

La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy

Por JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN.
3. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA. 4. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Toda discusión acerca del concepto de derecho, por compleja y aparentemente novedosa que pueda ser, deviene, tarde o temprano, en una discusión acerca de la relación entre derecho y moral; se trata, en definitiva, de dilucidar si existe entre ambos algún tipo de conexión ineludible en algún sentido. Esta conexión sería de *necesidad*, si nos referimos al plano conceptual o analítico, o de *preferibilidad* (en cuanto dicha conexión sirve a la consecución de objetivos deseables), si nos situamos en el normativo. En relación con cualesquiera de los sentidos, conceptual o normativo, es posible reducir el debate a dos posiciones básicas: la *tesis de la separación* y la *tesis de la vinculación*¹. Según la primera, el concepto de derecho no incorpora necesi-

¹ En buena parte motivados por los ataques de Dworkin a las principales tesis del positivismo hartiano, han aparecido últimamente en el contexto anglosajón (en unos términos algo distintos de los aquí empleados) una serie de planteamientos que pretenden situarse a medio camino entre ambas posiciones. Estas corrientes «incorporacionistas» o «incluyentes» suelen desembocar, sin embargo, en dilemas que los sitúan en uno u otro lado del debate. *Vid.* BAYÓN, J. C. «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro, P. E./Redondo, M. C. (comp.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, 2002, pp. 57-91; ESCUDERO ALDAY, R. *Los calificativos del positivismo jurídico*, Civitas, 2004.

riamente elementos morales (y tampoco es deseable que lo haga, desde un punto de vista normativo), de manera que es posible determinar la existencia y el contenido del derecho sin recurrir a argumentos morales, esto es, sobre la base exclusivamente de hechos sociales. En cambio, la tesis de la vinculación, y sin que ello suponga negar la presencia de elementos empíricos en la determinación del derecho, incorpora elementos morales a la definición del concepto de derecho.

Entre los intentos actuales de fundamentar tanto la verdad (analítica), como la preferencia de la tesis de la vinculación destaca el de Robert Alexy². El planteamiento del profesor alemán en defensa de la tesis de la vinculación está construido sobre tres argumentos: el *argumento de la corrección*, el *argumento de la injusticia* y el *argumento de los principios* (el primero y el tercero de ellos refutan las tesis positivistas desde un punto de vista analítico, el segundo, desde un punto de vista normativo).

Alexy incorpora una serie de distinciones que matizan el alcance de esta defensa de un concepto no positivista. En primer lugar, distingue entre las perspectivas del participante y la del observador. Según Alexy, adopta la *perspectiva del participante* «quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado», mientras que adopta la *perspectiva del observador* «quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico»³. La corrección de la tesis de la vinculación en ambos sentidos, analítico (conceptual) y normativo, se da únicamente en el marco de la perspectiva del participante⁴.

Otra distinción especialmente relevante para determinar el alcance de la tesis de la vinculación formulada por Alexy es la que distingue entre conexiones clasificantes y cualificantes. Se trata de una conexión *clasificante* cuando «las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos», mientras que una conexión *cualificante* es aquella en función de la cual «normas o sistemas jurídicos que satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no

² Vid. sus primeras intervenciones en el frente antipositivista [«On necessary Relations between Law and Morality», *Ratio Iuris* 2 (1989), pp. 167-183; «Zur Kritik des Rechtspositivismus», *ARSP Beiheft* 37 (1990), pp. 9-26] anticiparon lo que sería el concienzudo y elaborado estudio en defensa de la tesis de la vinculación titulado «El concepto y la validez del derecho» [en *Id. El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña), Geisha, Barcelona, pp. 13-130].

³ «El concepto y la validez del Derecho», p. 31.

⁴ Esta opinión es compartida, entre otros, por Garzón Valdés (vid. «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», en GARZÓN VALDÉS, E. *Derecho, Ética, Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 317-335).

meramente moral»⁵. En realidad, desde un punto de vista conceptual, lo relevante no es la efectiva satisfacción o realización de este o aquel criterio moral, sino la formulación misma de una pretensión de corrección en las normas o decisiones jurídicas. Así, en términos conceptuales, la tesis de la vinculación tendría en principio el carácter de una conexión clasificante, esto es, establecería como condición necesaria de la juridicidad el planteamiento de una pretensión de corrección. Pues bien, Alexy admite que, desde la perspectiva del observador y considerando únicamente las normas aisladas de un sistema jurídico, entre el derecho y la moral se daría únicamente una conexión cualificante, de manera que la constatación de la inmoralidad de una norma e incluso una ausencia total de pretensión de corrección en la misma, no supondría la negación de su carácter jurídico. O dicho de otro modo, que, en esos términos, la tesis de la separación es correcta, también en un sentido analítico o conceptual⁶. Respecto al sistema jurídico considerado como un todo, sin embargo, «la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria»⁷, forma parte del concepto de sistema jurídico. Aunque, desde un punto de vista meramente empírico, resulte altamente improbable la existencia de un sistema jurídico que no formule una pretensión de corrección, esto supondría ya un límite para la tesis de la separación incluso desde la perspectiva del observador. En cuanto al punto de vista del participante, ya se refiera a las normas jurídicas consideradas aisladamente o a los sistemas jurídicos en su conjunto, sólo sería correcta la tesis de la vinculación. En definitiva, salvo que adoptemos la perspectiva del observador y únicamente en relación con normas jurídicas aisladamente consideradas, Alexy sostiene que el concepto de derecho no puede (dimensión conceptual), ni debe (dimensión normativa), ser ajeno a los aspectos materiales del derecho.

En adelante, voy a revisar y cuestionar cada uno de los argumentos sobre los que descansa la propuesta no positivista de Alexy.

2. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

Según el argumento de la corrección, las normas jurídicas, las decisiones judiciales, así como los sistemas jurídicos, formulan, en tanto que actos de habla regulativos, una pretensión de corrección. Esta pretensión de corrección no es, en lo esencial, distinta de aquellas pretensiones de verdad asociadas a los actos de habla asertivos e

⁵ *Idem.*, p. 32.

⁶ En este sentido, Alexy afirma que «existe un uso de la expresión “derecho” en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible» («El concepto y la validez del Derecho», p. 36).

⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 40.

implica, igualmente, una pretensión u oferta de fundamentación y una expectativa de aceptación⁸. Esto es, la pretensión de corrección formaría parte del núcleo de significado de los actos de habla regulativos, propios del discurso práctico, y del que el razonamiento jurídico es un caso especial⁹. Alexy pretende demostrar el carácter necesario de la pretensión de corrección de los actos de habla regulativos mediante reducción al absurdo a partir de algunos ejemplos. Considérese, en primer lugar un precepto constitucional que estableciera:

(1) *X es una república soberana, federal e injusta.*¹⁰

Según Alexy, este artículo es defectuoso no ya sólo por razones *técnicas* (funcionales), *convencionales* o *morales*, que también, sino, y sobre todo, por razones *conceptuales* similares a las que hacen de la afirmación «el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo» un enunciado defectuoso. Un artículo como (1) es conceptualmente defectuoso porque contiene una contradicción performativa, esto es, lo que está explícitamente manifestado en el acto de habla contradice lo que está implícitamente presupuesto en el mismo: en el ejemplo, el legislador constitucional que niega la pretensión de corrección (justicia) que, necesariamente, está vinculada y presupuesta en el acto de sanción de una Constitución¹¹.

El segundo ejemplo es el siguiente fallo pronunciado por un juez:

(2) *El acusado es condenado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua*¹².

También en este caso, Alexy considera que se trata, esencialmente, de un error conceptual. Ciertamente, el juez vulnera, al pronunciar

⁸ ALEXY, R. «Recht und Richtigkeit», en Krawietz, W./Summers, R. S./Weinberger, O./von Wright, G. H. (eds). *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 3-19 (p. 6); *Id.* «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», en Wintgens, I. (ed). *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1999, pp. 23-45 (p. 24).

⁹ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo), CEC, Madrid, 1997, pp. 34 y 207 y ss.; *Id.* «La argumentación jurídica como discurso racional», en A.A.V.V. *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 219-245; *Id.* «La tesis del caso especial», *Isegoría* 21 (1999), pp. 23-35.

¹⁰ «El concepto y la validez del Derecho», p. 42.

¹¹ MACCORMICK, desde posiciones muy similares, hace notar en apoyo de la tesis de la pretensión de corrección implícita en la propia idea de Derecho que hablamos de «administración de justicia» y no de «administración de injusticia» («Natural Law and the separation of Law and Morals», en GEORGE, P., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 105 ss., cita en p. 112).

¹² *Idem.*, p. 44. He traducido el término alemán «falsch» como «erróneo» y no como «falso», como suele hacerse, porque de otro modo el enunciado (3) carece, en mi opinión, de sentido (no alcanzo a entender qué significa que una interpretación del derecho es «falsa»).

esta sentencia, convenciones sociales; cosa que también haría, sin embargo, si dictara la sentencia con un aspecto descuidado o desaliñado («sin haberse afeitado y con una toga sucia», dice Alexy). Del mismo modo, contraviene las reglas de derecho positivo que le obligan a interpretar correctamente el derecho vigente; lo que también ocurriría, si el juez, ignorando que su interpretación es errónea, sostuviera que es correcta. Ahora bien, si el juez creyera erróneamente que su interpretación no es correcta, pero sí lo fuera, entonces, la sentencia no sería jurídicamente defectuosa, sino sólo conceptualmente. Quien pronuncia una sentencia como (2) comete una contradicción performativa, es como si no hubiera entendido cómo «usamos» o «hacemos» las decisiones judiciales¹³; toda sentencia judicial eleva una pretensión de que el derecho es aplicado correctamente, de manera que el contenido explícito de la sentencia contradice la pretensión implícitamente formulada con el acto institucional de juzgar.

En fin, estos ejemplos pretenden poner de manifiesto que los participantes en la práctica social en que, desde algún punto de vista, consiste el Derecho, plantean necesariamente, en distintos niveles (legislativo, judicial, etc.), pretensiones de corrección, que, en la medida en que contienen implicaciones morales, expresan una *conexión conceptual* entre Derecho y Moral. Sin embargo, esta conexión tiene un sentido distinto según se trate de normas o decisiones jurídicas consideradas de un modo individual, por un lado, o sistemas jurídicos, por otro. Respecto de las normas y las decisiones judiciales, la pretensión de corrección es relevante en un sentido exclusivamente *cualificante*, mientras que en relación a los sistemas jurídicos habría que distinguir entre la formulación y la satisfacción de la pretensión de corrección: respecto a lo primero, tiene (como ya ocurría en el plano del observador) relevancia *clasificante* o constitutiva de la juridicidad, en cuanto a lo segundo, se trata de una relevancia *cualificante*. Simplificando: las normas y decisiones jurídicas que no formulan o satisfacen la pretensión de corrección son, en cualquier caso, sólo jurídicamente deficientes; en cambio, el sistema normativo que ni siquiera formula una pretensión de corrección, no es un sistema jurídico, y el que simplemente no la satisface, es un sistema jurídicamente defectuoso¹⁴.

Contra este planteamiento se han formulado una serie de objeciones que afectan (i) a la relevancia de la perspectiva que se adopte en relación con la verdad de la tesis de la separación; (ii) a la consistencia interna del planteamiento (en concreto a cómo entender la afirmación de que la pretensión de corrección es, respecto de las normas y decisiones judiciales, relevante en un sentido meramente cualificante y no constitutivo); y, (iii) a los presupuestos teóricos que sustentan la tesis de la pretensión de corrección.

¹³ PAVLAKOS, G. «The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law», *Ratio Juris* 11 (1998), pp. 126-154, cita en p. 132.

¹⁴ «El concepto y la validez del Derecho», pp. 41-42.

(i) En primer lugar, se ha cuestionado que el punto de vista, interno (del participante) o externo (del observador), desde el que se considere una proposición pueda afectar al valor de verdad de la misma, ya que esto depende únicamente (de la correspondencia con los hechos) del objeto a que aquélla se refiere. Así, no se entiende bien que la tesis de la vinculación, expresada en el enunciado «la moral es un elemento necesario en la definición del concepto de derecho» sea verdadera únicamente cuando es formulada por un participante en un sistema jurídico determinado, salvo que se trate de dos conceptos de derecho distintos: prescriptivo en los participantes y descriptivo para el observador. En ese caso, el enunciado anterior contendría ya dos proposiciones distintas, y sería posible que una fuera verdadera y la otra no, pero, entonces, el fundamento de la distinción no estaría ya en la relevancia cognitiva del punto de vista adoptado en la identificación del derecho, sino de los distintos usos del lenguaje¹⁵. Como sabemos, según Alexy, adopta la perspectiva del participante quien participa en una argumentación acerca de lo que *está ordenado, prohibido y permitido o autorizado en un sistema jurídico*, mientras que adopta la del observador *quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico*, sino cómo se decide de hecho en el mismo; dicho de otro modo, quien pregunta acerca del resultado de las argumentaciones llevadas a cabo por los participantes. Alexy ha deslizado ya aquí los presupuestos para que su planteamiento resulte plausible, al menos aparentemente. La cuestión es qué se supone que (se) pregunta un participante. Cuando se discute acerca de *qué está ordenado, prohibido y permitido o autorizado en un determinado sistema jurídico*, ¿se está preguntando algo distinto a si una norma *N* pertenece o no al sistema jurídico *X? Y*, ¿no es eso mismo lo que hace el observador? La distinción sólo tiene sentido si ambos contestan cosas distintas; y, de hecho, según Alexy, es lo que hacen, pero no en función del punto de vista, sino de los criterios de pertenencia (con lo que ya tenemos dos conceptos de derecho distintos). Desde el punto de vista del observador, «pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz»¹⁶, de manera que el enunciado «la norma *N* es derecho» será verdadero si satisface estas condiciones de verdad. Desde el punto de vista del participante, en cambio, sería posible afirmar: «*A* ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con los criterios válidos en Alemania y la pérdida de su nacionalidad es también socialmente eficaz pero, ¿es esto derecho?»¹⁷, o lo que es lo mismo, cuestionar si los efectos de la aplicación de una norma válida y eficaz son, en virtud de su contenido, derecho. Y esto

¹⁵ BULYGIN, E. «¿Hay una vinculación necesaria entre derecho y moral?», en Vázquez, R. (comp.) *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 217-218.

¹⁶ «El concepto y la validez del Derecho», p. 36.

¹⁷ *Ibidem*.

sólo es posible desde un punto de vista práctico, o sea, normativo. Pero entonces, mientras que el del participante es un concepto normativo (moral) de derecho referido a valores, el del observador es un concepto descriptivo referido a hechos. El par observador/participante conduce así a una pseudodisputa acerca del concepto de derecho en el plano analítico o conceptual. La perspectiva del participante no prueba nada, sino que, más bien, presupone ya un concepto normativo de derecho.

(ii) La segunda objeción se refiere a la posible contradicción que encierra la afirmación de que tanto los sistemas jurídicos, como las normas consideradas aisladamente y las decisiones judiciales formulan *necesariamente* una pretensión de corrección a la vez que, únicamente respecto de los sistemas jurídicos, podemos hablar de una conexión clasificante o constitutiva de la juridicidad. Como vimos, se da una conexión clasificante entre derecho y moral si la satisfacción de determinados criterios es condición necesaria de la juridicidad, mientras que se trata de una conexión cualificante cuando no lo es; de ahí resulta que la primera es una conexión conceptual y, por tanto, analítica, mientras que la segunda, en tanto contingente, es empírica. Si, como sostiene Alexy, la formulación de una pretensión de corrección constituye condición necesaria de la juridicidad (conexión cualificante) únicamente respecto de los sistemas jurídicos, pero no de las normas aisladas o las decisiones judiciales (conexión cualificante), entonces, y en clara contradicción con la tesis de la vinculación, la formulación de una pretensión de corrección no es condición necesaria de la juridicidad de las normas aisladas o las decisiones judiciales¹⁸.

Para escapar del problema de la contradicción, Alexy distingue entre una formulación *subjetiva* y otra *objetiva* (o institucional) de la pretensión de corrección¹⁹. En sentido estricto, sólo los individuos, en tanto capaces de actos de habla, pueden formular pretensiones de corrección: la validez de los actos jurídicos, judiciales o legislativos, realizados por las personas (participantes) en el contexto de un sistema jurídico deriva de las normas de competencia que confieren esos poderes a determinados sujetos que desarrollan, en el ejercicio de los mismos, un papel institucional al que –dice Alexy– está *necesariamente* asociada una pretensión de corrección en la medida en que el sistema jurídico considerado en su totalidad la formula. Así, cuando un juez, como en el fallo referido más arriba [(2)], contradice la pretensión de corrección, lo hace en un sentido meramente subjetivo; la actuación de los jueces o legisladores en tanto tales, incorpora ya, en un sentido objetivo, una pretensión de corrección. Así explica Alexy, sobre la base de la contingencia de la pretensión de corrección en tér-

¹⁸ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», en Aarnio, A./Paulson, S./Weinberger, O./von Wright, G. H./Wyduckel, D. (Hsg.) *Rechtsnorm und Rechtswirlichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 20-21.

¹⁹ ALEXY, R. «On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique», *Ratio Juris* 13 (2000), p. 145; «Recht und Richtigkeit», p. 4.

minos subjetivos, cómo es posible que la contravención de hecho por parte de legisladores, jueces y tribunales de la pretensión de corrección que necesariamente, desde el punto de vista institucional, formulan los actos jurídicos, no obstaculice que sigamos considerando jurídicas tales normas o decisiones. Los actos jurídicos individuales que no plantean dicha pretensión son, sencillamente, defectuosos (*faulty*).

Esta solución del problema de la contradicción nos conduce a un segundo problema asociado a la idea de una conexión cualificante basada en la pretensión de corrección: el problema de la trivialidad. Si sólo las conexiones clasificantes describen condiciones necesarias, las conexiones cualificantes, por tanto, describen condiciones contingentes que pueden darse o no, de manera que su concurrencia o falta de ésta en normas y decisiones judiciales no confirma o destruye su carácter jurídico. Alexy, sin embargo, y con la intención de salvar el carácter necesario de la pretensión de corrección, sostiene que las condiciones cualificantes también son necesarias en algún sentido: los sistemas jurídicos que no satisfagan la pretensión de corrección son *necesariamente* sistemas jurídicos defectuosos, del mismo modo que las normas y decisiones jurídicas que no formulen o satisfagan una pretensión de corrección son *necesariamente* normas y decisiones jurídicas defectuosas. Esto es, las condiciones cualificantes son definitorias (clasificantes) no ya de la juridicidad de un sistema normativo, una norma o una decisión, sino de cuándo éstos son defectuosos²⁰. Ahora bien, como sostiene Bulygin, esto resultaría trivial: es una verdad analítica que las normas jurídicas que no formulan una pretensión de corrección son defectuosas, pero eso sería lo mismo que afirmar que «las normas jurídicas defectuosas son defectuosas»²¹. Lo que, según Alexy, conferiría un carácter especial (y convierte esta afirmación en algo no tan trivial) al «defecto» de los sistemas, normas y decisiones jurídicos es el hecho de que la pretensión de corrección tiene un carácter constitutivo; el derecho que no realiza una pretensión de corrección es moralmente defectuoso (dimensión externa), pero, al mismo tiempo, y en la medida en que necesariamente formula, en un sentido objetivo y no contingente, dicha pretensión de corrección, que incluye una pretensión de corrección moral, se trata de un defecto jurídico (dimensión interna): «[I]a pretensión de corrección transforma los defectos morales en defectos jurídicos»²².

²⁰ ALEXY, R. «Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments», en Garzón Valdés, E. et al. (eds.). *Normative Systems in Legal and Modern Theory. Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin*, Dunker & Humblot, Berlin, 1997 [se cita por la versión española «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», en Alexy, R./Bulygin, E. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral* (Trad. e Intro. de P. Gaido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 53-84, referencia en pp. 65-67].

²¹ BULYGIN, E. «Alexy's Thesis of Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Iuris* 13 (2000), p. 135.

²² «On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique», p. 146.

En definitiva, la defensa de Alexy contra las acusaciones, primero de contradicción (basada en la distinción de una dimensión subjetiva y otra objetiva de la pretensión de corrección), y luego, de trivialidad (que presume el carácter constitutivo de la pretensión de corrección), descansa en una concepción de lo *conceptual* esencialista y teleológica²³ (en contraposición a una concepción convencional y arbitraria²⁴, que vaciaría lo conceptual, reduciéndolo a las características definitorias de los conceptos, cualesquiera que fueren éstas), que asocia al derecho la idea de corrección²⁵. Y, como intentan mostrar los anteriores ejemplos de Alexy, esta conexión estaría implícita en las reglas que constituyen el núcleo de significado de los actos de habla regulativos específicos del derecho, como son la creación de normas generales y su aplicación a casos particulares. Esta tesis es objeto de crítica en el siguiente apartado.

(iii) En última instancia, la conexión conceptual entre el derecho y la corrección (moral) descansa en una serie de presupuestos lingüísticos en relación con determinadas prácticas jurídicas (básicamente, la legislación y la aplicación del derecho) en tanto que actos de habla regulativos. Alexy no desarrolla una auténtica teoría en relación con esta cuestión, sino que, asumiendo las ideas fundamentales de Apel y Habermas, se limita a formular una serie de ejemplos que vendrían a mostrar cómo se da esa conexión. Aquí cabrían, por tanto, dos estrategias de ataque: una crítica general y frontal a la teoría del lenguaje subyacente en esta defensa de la tesis de la vinculación²⁶, o bien una crítica indirecta, que toma como objetivo inmediato los ejemplos sugeridos por Alexy. En este trabajo seguiré la segunda.

²³ En este sentido se refiere a la pretensión de corrección como un «universal jurídico material» [«Law, Discourse and Time», *ARSP Beiheft* 64 (1995), p. 103]. Una tesis muy similar a la de Alexy es sostenida por MACCORMICK en «Law, Morality and Positivism», en MacCormick, N./Weinberger, O. *An Institutional Theory of Law. New approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 127 y ss., en especial, pp. 140-141.

²⁴ Vid. WITTGENSTEIN, L., *Los cuadernos azul y marrón* (Trad. F. Gracia Guillén), Tecnos, Madrid, 1976, pp. 53-54.

²⁵ GAIDO, P., «Introducción», en Alexy, R./Bulygin, E. *La pretensión de corrección del derecho*, pp. 24-25; sobre el «esencialismo conceptual», vid. NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 28.

²⁶ Una crítica de este tipo puede verse en HILGENDORF, E., *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, pp. 131-157; GRIL, P., *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 47-57; ENGLÄNDER, A., *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 41-68; *Id.* «Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsargument von Robert Alexy», *Rechtstheorie* 28 (1997), pp. 437-485, en especial, pp. 446-449; *Id.* «The Failure of Discourse Theory. Critical Remarks on Habermas' Moral and Legal Cognitivism», *Associations* 4 (2000), pp. 223-251; GUARIGLIA, O., *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, FCE, Buenos Aires, 1996, pp. 156-157.

Lo que aquí se cuestiona, por tanto, es que el ejemplo formulado por Alexy muestre una conexión conceptual entre derecho y moral. En este sentido, Eugenio Bulygin sostiene que, efectivamente, el enunciado (1) –X es una república soberana, federal e injusta– es defectuoso, pero, a diferencia de lo afirmado por Alexy, no desde todo punto de vista y, sobre todo, no por incurrir en contradicción. Para fundamentar esta tesis, analiza el enunciado desde distintas perspectivas posibles (considerándolo alternativamente como un enunciado descriptivo, normativo o una mera declaración política).

a) Si fuera contemplado como una *descripción*, podría ser verdadero o falso y no carecería en absoluto de sentido, pero, obviamente, no es este el caso: (1) forma parte de una constitución hipotética y tiene, por tanto, carácter prescriptivo.

b) Como *prescripción*, no tiene ningún sentido, del mismo modo que no lo tendría ordenar que «los países deben ser ricos o los árboles verdes»; que una constitución sea o no justa no es algo que pueda ser prescrito –sólo las acciones o sus consecuencias pueden serlo–, es una cuestión relativa a hechos²⁷.

c) En último lugar, cabría considerarlo como una *declaración política*²⁸. En este caso, tendría pleno sentido significativo (conceptual); no así, sin embargo, desde un punto de vista político, en que resultaría completamente inadecuado²⁹.

Contrario a este planteamiento, Alexy mantiene que un enunciado como (1) sigue un modelo típico de formulación de preceptos constitucionales y su sentido normativo es similar al que posee el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana: «La República Federal Alemana es un Estado federal, democrático y social», del que derivan cuatro principios constitucionales –república, democracia, Estado social y Estado federal– dirigidos a todos aquellos, poderes públicos o particulares, cuyas acciones puedan verse afectadas por dichos principios³⁰. En todo caso, aun admitiendo que tuviera sentido prescriptivo, cabría preguntarse si los enunciados normativos pueden ser autocontradictorios del mismo modo en que lo son los enunciados descriptivos, como parece admitir Alexy al equiparar el artículo constitucional al enunciado descriptivo del gato sobre el felpudo³¹. En el caso de los enunciados descriptivos o usos descriptivos del lenguaje, la contradicción performativa consiste en que, simultáneamente, se

²⁷ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 22.

²⁸ Las «declaraciones políticas» pertenecen a un tipo de enunciados que no influyen sobre las consecuencias normativas del sistema, carecen de toda relevancia normativa (vid. ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 106-107).

²⁹ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 22.

³⁰ «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», pp. 75-77.

³¹ SILTALA, R. «Derecho, moral y leyes inmorales», *Doxa* 8 (1990), pp. 149-170, en especial, p. 166.

expresa *implícitamente*³² y se niega *explícitamente* una misma creencia; en el ejemplo, que «el gato está sobre el felpudo». Pero, ¿en qué podría consistir la contradicción en relación con un enunciado normativo como (1)? Del planteamiento de Alexy parece deducirse que incurre en tal contradicción quien admite abiertamente el carácter injusto del sistema jurídico que pretende instaurar. Esto, sin embargo, no es correcto. Pensemos en un legislador constituyente que reconociera en el propio texto constitucional que el sistema jurídico que ha creado está orientado a la satisfacción del interés de determinados grupos sociales y, en todo caso, de los ciudadanos de ese Estado frente a cualesquiera otras personas, así como a favorecer los medios que proporcionen la estabilidad de dicho sistema, ignorando muchas de sus propias convicciones morales y de justicia de inspiración universalista³³; ¿dónde está la contradicción (conceptual)? Sencillamente, no la hay.

Algo similar ocurre con el fallo: «El acusado es condenado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua» [(2)]. Considerado como una prescripción, (2) carece de todo sentido. Alexy confundiría aquí dos funciones del lenguaje: naturalmente que un juez puede opinar, según su propio criterio, acerca del contenido de justicia de una decisión o de su adecuación al derecho vigente; ahora bien, el fallo tiene carácter *normativo* (establece qué se *debe hacer* con el acusado o demandado), no *descriptivo*, de manera que una declaración del tipo de la incluida en (2), está fuera de lugar. Cuando un juez opina sobre su propia sentencia, «no está ya actuando como tal, esto es, no está pronunciando un fallo, sino manifestando su opinión personal acerca del mismo»³⁴. En este sentido, Neumann ha llamado la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre el rol social de quien realiza un acto de habla y las reglas lingüísticas que lo rigen. Así, por ejemplo, quien en la entrega de un premio afirma: «Le concedo el premio X, aunque no lo merece», estaría defraudando las expectativas de comportamiento asociadas a su papel en la ceremonia de entrega (sobre la base de determinadas reglas sociales), pero, en ningún caso, puede decirse que su afirmación sea contradictoria³⁵. Efectivamente, no es infrecuente que la concesión de un premio obedezca a motivos distintos del mérito (al menos, del mérito declarado); sí lo es, en cambio, que se diga, rompiendo así las reglas de cortesía, en el momento de la entrega. No hay nada de contradictorio, desde un punto de

³² Esta expresión implícita de una creencia depende, a su vez de presupuestos, cuyo carácter convencional o no, no es discutido en este trabajo; es el caso del presupuesto de que los actos de habla asertivos (y me refiero aquí a genuinos actos de habla asertivos que no formen parte de estrategias de engaño o de otros usos del lenguaje, como el humor, etc.) plantean una *pretensión de verdad* [Vid. WEINBERGER, O., *Rechtslogik*, Dunker & Humblot, Berlin, 1989 (2.ª ed.), p. 54].

³³ Tomo el ejemplo, con ligeras modificaciones, de Armin ENGLÄNDER «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 444.

³⁴ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 23.

³⁵ NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 88-89.

vista lingüístico-conceptual, en afirmar que la propia decisión judicial es incompatible con el derecho vigente. La pretensión de corrección, entendida como pretensión de adecuación al derecho vigente, tiene un fundamento jurídico positivo, no lingüístico-conceptual; sencillamente, se espera que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, fallen a favor o en contra de la parte acusada o demandada conforme al derecho vigente, so pena de responsabilidad jurídica. Que (3) resulta un fallo absurdo, es algo que está fuera de toda duda: conecta unas consecuencias jurídicas a unos hechos y, a la vez, cuestiona la relación de imputación que fundamentaría dicha conexión normativa. Aquí lo que hay es, simple y llanamente, una contravención del principio de legalidad, que es un presupuesto de naturaleza jurídico-política. Para que hubiera una contradicción conceptual, habría que mostrar, y Alexy sólo lo presupone, un presupuesto lingüístico de igual contenido. Como he sostenido antes, la interpretación correcta del derecho vigente y la adecuación al mismo forma parte de una pretensión de corrección de fundamento jurídico positivo.

En fin, resulta discutible que (1) y (2) pongan de manifiesto una conexión conceptual entre derecho y moral por medio de una contradicción performativa entre la pretensión de corrección que Alexy (pre)supone implícita en los enunciados normativos y su contenido. Ciertamente, (1) y (2) son ejemplos de, respectivamente, un artículo constitucional y un fallo judicial defectuosos, pero, como se ha mostrado, es dudoso que lo sean por razones conceptuales.

3. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA

La aceptación del argumento de la corrección no implica, necesariamente, la aceptación de la tesis de la vinculación: un positivista podría objetar que la pretensión de corrección fundamenta, salvo en el supuesto remoto de los sistemas normativos que ni siquiera la formularan, una conexión cualificante, no clasificante. Consciente de esta limitación, Alexy hace entrar en juego al *argumento de la injusticia*, que consiste, básicamente, en una defensa de la así llamada *fórmula Radbruch*, según la cual, cuando las normas traspasan un determinado umbral de injusticia, pierden su carácter jurídico³⁶. Esta «tesis débil de la vinculación», como el propio Alexy la denomina³⁷, no exige un correlativo moral para toda norma jurídica, sino un marco de inmoralidad tolerable: el derecho no es *definido*, sino *limitado* por la moral, esto es, se trataría de una vinculación parcial entre derecho y moral³⁸,

³⁶ RADBRUCH, G. «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Id. Gesamtausgabe*. Bd. 3, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83-93, cita en p. 89.

³⁷ «El concepto y la validez del derecho», p. 53.

³⁸ «A Defence of Radbruch's Formula», en Dyzenhaus, D. (ed.) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 1999, p. 17.

de manera que seguiría siendo posible desde esta perspectiva una actitud crítica frente al derecho³⁹.

A diferencia del argumento de la corrección, que se desarrolla en el plano analítico o conceptual, el argumento de la injusticia tiene carácter normativo. En cuanto problema normativo, el argumento de la injusticia se despliega en términos de preferibilidad de un concepto no positivista de derecho frente a uno positivista. La preferibilidad es siempre en relación con uno o varios fines considerados valiosos. Alexy analiza una serie de argumentos (que denomina como los argumentos *lingüístico*, de la *claridad*, de la *efectividad*, de la *seguridad jurídica*, del *relativismo*, de la *democracia*, de la *inutilidad*, y de la *honestidad*⁴⁰) que harían preferible, en su opinión, un concepto no positivista de derecho (tesis de la vinculación) o, en todo caso, no permitirían defender una clara preferibilidad de una concepción positivista de derecho (tesis de la separación). Estos argumentos se refieren, fundamentalmente, a tres cuestiones importantes: el problema de la eficacia de un argumento no positivista para combatir la injusticia manifiesta de algunos ordenamientos jurídicos (argumentos de la eficacia y de la inutilidad); la identificación del derecho y de su contenido (argumentos lingüístico, de la claridad y del relativismo); y, por último, la retroactividad del derecho (argumentos de la seguridad jurídica, de la democracia y de la honestidad). Aquí me ocuparé esencialmente de las dos primeras cuestiones.

La postura antipositivista a que conduce el argumento de la injusticia puede tener una enorme trascendencia práctica, como se ha puesto de manifiesto en algunos fallos de los tribunales alemanes en relación con hechos acaecidos durante el período del régimen nacionalsocialista⁴¹ o en la extinta República democrática alemana (RDA)⁴², que han negado el carácter jurídico de algunas leyes (promulgadas conforme a los procedimientos de creación de normas y obedecidas y aplicadas, esto es, válidas y eficaces) por razón de su contenido altamente injusto. Esto, sin embargo, no deja de ser la revisión de una situación histórica por parte de quienes detentan el poder tras el derrumbe de los

³⁹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 53.

⁴⁰ *Idem.*, pp. 46-67.

⁴¹ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1968 en relación con el Decreto 11 que desarrollaba la Ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941, que privaba de la nacionalidad alemana por razón de la raza a los judíos emigrados (*vid.* «A Defence of Radbruch's Formula», pp. 18-19).

⁴² Alexy se ha ocupado por extenso del asunto de los centinelas del muro de Berlín (*Mauerschützen*) en varios trabajos: *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993; *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze von 24. Oktober 1996*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1997 [de este último existe traducción castellana: «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *Doxa* 23 (2000), pp. 197-232].

sistemas políticos y jurídicos injustos: establece qué parte de todo aquello resulta ideológica y moralmente (in)asumible por el presente. Esta relevancia práctica a posteriori nada tiene que ver con el concepto de derecho, sino con la ideología y la moral dominantes en el momento histórico.

Que el derecho es un instrumento en manos del poder es una de las principales líneas de defensa del positivismo jurídico⁴³ frente al argumento de la indefensión formulado por Radbruch. Como es sabido, Radbruch responsabilizó al positivismo de haber dejado indefensos a los juristas alemanes frente a la injusticia legalizada y amparada por el derecho nacionalsocialista. Con el tiempo se ha visto que, como hipótesis histórica, el argumento de la indefensión, es manifiestamente falso⁴⁴; y, desde un punto de vista teórico, inaceptable⁴⁵, de manera que la cuestión de la eficacia para combatir la injusticia amparada por el derecho positivo no queda resuelta mediante la tesis simplista de que para el formalismo positivista cualquier norma, por muy indeseable que resulte desde un punto de vista moral, puede ser una norma jurídica, lo que dejaría sin argumentos a los juristas. El segundo paso en la defensa del positivismo fue darle la vuelta al argumento de la indefensión: es precisamente el concepto no positivista de derecho, al asociar elementos morales a la validez, el que propicia situaciones de legitimación y obediencia acrítica del derecho.

Como vimos más arriba, el riesgo de pérdida de la actitud crítica no afecta a planteamientos como el de Alexy, que admite la juridicidad de normas injustas, pero tolerables. No obstante, el estado de la cuestión ha desplazado la carga de la argumentación, situando ahora a los no positivistas en situación de tener que justificar que un concepto de derecho no positivista no es menos eficaz o, en su caso, algo más eficaz para combatir la injusticia legal que un concepto positivista de derecho. Alexy despliega aquí dos líneas de argumentación: el argumento de la *praxis jurídica* y el *efecto de riesgo*.

Según el argumento de la *praxis jurídica*, si existe un consenso en la comunidad jurídica acerca de la necesidad de que las disposiciones estatales satisfagan determinados contenidos mínimos de justicia, «se dispone ya de una argumentación jurídica enraizada en la *praxis jurídica* y no sólo de una argumentación moral para enfrentarse a los actos de un régimen injusto»⁴⁶. No escapa al propio Alexy la escasa resistencia que un consenso de este tipo ofrece frente a un régimen

⁴³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. G. Carrió), 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 259-260.

⁴⁴ GARZÓN VALDÉS, E., «Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual» y «Derecho natural e ideología», en *Id.*, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 235 y ss. (cita en p. 237) y 145 y ss., respectivamente.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en *Id.*, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fé de Bogotá, 1997, pp. 233 y ss.; FÜßER, K., «Rechtspositivismus und gesetzliches Unrecht. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende», *ARSP* 78 (1992), pp. 301-331.

⁴⁶ «El concepto y la validez del Derecho», p. 55.

injusto, de manera que la efectividad del argumento de la praxis jurídica se referiría principalmente a regímenes injustos débiles en su fase inicial. Sea como fuere, este argumento está de más en relación con los sistemas jurídicos que ya incorporan en sus constituciones ciertos principios fundamentales de justicia; ¿qué aportaría un concepto de derecho no positivista en un panorama como éste? ¿Acaso podría ofrecer una resistencia mayor que la que ya ofrece la propia constitución? Parece que no. Al fin y al cabo, el argumento de la praxis jurídica incurre en el mismo error que el argumento de la indefensión de Radbruch: pensar que los argumentos jurídicos tienen, por sí mismos, una capacidad o efecto práctico del que los argumentos morales carecen. Pero, sean del tipo que sean, los argumentos por sí mismos carecen de capacidad para determinar la realidad. La fuerza de los argumentos jurídicos no reside en que sean jurídicos, sino en que todos, o la mayoría de nosotros, nos sentimos obligados por ellos, creemos que las normas jurídicas están para ser cumplidas y las sentencias para ser ejecutadas. Resulta irrelevante de qué tipo de argumentos dispongamos para enfrentarnos a un orden injusto cuando éste se convierte en la ideología dominante. La experiencia nacionalsocialista y otras muchas han mostrado que ningún concepto de derecho proporciona inmunidad frente a ideas e interpretaciones aberrantes de las disposiciones legales y, en general, contra prácticas jurídicas moralmente insoportables⁴⁷; como sostiene Engländer en relación con aquella etapa de la reciente historia alemana, «el problema no radicó en el antagonismo de un derecho injusto, pero efectivo, y una moral correcta, pero impotente, sino, más bien, en la coincidencia de la moral dominante y el derecho»⁴⁸.

Las consecuencias favorables de un concepto no positivista de derecho se anticiparían en el tiempo también en el plano individual en lo que Alexy denomina el «efecto de riesgo»: la adopción de un concepto no positivista del derecho puede favorecer y/o acelerar el derrumbe de los sistemas injustos o, al menos, reducir el grado de injusticia porque las perspectivas de responder judicialmente ante un

⁴⁷ Es el caso, por ejemplo, de las leyes de frontera de la extinta RDA. Para un análisis del contraste entre la legislación vigente entonces y la interpretación y aplicación de la misma, véase, JAKOBS, G. «Crímenes del Estado-Ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?», *Doxa* 17-18 (1995), pp. 445-467; NEUMANN, U. «Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA», *Doxa* 17-18 (1995), pp. 435-444; ALEXY, R. *Mauerschützen*; *Id.* «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal»; DREIER, R. «Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes», en HAFT, F. *et al.* (Hg.) *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 57-70; DANNECKER, G./STOFFERS, K., «Rechtsstaatliche Grenzen für die Strafrechtliche Aufarbeitung des Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze», *JZ* (1996), pp. 490-494; AMELUNG, K., «Strafbarkeit von Mauerschützen», *Jus* (1993), pp. 637-643; ARNOLD, J./KÜHL, M., «Probleme der Strafbarkeit von Mauerschützen», *Jus* (1992), pp. 991-997.

⁴⁸ ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 458.

hipotético, pero, a la vez, seguro, derrumbe del sistema, desincentiva la participación en la injusticia, incluso de aquéllos que comparten sus fundamentos⁴⁹. El argumento del efecto del riesgo será un buen argumento en la medida en que lo sea la predicción que contiene. Esta predicción tiene su fundamento en un cálculo de utilidad, o sea, en la prudencia de las personas. Pues bien, de entrada, el efecto de riesgo resulta inocuo frente a los fanáticos, figura nada ajena a los sistemas de extrema injusticia, dicho sea de paso, que si algo no hacen, son cálculos de utilidad; al menos, en términos comprensibles para el sentido medio de la prudencia. Pero es que tampoco en relación con aquéllos que sí pueden verse potencialmente influidos por el «riesgo» de ser juzgados en el futuro resulta plausible el argumento. El participante en un sistema de extrema injusticia (por voluntad propia o por otro tipo de razones, por ejemplo, profesionales) se enfrenta a dos riesgos: de un lado, el riesgo a que se refiere Alexy, que es un riesgo incierto y a más o menos largo plazo, de ser juzgado como participante en un sistema de extrema injusticia tras el derrumbe de éste por los participantes en un sistema posterior; y, de otro lado, el riesgo, inmediato en el tiempo, de ser juzgado como opositor al régimen extremadamente injusto del que el agente se niega a formar parte. A la proximidad en el tiempo hay que unir otra circunstancia: las garantías del proceso. Es probable que a un sistema extremadamente injusto le suceda un sistema que incorpore ciertas garantías procesales, respete el principio de proporcionalidad de las penas y reconozca ciertos derechos en el cumplimiento de éstas. En cambio, ya sabemos cómo juzgan los sistemas totalitarios, precisamente para desincentivar la disidencia, la negación de obediencia o a aquéllos que, de un modo más o menos disimulado, se oponen al régimen (procesos sumarios, por lo general, carentes de ningún tipo de garantías). Pero es que también podría suceder que a un sistema extremadamente injusto siga otro sistema injusto, como de hecho ocurrió tras la guerra en la Alemania oriental, donde el totalitarismo nacionalsocialista dio paso al totalitarismo soviético. Desde un punto de vista estrictamente prudencial y no moral (que es de lo que se trata en este argumento del «efecto de riesgo»), ante esta posibilidad ¿qué motivos puede tener un demócrata para, poniendo en riesgo su vida y la de los suyos, plantar cara al sistema? En mi opinión, Alexy no tiene en cuenta algunos factores, entre ellos la incertidumbre, que hacen bastante implausible el argumento de la efectividad⁵⁰.

Hay un último aspecto problemático del argumento del «efecto de riesgo» que conecta directamente con el asunto de la identificación del derecho, en especial, con el argumento del relativismo. La efectividad de un concepto no positivista de derecho (en los térmi-

⁴⁹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 56.

⁵⁰ Una argumentación similar en ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit der Rechtspositivismus», pp. 458-459 y DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 114-116.

nos que describe el argumento del efecto de riesgo) presupone, no sólo la asunción por los juristas de un tal concepto de derecho, sino la percepción de la injusticia extrema e insoportable que ya no es derecho y cuya obediencia o aplicación constituiría el principal cargo contra ellos en un futuro (y, por ahora, hipotético) juicio. Si no se es capaz de identificar la injusticia extrema e insoportable, resultaría irrelevante, desde el punto de vista de la efectividad, la adopción de un concepto no positivista de derecho. La identificación del límite, dónde comienza el umbral de la injusticia insoportable, no es algo fácil. El propio Radbruch admite que «resulta complicado establecer la frontera entre las normas injustas, pero todavía jurídicas, y las insoportablemente injustas»⁵¹; y no se avanza demasiado en claridad al afirmar, como hace Alexy, que el límite de lo soportable lo constituyen «exigencias morales mínimas», como los derechos humanos elementales a la vida y a la integridad física⁵². Alexy pretende salvar la dificultad para establecer nítidamente un límite de lo soportable vinculando el aspecto material y el epistemológico de la corrección: «cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento»⁵³, o lo que es lo mismo, que lo (más) insoportable resulta (más) evidente.

Sin embargo, esta especie de intuicionismo moral al que recurre para establecer el límite de la injusticia extrema resulta cuestionable. El hecho de que no sólo no sea descartable, sino muy probable (tanto más probable cuanto más nos acerquemos al límite de lo soportable), la hipótesis de una pluralidad de percepciones de la evidencia, pone de manifiesto la carencia de un criterio objetivo de decisión⁵⁴. Percibimos como evidente, principalmente, aquello que hemos interiorizado en el proceso de socialización⁵⁵; así, la percepción de la injusticia extrema e intolerable, evidente al fin y al cabo, depende en su mayor parte, si no en toda, de las convicciones morales vigentes en la comunidad, lo que sitúa a la evidencia más como «una expresión de aceptabilidad en el sentido (...) de adhesión a una determinada forma de vida», que como un signo de racionalidad u objetividad⁵⁶.

⁵¹ RADBRUCH, G. «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», p. 89.

⁵² «El concepto y la validez del Derecho», p. 54.

⁵³ *Idem*, p. 57.

⁵⁴ *Vid.* SIECKMANN, J.-R., «Die “Radbruch’sche Formel” und die Mauerschützen», *ARSP* 87 (2001), pp. 497-515.

⁵⁵ El propio Alexy acepta supuestos de «ceguera moral» provocada por ofuscación ideológica o fanatismo para justificar la posibilidad de un error de prohibición invencible en casos de extrema injusticia en el asunto de los «Mauerschützen» (*Mauerschützen*, p. 24). Para un completo tratamiento de esta cuestión, véase el capítulo IV del libro de DAVID FELIP I SABORIT, *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 209-253.

⁵⁶ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998, p. 379.

4. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS

Mientras que el argumento de la injusticia conecta derecho y moral en el plano de la validez mediante la incorporación de contenidos morales mínimos al concepto de derecho (aquellos cuya vulneración constituye una injusticia insoportable), el *argumento de los principios* lo hace en el plano de la interpretación y aplicación del derecho, estableciendo, desde el punto de vista del participante, un vínculo conceptual y cualificante⁵⁷. El argumento, cuyo presupuesto fundamental es la distinción entre reglas y principios⁵⁸, consta de tres partes.

En primer lugar, Alexy afirma que «todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios» (*tesis de la incorporación*)⁵⁹. Como tesis empírica, la tesis de la incorporación es verdadera, pero también contingente, y por ello, irrelevante para el debate acerca del concepto de derecho. La presencia de principios en el sistema jurídico puede ser asumida por un positivista sin renunciar a la tesis de la separación, ya que la incorporación de principios al derecho positivo y el vínculo con la moral que dicha incorporación fundamenta puede resolverse como una cuestión de validez o pertenencia al sistema, sin recurrir necesariamente a un concepto normativo de derecho. La cuestión es si la tesis de la incorporación es necesariamente verdadera. Para ello habría que preguntarse si es posible pensar en algún sistema jurídico que no los incorporara, porque de ser así, la tesis de la incorporación, como tesis conceptual, es falsa. Para Alexy, la tesis de la incorporación se vería confirmada por la necesidad de ponderar que tiene el aplicador jurídico (o participante) en los casos difíciles: «cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios»⁶⁰.

La corrección del argumento de Alexy descansa en dos asunciones: la necesidad de ponderar en los casos difíciles y el carácter jurídico de los principios involucrados en la ponderación. Lo primero depende en gran medida de qué se entienda por un sistema jurídico «mínimamente desarrollado». Desde luego que es factible pensar en un sistema jurídico muy simple en el que la posibilidad de que se produjeran casos difíciles fuera muy remota, pero, ¿sería eso un sistema mínimamente desarrollado? El problema de la tesis de la incorporación como tesis conceptual, es que esconde, en su indeterminación, una petición de principio, ya que, aunque no lo diga expresamente,

⁵⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 75.

⁵⁸ Vid. ALEXY, R. «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie, Beiheft 1* (1979), pp. 59-87; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», *ARSP, Beiheft 25* (1985), pp. 13-29; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa 5* (1988), pp. 139-151; y *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1997, en especial, pp. 81 y ss.

⁵⁹ *Idem*, pp. 75-76.

⁶⁰ «El concepto y la validez del Derecho», p. 77.

parece presuponer que un sistema desarrollado es aquél susceptible de producir casos difíciles en los que es necesaria la ponderación. Sólo así, como definición, resulta necesariamente verdadera la tesis de la incorporación, en relación con los casos difíciles.

En cuanto a lo segundo, ¿cómo se justifica que los principios que intervienen en la ponderación son principios jurídicos y no meramente principios morales (lo que confirmaría la tesis positivista de la discrecionalidad)? Alexy sostiene aquí dos argumentos. Por un lado, que, para el participante en la praxis jurídica, el sistema jurídico no es sólo un sistema de normas, sino también un sistema de procedimientos: los principios que son tomados en cuenta por el participante en el procedimiento de decisión y fundamentación del fallo pertenecen, en cuanto parte de dicho procedimiento, al sistema jurídico⁶¹. Este primer intento no parece satisfacer ni al propio Alexy, que ensaya otra vía recurriendo al argumento de la corrección. La pretensión de corrección que necesariamente formula toda decisión jurídica, obliga, en los casos dudosos, a ponderar entre las alternativas de decisión; y en cuanto que se trata de una pretensión asociada a toda decisión jurídica, es una «pretensión jurídica y no meramente moral»⁶². Esto significaría que en todos los sistemas jurídicos para los que son pensables casos dudosos, los principios son, por razones jurídicas y no sólo morales, elementos necesarios del mismo.

Desde las filas positivistas se ha puesto en duda que el argumento de la corrección pueda justificar el carácter jurídico de todos los principios que intervienen en el razonamiento jurídico: la pretensión de corrección que formulan las decisiones jurídicas no es una pretensión de corrección moral, sino una pretensión de corrección jurídico-positiva, relativa al marco del ordenamiento jurídico vigente, esto es, relativa a los principios jurídicos, bien se trate de principios reconocidos explícitamente por el ordenamiento jurídico (o derivados de normas), bien de principios pertenecientes a la estructura profunda del orden positivo. Por otro lado, la toma de decisiones jurídicas se rige por normas metodológicas de carácter político y no por reglas de uso del lenguaje: cuándo el intérprete o decisor jurídico tiene la obligación jurídica de considerar principios extrajurídicos en sus decisiones es algo que no puede ser determinado sobre la base de presupuestos lingüísticos, sino en función del derecho positivo, y, en ningún caso, afecta a la naturaleza extrajurídica (previa a su incorporación mediante una decisión jurídica) de dichos principios⁶³.

En todo caso, la presencia de principios en el sistema jurídico no confirma ningún tipo de conexión necesaria entre el derecho y la

⁶¹ Acerca de la idea del sistema jurídico como sistema de normas y procedimientos, *vid.* ALEXY, R. «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», *ARSP. Beiheft* 44 (1991), pp. 30-44.

⁶² «El concepto y la validez del Derecho», p. 78.

⁶³ ENGLÄNDER, A. «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 476; en un sentido similar, GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, p. 392.

moral. Para ello, Alexy avanza una segunda tesis de su argumento, la *tesis moral*. En ella sostiene que los principios traídos al razonamiento jurídico para la satisfacción de la pretensión de corrección pertenecen a *alguna* moral (versión débil de la conexión necesaria entre derecho y moral)⁶⁴, de manera que tienen la doble propiedad de pertenecer simultáneamente al derecho y a la moral. «Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales –sostiene Alexy–, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas. Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas»⁶⁵.

Como ocurría en el argumento anterior, hay que afinar la vista para ver qué tesis del positivismo se ve aquí comprometida. Desde luego que la identidad de contenidos entre el derecho y la moral, muchas veces consecuencia de la recepción en el derecho, también en los razonamientos de los jueces, de las deliberaciones morales que tienen lugar en una comunidad, es algo que no incomoda en absoluto la tesis de la separación positivista: se trata de una cuestión empírica y, por tanto, constituye una relación contingente. El problema surge cuando, como hace Alexy, se pretende justificar una conexión necesaria a partir de esta relación meramente empírica entre los contenidos del derecho y cualquier moral⁶⁶. Que algo tenga lugar de hecho, incluso de una forma generalizada y muy extendida, no implica que *necesariamente* tenga que ser así.

Por otro lado, la dicotomía forma-contenido resulta fallida en relación con el razonamiento jurídico. Cuando se decide conforme a los principios reconocidos, explícitamente o no, por el ordenamiento, no sólo la forma, sino también el contenido, con independencia de si éste es coincidente o no con alguna moral, son jurídicos. Si, por el contrario, se toma una decisión considerando principios que no están previamente incorporados al ordenamiento jurídico, esto es, conforme a criterios no jurídicos, el contenido de la misma es netamente moral. En cuanto a la forma, no entiendo qué podría hacer de ese razonamiento moral un razonamiento *formalmente* jurídico que, a su vez, justificara la doble pertenencia de los principios a la moral y al derecho simultáneamente. Se supone que no se utiliza la expresión «formalmente jurídico» en el sentido en que lo hacen los realistas, como sinónimo de aparentemente jurídico, sino en referencia a la incorporación de dichos principios en un razonamiento jurídico, pero eso sería como decir que una ley de la física que sirve como fundamento probatorio en un razonamiento jurídico tiene la doble propiedad de ser una ley física y jurídica simultáneamente.

⁶⁴ «El concepto y la validez del Derecho», p. 79.

⁶⁵ *Idem*, p. 80.

⁶⁶ ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 477.

Queda un último punto. Aunque de un modo discutible, la *tesis moral* pretendía fundamentar una conexión necesaria entre derecho y alguna moral. En el tercer tramo del argumento de los principios, la *tesis de la corrección*, Alexy da un paso más al afirmar la existencia de una conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral, no ya con alguna o cualquier moral, sino con la moral *racional* o *correcta*. En cuanto tesis conceptual, la tesis de la corrección no se vería confirmada por el simple hecho de que los principios que forman parte del derecho positivo fueran coincidentes con los contenidos de esta moral racional (como ocurre en muchas de las actuales constituciones occidentales), ya que esto justificaría únicamente una conexión contingente. Para justificar una conexión conceptual entre derecho y moral, Alexy recurre, de nuevo, a la pretensión de corrección: la pretensión de fundamentabilidad que incorpora la pretensión de corrección no se refiere a *alguna* o *cualquiera* moral, sino a una moral *fundamentable* o *correcta*⁶⁷. Ahora bien –continúa Alexy– «fuera del ámbito del argumento de la injusticia, es decir, antes del umbral de la injusticia extrema, sólo la pretensión y no su realización puede crear una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta»⁶⁸.

Pero, precisamente porque la formulación de la pretensión de corrección no es más que una pretensión de moralidad fundamentada, no excluye la posibilidad de fundamentación sobre la base de una concepción moral aberrante, de manera que la tesis de la corrección no muestra cómo los principios conectan el derecho con la moral correcta⁶⁹, sino más bien con una inclinación o disposición a la corrección presupuesta en las reglas que rigen nuestros usos lingüísticos regulativos.

Aquí deben ser hechas dos observaciones. Primero, en cuanto disposición o actitud moral sin más, la pretensión de corrección es compatible con cualquier código moral⁷⁰. Siendo esto así, no se ve cuál es la diferencia entre la *tesis moral* defendida en el segundo punto del argumento de los principios y la *tesis de la corrección*. La clave está –sostiene Alexy– en que la pretensión de fundamentabilidad vinculada a la pretensión de corrección «conduce a las exigencias que, por lo menos, debe satisfacer una moral a fin de no ser identificada como falsa moral e igualmente a las exigencias que una moral tiene que cumplir en una medida lo más alta posible a fin de poder aspirar a ser una moral correcta»⁷¹. Pero más allá de algunas cuestiones obvias, por manifiestamente falsas o de una inmoralidad extrema (algo no exento

⁶⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 82.

⁶⁸ *Idem*, p. 83.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 78.

⁷⁰ El propio Alexy sostiene que «el juez que aplica el principio de la raza y del líder formula con su decisión una pretensión de corrección», aunque más tarde afirma que el intento de fundamentación de un principio racista «no satisface las exigencias mínimas de una fundamentación racional» («El concepto y la validez del Derecho», pp. 82 y 84, respectivamente).

⁷¹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 84.

de dificultades), o presupone algún tipo de teoría moral objetiva o la pretensión de fundamentabilidad es una exigencia vacía.

Segundo, el hecho de que los principios positivos de un sistema jurídico satisfagan determinadas exigencias morales no permite concluir necesariamente que como tales principios jurídicos eleven una pretensión de corrección moral. La valoración moral de un estado de cosas resultante de una decisión política es algo distinto a la intención (fin) que la inspira, de manera que no toda situación valiosa desde un punto de vista moral (por ejemplo, una decisión jurídica justa que, a su vez, es estrictamente compatible con el derecho positivo) debe ser vista necesariamente como la realización de una pretensión de corrección y, según la *tesis moral*, de corrección moral en algún sentido. En fin, nada en el derecho o en la praxis jurídica muestra esa conexión necesaria entre derecho y moral. El único sustento de la tesis de la vinculación es aquí la teoría lingüística de las pretensiones de validez (argumento de la corrección), cuya proyección al razonamiento práctico plantea no pocos problemas, sobre todo en relación con el contenido de la corrección en los distintos contextos prácticos⁷². Mientras en el plano teórico la pretensión de verdad se ve confirmada o no en los discursos teóricos por un único criterio –la correspondencia con el mundo–, la pretensión de corrección propia de los discursos prácticos se enfrenta al problema de la fragmentación de la razón práctica en diversos contextos de acción: moral, político, jurídico, pragmático, etc. Cuál sea el contenido de la pretensión de corrección (y, visto desde otro punto de vista, qué confirmaría dicha pretensión, es decir, qué la haría válida) en cada contexto práctico es algo previo, presupuesto en el correspondiente discurso. La afirmación de que la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos de legislación y aplicación de normas incorpora contenidos de moralidad (lo que confirmaría la tesis conceptual de la vinculación), es un presupuesto de la pretensión de corrección, no algo que derive de la misma, de manera que el vínculo conceptual entre derecho y moral no puede explicarse como consecuencia de la pretensión de corrección. Sólo si presupone-mos un concepto de derecho no positivista podemos sostener que la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos contiene elementos morales; pero eso (a qué llamamos derecho y qué es una decisión jurídica correcta o justificada) es precisamente lo que se discute.

5. CONCLUSIÓN

Hasta este punto, la defensa de un concepto no positivista de derecho por parte de Alexy no resulta convincente, ni como tesis concep-

⁷² Sobre la diversidad de discursos prácticos, *vid.* HABERMAS, J. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Trad. M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 172 y ss. y 227 y ss.; *Id.* «Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica», en *Id. Aclaraciones a la ética del discurso* (J. Mardomingo), Trotta, Madrid, 2000, pp. 109-126.

tual, ni como tesis normativa. Desde un punto de vista normativo (argumento de la injusticia), un concepto de derecho no positivista no sólo no resulta más eficaz que un concepto positivista para combatir la injusticia legal, sino que supone, además, la asunción de algún tipo de objetivismo moral, siempre difícil de justificar. Desde un punto de vista analítico o conceptual (argumento de la corrección/argumento de los principios), la cuestión del concepto de derecho tampoco queda resuelta en el planteamiento de Alexy, puesto que la pretensión de corrección presupone ya la tesis de la vinculación, que es lo que se pretende demostrar. No obstante, esto no cierra el debate. La cuestión de fondo es la relación entre los distintos contextos de la razón práctica. Un concepto no positivista de derecho presupone el *principio de unidad del razonamiento práctico*; así Alexy⁷³. Según este principio, la *corrección* es una categoría absoluta y unívoca, de manera que, predicada de una decisión o argumento, lo es en un sentido único y definitivo⁷⁴. Esto no supone la negación de la existencia de una diversidad de discursos prácticos (moral, político, jurídico), sino el establecimiento entre ellos de una relación de *prioridad* que hace descansar la unidad de la razón práctica en las razones morales (argumentos universalizables). Así, todo deber justificado lo es también, y necesariamente, en un sentido moral, o mejor dicho, todo deber, cualquiera que sea el discurso práctico en que se debate, o está justificado (en un sentido único) o no lo está. No cabe, por tanto, decir que un mismo deber u obligación está justificado jurídicamente, pero no moralmente. Para quien defienda el principio de unidad de la razón práctica, las pretensiones de corrección formuladas por los actos jurídicos de creación y aplicación de normas contienen, aunque no únicamente, aspectos morales. Pero, como se ve, el vínculo entre derecho y moral que plantea la pretensión de corrección es anterior a ésta, no consecuencia de la misma. Los defensores de un concepto positivista de derecho sostienen, en cambio, la *independencia* de los distintos contextos prácticos y de los respectivos discursos, en cada uno de los cuales el deber o la obligación de seguir un curso de acción o abstenerse de hacerlo tiene un sentido específico propio que no está supeditado a su confirmación moral en última instancia. Desde este punto de vista, qué sea derecho o qué constituya una decisión jurídica justificada (es decir, cuál es el contenido de la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos de creación y aplicación normativa) es una cuestión interna que se resuelve en términos de validez y sujeción a la ley. Por lo visto hasta aquí, los presupuestos que rigen nuestros usos lingüísticos tienen mucho que ver con nuestros presupuestos metaéticos y quizá la discusión acerca del concepto de derecho haya que comenzarla desde este punto.

⁷³ «La tesis del caso especial», *Isegoría* 21 (1999), pp. 23-35, en especial, p. 28.

⁷⁴ Vid. REDONDO, M. C. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pp. 239 y ss.

