

Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?

Robert Alexy, fundamental rights, legal speech and practical rationality. ¿A realistic reading?

Susanna Pozzolo*

Resumen:

El presente artículo se centra en el análisis de la literatura producida por Robert Alexy, reconocido jurista alemán, centrada en el concepto de los derechos fundamentales los cuales son, en un estado constitucional de derecho, el fin último del ordenamiento jurídico. Así, para Alexy los derechos de las personas no son de tipo moral, sino más bien, jurídico. Es en ese sentido y tomando como premisa de partida la concepción de los derechos fundamentales que la autora propone una lectura tentativa desde una perspectiva realista moderada de algunos aspectos de la posición teórica de Alexy.

Abstract:

This article focuses on the analysis of the literature produced by Robert Alexy, a renowned German jurist, focusing on the concept of fundamental rights, which are, in a constitutional state of law, the ultimate goal of the legal system. Thus, for Alexy the rights of people are not moral, but rather legal. It is in this sense and taking as a starting point the conception of fundamental rights that the author proposes a tentative reading from a moderate realistic perspective of some aspects of the theoretical position of Alexy.

Palabras Clave:

Robert Alexy - Derechos fundamentales - Estado constitucional de derecho - Pretensión de corrección

Key Words:

Robert Alexy - Fundamental rights - Constitutional state of law - Pretension for correction

Sumario:

1. Introducción - 2. Constitución, justicia y derechos fundamentales - 3. Bibliografía

* J.D. por la Universidad de Genova, obtuvo su Ph.D en la misma universidad en 1998 con una disertación sobre el Neoconstitucionalismo y el Positivismo Jurídico. Desde 1996 ha pasado varios periodos de estudio en España, principalmente en la Universidad Pompeu Fabra y en la Universidad de Giorna, y tiene varias membresías de investigación en Italia por las Universidades de Genova, Cagliari, Brescia. Miembro del grupo de investigación genoves. Contacto: susanna.pozzolo@unibs.it

1. Introducción

La literatura alexyana ya ocupa áreas enteras de bibliotecas, su obra es leída por filósofos, políticos y juristas, por tanto son diversas las manifestaciones públicas en su honor. Por ello, quiero proponer una lectura tentativa desde una perspectiva realista moderada de algunos aspectos de la posición teórica de Alexy¹.

Alexy siempre ha sido claro en afirmar el nexo entre su teoría y el modelo de estado constitucional contemporáneo. En particular, su pensamiento empieza con la constitución alemana. Entonces, desde el principio, su propuesta teórica se tiene que leer en el marco de una teoría general del derecho relacionada a un tipo específico de ordenamiento. Es decir, su postura es general, aún desde un modelo de derecho particular, aquel constitucionalizado, impregnado por valores y derechos fundamentales. Se trata del modelo, hoy en día, más difundido en el planeta², lo que explica, en parte, el porqué de la reflexión acerca el pensamiento del autor alemán haya tenido una difusión global.

Su postura parece reanudar la conexión entre derecho y valores que unos modelos de positivismo jurídico habían parecido eliminar. Sin embargo, tiene que ser claro que Alexy no propone una moral, sino una teoría eminentemente jurídica y general en los términos indicado.

Considerando como un hecho que en el modelo del estado constitucional contemporáneo los derechos fundamentales sean constitutivamente el fin del ordenamiento jurídico mismo. En su teoría de los derechos fundamentales Alexy, justamente, subraya y defiende la tesis según la cual las cuestiones relativas a los derechos de las personas no son de tipo moral sino, claramente, jurídico.

El modelo constitucional contemporáneo pretende someter a los derechos fundamentales todas las funciones del poder – desde el legislador hasta el juez y el gobierno–, si esto puede ser leído como una *mera* pretensión, una meta a alcanzar, al mismo tiempo representa también un *trato genético* del modelo mismo³. Es decir, someter el poder a los derechos es un *deber ser* y al mismo tiempo una *condición necesaria* por este modelo: el sistema constitucional contemporáneo *implica* aquel sometimiento, a no cumplir con esto, se transforma en otro modelo de ordenamiento. Es algo conceptual, nos dice Alexy. Aquí radica su tesis de la pretensión de corrección del derecho (o de la contradicción performativa del derecho a no expresar la pretensión de ser justo).

2. Constitución, justicia, derechos fundamentales

2.1. Vaguedad y derechos fundamentales

Muchos son los temas discutidos de su propuesta. Entre ellos, el análisis de las dificultades de implementación y “verificación de la aplicación” de los derechos fundamentales. La literatura, además del mismo Alexy, ha puesto a la luz que una razón de dificultad se encuentra en la formulación típicamente vaga de los derechos fundamentales que se interpretan como principios⁴.

1 La presente reflexión estuvo la base de mi ponencia a *I convención mundial Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Homenaje a Robert Alexy*, Lima 6-7th diciembre 2016 (Perú).

2 Se tiene que señalar como unos, subrayando las dificultades que evidentemente interesan estos ordenamientos, hablan de *deconstitucionalización*, R. Escudero Alday, “La imposición del “déficit cero” frente al paradigma del Estado constitucional”, en *Teoría política* (nueva serie) (ANNALI VI, 2016), 225-247.; S. Pozzolo, “El constitucionalismo de los derechos y la justicia”, en *ponencia al 3º Congreso de filosofía del derecho de la Escuela del Poder Judicial* (México: Toluca) 3-7 octubre 2016.

3 Quizás por una tesis parecida, que insiste en la “mutación genética del derecho contemporáneo”, se puede hacer un reenvío también a la obra de Gustavo Zagrebelsky. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995).

4 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, C.E.C. (Madrid, 1993) 85; R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, C.E.C., (Madrid, 1997), 83.

Sin embargo, el autor alemán, a diferencia de posturas como la de Frederick Schauer⁵, por ejemplo, no ve, en esta característica, un defecto sino una ventaja por el derecho, que resulta más flexible al cambio social.

Alexy insiste, además, en subrayar como la vaguedad no parece por sí misma una razón suficiente para explicar los debates que nos ocupan acerca de los derechos y de sus implementaciones. Los contrastes que nos oponen, en efecto, parecen encontrar motivos no tanto en la vaguedad de las formulaciones, como en la ausencia de consenso alrededor de la concreción de los derechos. Es decir, el contraste no depende tanto del tipo de disposición, cuanto de las condiciones fácticas y sociales en que se implementan las normas fundamentales: la formulación de un derecho puede ser objetivamente vaga y, sin embargo, no dar lugar a algún debate porque hay consenso alrededor del derecho mismo, del modo de su implementación. Al revés, la misma formulación se revela fuente de tremendo contraste cuando la comunidad no tiene un acuerdo sobre el derecho en cuestión y el modo de su concreción.

La propuesta teórica de Alexy, en suma, nos indica que los contrastes dependen más del mundo y no de las formulaciones jurídicas en sí mismas; es decir, la vaguedad llega a ser realmente un problema solo cuando hay contraste en la sociedad, que sea menos un problema, en fin, depende del contexto específico y no se presenta como un verdadero defecto en abstracto.

2.2. Pragmática y aplicación de derechos

Lo dicho me permite subrayar la específica perspectiva filosófica de Alexy: su idea del derecho no se acaba identificando un conjunto de reglas que se dan al intérprete, sino se extiende hasta una concepción del derecho como *proceso*, acercándose a una postura *pragmatista*.

Esto tiene varias implicaciones. Por ejemplo, cambia la idea misma de derecho fundamental, que no puede ser pensado, ni de lejos, como una carta de "triumfo". Sin embargo, esta idea estaba en la base de las constituciones modernas, los derechos como baluartes contra el poder. Ahora, en lugar de eso, los derechos tienen que ser entendidos como *mandatos de optimización*. Los derechos entonces como *procesos*, como objetivos hacia los cuales ir, y considerando que esas normas no establecen ni la forma ni el grado de satisfacción necesario, puesto que siempre depende del contexto de posibilidades⁶. Bajo un perfil, quizás, más político-constitucionalista, estos mandatos dejan evidentemente mucho poder en mano a los intérpretes –y Alexy rechaza la tesis dworkiniana de la respuesta correcta– y mucho menos se queda en la de los ciudadanos.

Aunque pueda que no nos guste, Alexy subraya esta como la modalidad de aplicación de los derechos fundamentales: en cuanto principios, esos funcionan como mandatos de optimización. Parece una disciplina irrazonable⁷, la formulación apodíctica y al mismo tiempo vaga pretende que cada derecho necesite especificación y/o concretización para ser aplicado a la realidad.

Entonces, puesto que lo importante, en la perspectiva alexiana, no es la característica de la vaguedad de la formulación de los derechos en general, sino la vaguedad que se activa y transforma en problema en el momento en que la disposición normativa entra en contacto con el caso concreto –solicitando eventuales desacuerdos entre los miembros de la comunidad⁸–, se pone en luz como los contrastes no se limitan a meras cuestiones lingüísticas, sino que dependen de la existencia de diferentes opiniones e intereses que

5 Por ejemplo F. Schauer, *Playing by the rules* (Oxford UP, 1991).

6 S. Pozzolo, *El constitucionalismo de los (...)*, 2016.; Escudero, *La imposición del (...)*, 2016., me permito renviar al número 48 (1/2017) en vía de publicación de la revista *Ragion pratica* donde la parte monográfica se ocupará del tema de los derechos y de la crisis económica.

7 B. Celano, *I diritti nello stato costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2013)

8 R. Alexy, *Teoría de los (...)*, 22.

se oponen unos a los otros. Por esto, entonces, los derechos fundamentales pretenden, necesariamente, una aproximación o aplicación según la regla de la proporcionalidad⁹. Si se entendiesen como *cartas de triunfo* darían lugar a disciplinas absurdas¹⁰; por el contrario, los principios obligan a las autoridades a perseguir unos objetivos en el modo mejor posible, *según las condiciones jurídicas y fácticas que se dan en la realidad*.

De esta lectura se aprecia cómo en la postura de Alexy el conjunto de contexto y práctica del derecho son centrales¹¹. Su aproximación a los derechos se incluye en lo que he llamado constitucionalismo *regulativo*¹², aunque en este caso es enriquecido o intenta fortalecer aquel aparato formal y procedural (no sé qué significa esto) que el modelo regulativo disminuye frente al substancial.

Quiero decir que su postura es característicamente constitucionalista por varias razones. En primer lugar, aunque reconozca un rol ineludible al juez ese mira abiertamente a su control. El juicio de proporcionalidad ofrecido por Alexy proporciona una reglamentación del procedimiento en tres momentos que “construyen” la decisión: (i) verificación de la idoneidad de la acción en relación al fin; (ii) verificación de la necesidad de la acción, evaluaciones de las alternativas válidas que podrían garantizar la optimización del derecho sin afectar tanto aquello sacrificado; (iii) en fin, construir una proporción en sentido estricto, dando “peso” a los principios involucrados y construyendo la jerarquía axiológica final¹³.

Claramente, cada pasaje tiene que ser argumentado, justificado, y propio en la “procedimentalización” de la justificación, en la cual está la fuerza de la propuesta: la justificación tiene que respetar unas reglas conceptuales del discurso, de la comunicación, y esto obliga a unos pasos *necesarios*. Se tiene que subrayar como este tipo de ponderación sería característica de la jurisprudencia constitucional, no necesariamente de la jurisprudencia en general¹⁴, así que no todo el derecho estaría permanentemente sujeto a una ponderación.

En segundo lugar, los derechos fundamentales, nota Alexy, se componen de varios elementos, tienen una dimensión jurídica, claramente constitucional, y también una dimensión ideal, puesto que representan la positivización de los derechos humanos que se han formulado antes en el discurso moral.

El reconocimiento de una primacía moral¹⁵ creo que puede leerse como parte de la estrategia que mira a relacionar indisolublemente, la semántica constitucional a los ideales de los derechos – de la igualdad, libertad y democracia. Yo creo que se debe llamar como causa a la moral – y no tanto la filosofía política que, indudablemente, tiene relación con la perspectiva de los derechos – ayuda Alexy a desarrollar un discurso donde no son conceptualmente admitidas interacciones estratégicas que permitirían “bajar” el nivel de corrección pedido al discurso jurídico¹⁶.

9 La proporcionalidad es la que evita que los derechos se entiendan como mandatos definitivos y entonces permite que en la aplicación se tenga en consideración la situación de hecho, además de la jurídica.

10 B. Celano, *I diritti nello (...)*, 2013.

11 En parte depende obviamente también del contexto, en particular me parece importante subrayar la relevancia de la cultura y del ambiente social en que se implementa los derechos en cuestión.

12 S. Pozzolo, “Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía”, en *Conceptos y valores constitucionales*, L. Peña y T Ausín, editor. Plaza y Valdés, (Madrid, 2016) 233-260.

13 A. Sardo, *Alexy, Proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, *Revus*, 22/2014, 21-34. “I conflitti fra principi vanno risolti fissando una *relazione di priorità condizionata (bedingte Vorrangrelation)*, che corrisponde a una *proposizione* del tipo: “Il principio P1 prevale sul principio P2 sotto le condizioni C” [(P1 P P2) in C]. La gerarchia è determinata secondo la “Legge del Bilanciamento”, secondo cui il grado di sacrificio di un principio deve andare di pari passo con l'importanza assegnata al principio concorrente”, Ivi, 22.

14 Esto hace pensar que la ponderación sea algo diferente de la interpretación de los escépticos.

15 Aun quizás se podía expresar diferentemente Y sería necesario hablar de que significa ‘moral’ porque hay al menos tres sentidos viables. Barberis plano moral sin más sea una reducción innecesaria que, además, pone un problema de objetivación puesto que sugiere la existencia de un código de verificación.

16 Nivel obtenido con los criterios de la ética del discurso entonces basado en la voluntad informativa, la colaboración, la necesidad de la justificación, etcétera

Entonces, si, por un lado, la forma en la que son expresados los derechos¹⁷ evidencia como la ponderación sea un factor constante del derecho, no eventual o contingente, por otro lado, esto demuestra, también, como la plena positivización de los derechos no evita la necesidad de tener una *doctrina* de los derechos mismos, para que sean implementados y aplicados¹⁸.

En suma, si de eso se deriva que sea permanente la dimensión ideal de los derechos, deriva también la necesidad de una dimensión argumentativa y justificativa que ofrece herramientas para controlar la aplicación del derecho mismo.

2.2.1 Pretensión de corrección

Aún hay debate¹⁹, creo que se puede leer la propuesta de Alexy en modo de no comprometerse con una idea objetivista de la moral y sin perder, al mismo tiempo, la posibilidad de conocer el valor que socialmente, en un momento dado, la comunidad de los intérpretes atribuye a los principios cada vez en cuestión.

Esta postura, que conjuga derecho y moral, tiene un punto que me parece muy interesante en la tesis de la pretensión de corrección del derecho avanzada por Alexy. Según la posición del autor alemán, al eliminar esta pretensión, se determinaría una falta, más precisamente negar esta pretensión implicaría una contradicción performativa²⁰. Para dar cuenta del punto, Alexy propone el enunciado: *X es una república soberana e injusta*. Este enunciado nos parece extraño, nos deja incómodas e incómodos. Hay algo que no suena bien.

Eso pasa porque cuando reconocemos una institución cualificándola como *derecho* le atribuimos automáticamente un sentido positivo de legitimidad. La cualificación de *jurídico* tiene algo relacionado con lo *justo* a nivel profundo. Afirmar eso no implica en absoluto defender la tesis definitoria según la cual el derecho es justo o no es derecho. Y tampoco implica defender la idea que todo el derecho sea *de hecho* justo.

El punto defendido por Alexy me parece muy relevante por la concepción moderna del derecho en particular por el derecho constitucional a partir de los propios ideales que lo caracterizan.

Como ha sido señalado en la literatura jurídica²¹, diversas críticas a la teoría de Alexy derivan de posturas que en varias medidas hacen del derecho un *objeto*, es decir, una cosa que está allí frente al intérprete. Se trata de doctrinas que consideran el fenómeno jurídico como algo dado: un sistema de normas independientes y en larga medida identificables, sea en su forma, sea en su contenido, y que el intérprete puede conocer. En estas visiones, el derecho es algo independiente de la argumentación, una realidad pre-constituida al intérprete.

Además, en la perspectiva de Alexy, la argumentación ocupa un lugar central y necesario en la vida del derecho. Quizás se pueda reconstruir la diferencia como dos puntos de observaciones: en el primer caso se mira al derecho del legislador, a las formulaciones, a los símbolos escritos; en el segundo, se mira al derecho que se aplica cotidianamente en los tribunales y en la vida de los ciudadanos, es decir, a las normas concretas y a sus justificaciones. En efecto, la atención de Alexy parece dirigida a la aplicación del derecho

17 En modo simple o absoluto, apodíctico, que necesariamente están en conflictos uno el otro, además porque se adjunta nuevos bienes colectivos de proteger como el ambiente sano y la seguridad pública. A. Sardo, *Alexy, Proporzionalità e pretesa (...)*, 2014.

18 B. Celano, *I diritti nello (...)*, 2013.

19 A parecer de Alessio Sardo parece, por el contrario, necesitar de una ética trascendental objetiva, 3.

20 M. Morris, "On the Logic of the Performative Contradiction: Habermas and the Radical Critique of Reason", *The Review of Politics*, Vol. 58, No. 4 (Autumn, 1996), 735-760.

21 S. Berteza, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica* (Roma: Rubettino, 2002); S. Berteza, "Fondazione della ragione pratica, diritto e teoria del discorso. Riflessioni critiche sulla proposta filosofico-giuridica di Robert Alexy", en *Diritto e questioni pubbliche*, 15, (2/2015),. 239-260.

y no tanto hacia la producción del legislador. En literatura, se ha sugerido²² la oposición entre una visión estática del derecho, como por ejemplo, aquella del positivismo jurídico, y una dinámica, como la que propone Alexy que enfatiza la importancia de las prácticas interpretativas.

Como decía antes, su propuesta mira al control de la ponderación inevitable, por eso el nivel procedural es tan importante en su obra. Con un procedimiento que respete unas reglas, que el autor mira a identificar, se puede – según su teoría – desarrollar la razón práctica que nos permite evaluar pragmáticamente el mundo normativo. Es decir, Alexy toma en serio el derecho del estado constitucional impregnado de valores. En eso, lo que nos preocupa es ¿cómo fundar la corrección de los enunciados prácticos? ¿Cómo controlar la aplicación de los derechos?

Alexy propone, entonces, un modelo para fundar la corrección de los enunciados prácticos: la idea se basa en una situación ideal, donde se desarrolle la búsqueda de un acuerdo intersubjetivo entre los hablantes²³ desde el cual se podría justificar los enunciados normativos. Así las cosas, la propuesta no parece llevarnos muy lejos de los muchos experimentos mentales que ya nos han ofrecidos las teorías normativas. Es decir, también, Alexy, hacia el final, parece trabajar en vista de un ideal regulativo²⁴ que sí, por un lado, nos ayuda a comprender nuestra forma de vida misma, por el otro, tiene, además, un sentido práctico porque con ese ideal evaluamos la realidad²⁵, lo cual representa el metro de nuestro juicio.

La estrategia del acuerdo intersubjetivo mira a superar la objeción escéptica, el trilema de Münchhausen. Evitar (a) el regreso del infinito a una norma anterior; (b) el círculo lógico o petición de principio; (c) la fundación de los principios su base voluntaria, es decir explicables según términos sociológicos, de los que entonces se pueden dar *motivos*, pero no justificaciones últimas²⁶.

Quizás este sea un punto del que la teoría de Alexy no logra escapar. Las reglas para lograr la racionalidad práctica son constituidas en, y entonces derivan de, una dimensión dialógica. Alexy comparte la línea de la ética del discurso de Habermas. Entonces, a partir del este proyecto ético y del conjunto de directivas práctico-técnicas que caracteriza el discurso que quiere ser efectivo (el respeto del principio de sinceridad y de no contradicción²⁷), se logra la justificación de los enunciados normativos. En particular, se tiene que subrayar la centralidad de la obligación del hablante de justificar las afirmaciones emitidas. Esto implica un fuerte reconocimiento del principio de universalización²⁸, además de involucrar principios como el reconocimiento del otro y un compromiso de no coerción.

La ética del discurso nos explica que hay unas reglas constitutivas de nuestras comunicaciones, es decir, de nuestra forma de vida misma, que nos obligan a unos compromisos conceptuales, a diferentes niveles, considerado esto, se pueden identificar unas condiciones necesarias que una vez respetadas nos ofrecen enunciados que se pueden considerar justificados. Me parece que Carlos Nino, también, había propuesto algo parecido, aunque su postura creo fuese mucho más comprometida con la idea de una moral objetiva que no me parece, necesariamente, implicada en la teoría de Alexy. En todo caso, al menos hasta un nivel, por ambos, la idea es de lograr un contenido sustancial

22 S. Berteia, *Certeza del (...)*, 2002.

23 La pretensión del acuerdo me parece una asunción demasiado fuerte, que arriesga debilitar su postura, quizás hubiese sido suficiente una comunicación feliz, M. Sbisà, *Detto non detto* (Roma: Laterza, 2015).

24 J.L. Martí, "La nozione di ideale regolativi: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto", en *Ragion pratica*, (2/2005), 381-403.

25 Sobre el punto no se puede más que renviar a la obra de Max Weber.

26 Puede ser interesante un renvío a J.J. Moreso, P. Navro, C. Redondo, "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", en *Doxa 13* (1992), 247-262; C.S. Nino, "Respuesta a J.J. Moreso, P. Navro, C. Redondo", en *Doxa 14* (1993), 261-264.

27 M. Sbisà, *Detto non detto (...)*, 2015. F. Domaneschi e C. Penco, *Come non detto*.

28 Aun cuando en el ámbito practico es típicamente el particular a tener una centralidad notable, en la medida en que se quieren justificar decisiones jurídicas en la cultura moderna no se puede evitar una perspectiva universal o de igualdad.

a través de reglas procedural. Es decir, se quiere fundar un método para la verificación de los enunciados normativos, independiente de los contenidos cada vez más vinculados: la racionalidad práctica depende de la forma y del procedimiento.

Para superar la objeción escéptica, Alexy adopta la estrategia de llevar la cuestión al plan de la argumentación, intentando escaparse de los problemas de fundamentación. Esto en verdad cambia el plano, pero no el problema, lo que es anotado por Berteau. Si se acepta aquel desafío, en efecto, siempre se pone el tema de la fundamentación de las reglas del discurso racional y su construcción al final no logra salir del trilema, la elección de los valores puede siempre explicarse con argumentos sociológicos, haciendo referencia a las decisiones de los hablantes, a sus motivos etcétera y nunca se logra la fundamentación final.

Ahora bien, si dejamos esta pretensión de lado, y seguimos al autor alemán en su recorrido teórico, me parece persuasivo mostrar como la validez de unas reglas puede considerarse constitutiva de la posibilidad misma de ciertos actos lingüísticos. Actos que, a sus veces, son necesarios para nuestra forma de vida. Es decir, Alexy toma en serio la postura pragmatista y engancha su teoría a la realidad de los seres humanos y de nuestras sociedades contemporáneas, ambos tienen características dadas.

Observada desde aquí, la posición de Alexy subraya la presencia de unos presupuestos sin los cuales todas nuestras comunicaciones perderían sentido, y con eso nuestra forma de vida.

Quizás sea más fácil explicar el punto desde la teoría de la comunicación: hay presupuestos que hacen posible la comunicación estos constituyen una parte del mensaje que los hablantes aceptan, que consideran como verdadera, puesto que quien acepta la comunicación tiene que compartir algo con el emisor²⁹. Si tomamos la 'afirmación' como corazón de nuestros actos de hablar, parece tener una importancia particular el presupuesto empírico de un *común interés a la corrección de la afirmación*: cada afirmación necesariamente soporta y casi solicita la petición de su justificación. Quien afirma, lógicamente, se obliga a ofrecer razones en favor de su afirmación y se compromete al dominio del juego de la argumentación. Una afirmación que no pretendiese ser correcta sería viciada por una contradicción performativa³⁰: si se afirma algo que no se pretende verdadero, no se juega al juego de afirmar, si no se puede justificar la afirmación, en realidad no se afirma nada, porque se viola la regla del juego del afirmar. Por eso, por la necesidad de ofrecer razones, justificar implica rechazar la coerción, reconocer la igualdad, la autonomía y la libertad de los hablantes, solo en este marco tiene sentido el juego de justificar. Cuando se justifica se hace algo en el marco de la razón práctica.

Ahora bien, observando el lado pragmático en el derecho, Alexy nota que en el estado constitucional contemporáneo, afirmando el largo listado de derechos, la democracia los valores de libertad e igualdad, se acercan a este esquema de la razón práctica y, entonces, de eso tienen que derivar consecuencias, bajo pena de no tener sentido el estado constitucional.

La propuesta del autor alemán, entonces, no se caracteriza tanto como sustantiva, sino como formal, en una línea pragmáticamente orientada, insertándose muy bien en el panorama jurídico-político actual, gobernado, al menos idealmente, por los derechos. Puesto que el derecho no es concebido por Alexy como algo ya dado, algo preexistente a la acción comunicativa, fáctica, no está desganchado de la realidad de la forma de vida y se une necesariamente, conceptualmente, a la esfera práctica. El derecho además tiene evidentemente características de la razón práctica en la medida al menos en que se presente como el resultado del ejercicio del discurso racional.

29 Y esto se distingue de lo que no es dicho, de las ulteriores implicaciones.

30 Sobre la argumentación en la línea pragmatista, M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013).

No olvidemos ahora que la teoría de Alexy es directa a ofrecer reglas para fundar la *argumentación* práctica y no directamente las *decisiones* jurídicas.

Esto permite, entre otras cosas, que en el marco de su reflexión haya espacio para “soluciones” jurídicas indeterminadas. Es decir, Alexy no nos lleva a la tesis de la única respuesta correcta. Aunque el derecho *de hecho* pueda también ser injusto, en la medida en que respete el marco constitucional contemporáneo, el derecho legítimo no puede vincular cualquier contenido propio porque está vinculado directamente por su estructura a los principios y a la forma de la razón práctica, vínculos que no pueden dejar de reflejarse en su contenido. En el derecho constitucional, hay una pretensión de corrección que no puede ser negada. Si el derecho está vinculado a las reglas del discurso racional y con eso a la razón práctica, no puede tener cualquier contenido, ya que tiene vínculos no solo formales sino, también, substanciales.

Entonces, aun la visión de Alexy ha sido leída en larga parte como normativa, porque en su visión el derecho tiene la función de fortalecer los mandatos de la moral con la coerción, en verdad lo que quiere obtener el autor alemán es una moral que se corresponde a reglas lógico-lingüísticas-pragmáticas que derivan de la afirmación de los derechos, es decir, reglas conceptuales de funcionamiento del derecho constitucionalizado, impregnado de derechos. Como no sería una afirmación aquella que no pudiese justificarse, así un derecho constitucionalizado que no tuviese un vínculo con la corrección sería inexplicable en nuestra forma de vida, porque exprimiría una contradicción performativa.

Es preciso insistir, nuevamente, que Alexy se ocupa de un tipo particular de derecho: del estado constitucional contemporáneo. Un derecho que tiene la vinculación con los derechos humanos, la democracia y las formas de garantías de la constitución. No todo el derecho se puede pensar como expresión de la razón práctica, sino solo aquello que se despliegue hacia ese ideal, es decir el estado constitucional contemporáneo³¹.

2.2.2. La interpretación según el método “alexiano”, pragmático-garantista

Como dije antes, la propuesta de reglamentación del discurso de Alexy se enfrenta con el problema de la discrecionalidad de los órganos judicantes, en la línea de lograr una reducción del poder de disposición del intérprete³². Las reglas del discurso, por un lado, y el proceso jurídico, por el otro, son instrumentos para aproximarse a la razón práctica, y más se disciplinan sus elementos, más se reduce el peso decisional en manos a los intérpretes y a los jueces.

Aquí se nota como la concepción del derecho de Alexy sea en realidad mixta, el resultado de una cooperación. Si, por una parte, el derecho es un *proceso* de aplicación, por otra parte, es un objeto que el intérprete encuentra frente a sí mismo ya dado: el legislador emana leyes, enunciados normativos, sin embargo, estas disposiciones *tienen* éxito en el mundo solo después haber pasado un proceso argumentativo, llevado por delante de los intérpretes. Es decir, el derecho es formado en gran medida por *significados*, y varios son aquellos vehiculados por los textos: la afirmación de uno o del otro depende en cierta medida del contexto particular³³.

31 S. Berteza, *Certeza del diritto*, 2002.

32 En la línea de este objetivo, aun con diferente estrategia, se encuentra la obra de Ferrajoli.

33 Entre las normas se destacan los principios, que no tienen una estructura condicional como las reglas sino teleológica porque mandan de optimizar unos objetivos, fijados como obligatorios, se podría decir, prima facie, porque mandan a un cumplimiento variables en relación a las circunstancias del caso. Esto como he señalado modifica la idea del derecho individual, puesto que se afirma y al mismo tiempo se reduce su fuerza obligatoria a lo posible según las circunstancias también económicas. Cuando se aplican los principios se soluciona el caso en base al valor ponderado que tiene peso mayor en el caso particular y esto parece conducir a una idea de normas “elásticas”, que tienen un significado que se moldea cada vez distinto, en relación al caso, ampliándose o reduciéndose para regresar a una forma escrita original que siempre es la misma. Esta reconstrucción me parece problemática porque cada aplicación se da dentro una práctica discursiva y determina un significado momentáneo que *de hecho* acaba reduciendo la elasticidad de la formulación. Si pensamos a un marco coherente, a la Dworkin, cada ponderación se da necesariamente dentro una ideología general, con su fuerza y su instantaneidad. Por otro lado, es preciso subrayar como frecuentemente tampoco se balancean valores en sí mismos, sino más bien valores ya moldeados en relación a las circunstancias

La representación del derecho ofrecida por Alexy parece la respuesta alemana al concepto de derecho de Hart, aun en la misma línea, en este sentido distinta de la de Kelsen. En Hart, era el concepto de aceptación, aquí es la construcción de un espacio público de búsqueda del consentimiento, en ambos casos se trata de una teoría para el *good man*, opuesto al *bad man* de los realistas americanos³⁴.

Respecto a Hart, Alexy insiste en que el derecho no está formado solo por reglas y principios, sino por *procedimientos* que vinculan la acción de la autoridad a respetar unos valores: el derecho así esta estructuralmente abierto hacia las razones que no son todas ya jurídicas, sino que se han hecho positivas a través del discurso que satisface las reglas establecidas.

No creo que en la perspectiva de Alexy se corra el riesgo de acabar con la idea misma de ordenamiento que unos han avanzados contra otras teorías en la misma línea. Esto porque no se eliminan los enunciados normativos como objeto para el intérprete, aun las normas dependen en larga parte de procedimientos. Al fin y al cabo, siguiendo las reglas del discurso no se acaba todo en un sistema de constante "juicios re-juzgados"³⁵. La certidumbre es algo que se conquista con las reglas del procedimiento³⁶, aplicando la razón práctica, las instituciones tienen ventaja a seguir estas reglas en vista de la legitimación de sus decisiones.

Esto nos aproxima a la corrección, sin que se pueda llegar a ella. Como ya he recordado, Alexy no acepta la tesis de la única respuesta correcta, puesto que las respuestas a casos prácticos-jurídicos se basan también sobre intereses y ponderación de intereses. La certeza que se puede lograr en el derecho entonces no es tanto en relación al contenido, cuanto en relación a los procedimientos, es una certeza en larga parte formal, aunque esté enganchada necesariamente a contenidos, como hemos visto. En esta dirección, la certeza del derecho es la certeza de conocer formas y garantías de sus procedimientos directos a aplicar normas³⁷.

Como bien subraya Stefano Berteza, la caracterización procedural de esta teoría tiene como *core* la forma del discurso jurídico típico del derecho constitucionalizado. En ese sentido, los principios desarrollan un rol importante porque abren permanentemente el derecho a influencias normativas externas. Si las dificultades que atraviesa el derecho contemporáneo hacen más difícil prever el resultado de las decisiones judiciales, el ideal de la certeza no tiene que ser abandonado sino recuperado por vía procedimental, nos dice Alexy. El mismo denomina su propuesta constitucionalismo discursivo: se trata de una teoría compleja formada por cinco conceptos que actúan entre ellos: a) los derechos constitucionales, b) la ponderación, c) las reglas del discurso, d) las garantías constitucionales, e) representación³⁸.

La idea es que – siguiendo a Habermas - las garantías del discurso procedimental logran dar certeza de que solo los argumentos relevantes y pertinentes tendrán un rol en la decisión final, solo razones argumentadas y no arbitrarias. En esta medida, una comunidad que evalúe unos principios y valores, combinando también criterios de razonabilidad dialéctica en la versión de Alexy, puede ver satisfecha su expectativa de certeza. En este sentido se lee la pretensión de corrección y de justicia del derecho vinculada por la teoría: respetando las reglas del discurso en el procedimiento jurídico, interpretación y aplicación deberían ser no-injustas y no-irracionales.

concretas, es decir limitados en razón del caso: adecuación y necesidad política se imponen sobre el valor y no al revés. Siendo ponderados en perspectiva práctica, es decir concreta, de medida pasa que los interpretes pierdan la visión general o de conjunto de los valores donde la ponderación se inserta: cada vez se arregla un pequeño trozo del derecho, suponiendo que no cambie el conjunto propio a partir de la idea de la elasticidad de los sentidos nuclear de los principios, pero esto no es nada cierto. Además, esto atribuye una fuerza a las meras palabras de los principios constitucionales que es toda de probar. S. Pozzolo, *Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía*, cit.

34 G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Milano: Giuffrè, 1962); Karl N. Llewellyn, "Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano", en *Economía. Revista en Cultura de la legalidad*, 2, 2012, 176-226.

35 Peligro que se podría correr si todo el derecho fuese constantemente sujeto a ponderación.

36 La certeza practica por Alexy, sostiene Berteza, es definible como una determinación racional, como la posibilidad de definir los estatus, la posibilidad de concluir el procedimiento argumentativo y de delimitar unívocamente las posibilidades. En fin, como idoneidad del procedimiento a llevar a resultados discursivamente necesarios o imposibles.

37 Aquí me parece recupera la cercanía a unos puntos de la teoría de Kelsen.

38 R. Alexy, "Balancing, Constitutional Review, and Representation", en *Int. J. Const. L.*, 3-4, October, 2005, 572-581.

Muchas son las críticas desde la filosofía del lenguaje a la propuesta de Alexy, sin embargo, si vemos la contradicción performativa desde el punto de vista del conjunto de una teoría jurídica constitucional es claro como la autoridad, necesariamente, pretende ser justa; en caso contrario, no sería autoridad sino solo exprimiría una pretensión autoritaria y sus normas serían ilegítimas bajo el paradigma del derecho constitucional contemporáneo.

Aun cuando la conexión con la moral de la teoría de Alexy haya determinado muchas críticas, en realidad, su propuesta se puede leer en modo más neutral de la de Hart mismo. Si la tesis de este último está fuertemente ligada al problemático concepto de *aceptación*, que pretende un vínculo muy fuerte por parte de los que adoptan el punto de vista interno, limitando entonces esta postura a unos pocos miembros de la sociedad, puesto que aceptar implica reflexionar y evaluar para emitir un juicio de aceptación, dejando “afuera” la mayoría de los participantes que no hayan emitido tal juicio así comprometido.

La propuesta de Alexy, aun en una línea parecida, puede leerse en modo de reducir la demanda hartiana, hasta negar la necesidad de la aceptación por parte de los participantes. Los miembros de la sociedad de Alexy de hecho no aceptan las normas, sino, más pragmáticamente, ellos nacen en un contexto comunitario donde viviendo *aprenden* las reglas³⁹. Lo que pasa, entonces no es una aceptación con compromiso interno, sino una general *adaptación*, en el sentido que supinamente todos actúan conformemente entre sí (a un nivel determinado *of course*).

Más que otras posturas entonces, esta propuesta, toma en serio la base antropológica de las comunidades, aun comparte algún nivel de experimento mental, baja la abstracción ideal de la teoría a una abstracción cerca de la realidad, de lo concreto. Los seres humanos reales son gregarios y simplemente imitan uno al otro, no se corresponden al ser “racional-ideal” que maneja mucha teoría. Y entonces, si nos reflexionamos a partir de la forma de vida, como ha escrito Maribel Narvaez, “[p]or cierto, una conexión gramatical no es meramente una cuestión verbal: las cuestiones conceptuales no son verbales sino prácticas ya que lo que está en juego en ellas es la justificación de inferencias con relevancia práctica tanto cognitiva como valorativa”⁴⁰. El concepto de aceptación moral hartiano es muy exigente: una convicción, “en el fuero interno” que no se necesita para explicar el derecho. “Como agentes sociales todos tenemos una ubicación espacio temporal en la que “desde que llegamos” hay prácticas mayoritarias, y “desde que llegamos” participamos en ellas a través de dinámicas de socialización. Las reglas sociales, en tanto que prácticas, frecuentemente no se generan de forma instantánea, sino que suelen ser el resultado de procesos en los que se participa”⁴¹. Como escribe Maribel Narvaez, en realidad, “tenemos que tener razones para dejar de participar”⁴². La aceptación de una regla entendida como mera conformidad a un comportamiento nos explica mejor la comunidad humana y el funcionamiento del derecho, que se presenta como un instrumento económico, puesto que baja el coste de la coordinación dentro la comunidad. Por el contrario, cada comportamiento no conforme supone un suplemento justificativo, pedido u ofrecido. En la misma línea de explicación, hay reglas de funcionamiento, comunicación y moralidad que se presuponen para nuestra forma de vida, a esas nos conformamos en el mismo modo en que hay una moralidad que nos pide conformidad.

39 Sobre este punto más en general M. Narvaez Mora, “Estabilidad de reglas sociales e insuficiencia de rechazo”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, 2011, 215-238.

40 M. Narvaez Mora, “Estabilidad de reglas (...)”, 2011, 218.

41 M. Narvaez Mora, “Estabilidad de reglas (...)”, 2011, 220.

42 M. Narvaez Mora, “Estabilidad de reglas (...)”, 2011, 220.

3. Bibliografía

Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid; C.E.C.

Alexy, Robert. 1997. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: C.E.C.

Alexy, Robert. *La imposición del "déficit cero" frente al paradigma del Estado constitucional*.

Alexy, R. 2005. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *Int J. Const. L.*, 3-4, (October):

Atiienza, M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.

Bertea, S. 2002. *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*. Roma: Rubettino.

Bertea, S. 2015. Fondazione della ragione pratica, diritto e teoria del discorso. Riflessioni critiche sulla proposta filosofico-giuridica di Robert Alexy. *Diritto e questioni pubbliche*, (15, 2): 239-260.

Celano, B. 2013. *I diritti nello stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.

Escudero Alday, R. 2016. La imposición del "déficit cero" frente al paradigma del Estado constitucional. *Teoría política* (nueva serie) (ANNALI VI): 225-247

Llewellyn, Karl N. 2012. Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, (2) : 176-226.

Martí, J.L. 2005. La nozione di ideale regolativi: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto. *Ragion pratica*, (2) :381-403.

Moreso, J.J., P. Navro, C. Redondo. 1992. Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Doxa* 13: 247-262.

Morris, M. 1996. On the Logic of the Performative Contradiction: Habermas and the Radical Critique of Reason. *The Review of Politics*. Vol. 58, No. 4 (Autumn): 735-760.

Narvaez Mora, M. 2011. Estabilidad de reglas sociales e insuficiencia de rechazo. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14) 215-238.

Nino, C.S. 1993. Respuesta a J.J. Moreso, P. Navro, C. Redondo. *Doxa* (14) : 261-264.

Pozzolo, Susanna. 2016. El constitucionalismo de los derechos y la justicia. *Ponencia al 3º Congreso de filosofía del derecho de la Escuela del Poder Judicial*. México, Toluca. 3-7 octubre.

Pozzolo, Susanna. 2016. Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía. En *Conceptos y valores constitucionales*. L. Peña y T Ausín (ed by), Plaza y Valdés editores. 233-260. Madrid.

Sardo, A. 2014. Alexy, Proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica. In *Revus*. (22): 21-34.

Sbisà, M. 2015. *Detto non detto*. Roma: Laterza.

Schauer, F. 1991. *Playing by the rules*. Oxford: UP.

Tarello, G. 1992. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffé.

Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.