusticia extrema no es derecho” (extremes Unrecht ist kein Recht)– y de los principios avala en definitiva conexiones conceptuales y normativamente necesarias entre derecho y moral, planteando con ello –parafraseando a Hart– un nuevo (y serio) desafío al positivismo jurídico.

⁹⁴ Adela Cortina se hace eco del reclamo apeliano de una racionalidad comunicativa mediada por la estratégica (cfr., “Ética comunicativa”, art. cit., p. 194).

⁹⁵ Dirá Alexy que toda filosofía del derecho es “implícita o explícitamente expresión de un concepto del derecho” (Robert Alexy “La institucionalización de la razón”, en “Persona y Derecho”, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, p. 217).

