



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

## *LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RAZÓN\**

---

*Robert Alexy*

Cada Filosofía del Derecho es implícita o explícitamente expresión de un concepto de Derecho. Todos los conceptos de Derecho derivan de la interpretación y ponderación de tres elementos: 1) legalidad conforme al ordenamiento, 2) eficacia social, y 3) corrección material<sup>1</sup>. Aquel que en una definición de

\* Robert ALEXY, *Meine Philosophie des Rechts: Die Institutionalisierung der Vernunft*. Traducción del original alemán, no publicado, de José Antonio Seoane. Artículo previamente publicado en lengua inglesa: "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", en Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 22-45. Con permiso de Kluwer Academic Publishers.

[N. del T.: En las referencias bibliográficas se indica, en primer lugar, la edición original de cada obra citada, y a continuación la traducción española, cuando la haya, con indicación de las páginas correspondientes. En ambos casos se ha añadido la editorial respectiva, ausente en la versión original alemana. Salvo que se haga constar lo contrario, se han respetado y reproducido las traducciones españolas mencionadas. La única excepción a lo anterior la constituye el artículo "Probleme der Diskurstheorie" (notas 13, 20 y 22). Además de una versión inglesa –previa a su publicación en lengua alemana–, de él existe una versión española, publicada en Córdoba (Argentina). Al no haber podido consultarla hemos preferido reproducir las páginas de la publicación alemana empleada por Alexy].

1. Cfr. R. ALEXY, "A Definition of Law", en W. Krawietz, N. McCormick and G.-H. von Wright (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 101 ss.

Derecho se centre exclusivamente en la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, sin conceder por tanto importancia alguna a la corrección material, será partidario de un concepto positivista de Derecho. La teoría de Hans Kelsen es un ejemplo de ello. Su famosa frase “[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho” expresa claramente esto<sup>2</sup>. La posición más opuesta al positivismo jurídico es sostenida por aquél que define el Derecho atendiendo únicamente a su corrección material. Tal concepto de Derecho puramente iusnaturalista no resulta interesante para aquel que quiera reconocer, seguir, interpretar y aplicar el Derecho vigente. La cuestión decisiva en torno a la idoneidad de un concepto de Derecho no es, por tanto, si la corrección material debe definir el Derecho en lugar de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, sino más bien si debería hacerlo en combinación con éstas.

Lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del Derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva. Mi tesis es que únicamente puede formarse un adecuado concepto de Derecho si se combinan ambos aspectos. Esta combinación sólo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico. Tal teoría es la teoría del discurso del Estado democrático constitucional. Intentaré desarrollar esta teoría en cuatro pasos. El primer paso trata del fundamento de todo el sistema, la pretensión de corrección. Habrá que mostrar que esta pretensión está relacionada de forma necesaria con el Derecho. Logrado esto, se halla el germen que desmantelará el concepto positivista de Derecho. Sin embargo, el contenido de la pretensión de corrección aún queda abierto. Una primera precisión tiene lugar ya en el segundo paso, que se ocupa de la teoría del discurso como teoría de la corrección práctica. En él han de expresarse con claridad no sólo las posibilidades sino también los límites de la racionalidad

2. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien, Deuticke, 1960. Traducción del original en alemán de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1979, p. 205.

discursiva. Esto último nos conducirá en el tercer paso a la necesidad del Derecho. La necesidad del Derecho no supone la despedida de la racionalidad discursiva. Esto ha de ser expuesto en el cuarto paso, que trata de la relación entre lo real o institucional y lo ideal o discursivo en los diferentes niveles del sistema jurídico.

## I. LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Mi teoría depende de la tesis de que la ley formula necesariamente una pretensión de corrección. Esta tesis está formulada de modo muy general. Si se quiere precisar hay que responder a tres interrogantes: 1) ¿Qué significa que el Derecho formule una pretensión? 2) ¿Qué ha de entenderse por necesidad de la pretensión? 3) ¿En qué consiste el contenido de la pretensión, la corrección?

### 1. La formulación

En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden ser formuladas por sujetos capaces de actuar. Por tanto, que el Derecho formule una pretensión de corrección sólo puede significar que aquéllos que la formulan y actúan, en y para el Derecho, lo crean, interpretan, aplican y ejecutan. El legislador y el juez son casos paradigmáticos. Que *formulen* una pretensión significa, en primer lugar, que sus actos institucionales, esto es, las decisiones legislativas y las sentencias judiciales, están vinculados con el acto no institucional de *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto. Corrección implica fundamentabilidad. Por tanto, en segundo lugar, la pretensión de corrección incluye una *garantía* de fundamentabilidad. Como tercer elemento, acompaña a la afirmación y a la garantía la *expectativa* de

que cualquiera que adopte el punto de vista del sistema jurídico correspondiente y sea razonable reconocerá el acto jurídico como correcto. Por consiguiente, la formulación de la pretensión de corrección consiste en la tríada de 1) afirmación de la corrección, 2) garantía de fundamentabilidad y 3) expectativa de reconocimiento de la corrección<sup>3</sup>. Esta tríada no está únicamente relacionada con actos institucionales como decisiones legislativas y sentencias judiciales. Cualquiera que presente argumentos como participante en un sistema jurídico, por ejemplo como abogado ante un tribunal o como ciudadano en un debate público, a favor o en contra de asuntos específicos del sistema jurídico, formula la pretensión compuesta por la afirmación de la corrección, la garantía de la fundamentabilidad y la expectativa del reconocimiento.

## 2. La necesidad

La pretensión de corrección sólo resulta de interés para el concepto de Derecho si está vinculada de modo necesario con el Derecho. Si el Derecho pudiese tanto formular esta pretensión como no hacerlo, se trataría sólo de uno de los numerosos rasgos contingentes del Derecho, sin ningún significado para la definición de Derecho. La necesidad puede ser demostrada y explicada mediante dos ejemplos.

### a) Un artículo constitucional absurdo

El primer ejemplo versa sobre el primer artículo de una nueva Constitución del Estado X, en donde la minoría oprime a la

3. Para más detalles, R. ALEXY, "Recht und Richtigkeit", en W. Krawietz, R.S. Summers, O. Weinberger und G.-H. von Wright (Hg.), *Festschrift für Aulis Aarnio*, Berlin, 1997 (en prensa).

mayoría. La minoría quiere continuar disfrutando de las ventajas de la opresión de la mayoría, pero a la vez quiere ser honrada. Por ello la asamblea constituyente opta por el siguiente enunciado como primer artículo de la Constitución:

X es una república soberana, federal e injusta.

Este artículo constitucional tiene algún fallo. La cuestión no es sino determinar dónde radica tal defecto. Infringe sin duda las convenciones acerca de la redacción de los textos constitucionales, pero esto no explica por sí solo la imperfección. Un catálogo de derechos fundamentales de un centenar de páginas, por ejemplo, también podría ser de lo más insólito o poco convencional, pero a pesar de su carácter insólito y de su inconveniencia no tendría el notorio carácter absurdo de la cláusula de la injusticia. Lo mismo vale para el defecto moral. Desde el punto de vista de la moral no existiría diferencia alguna si la mayoría oprimida fuese privada explícitamente de derechos, pero desde el punto de vista del defecto sí la hay. La cláusula de la injusticia no es sólo inmoral sino en cierto modo también disparatada. Se ha pretendido que la cláusula de la injusticia presenta sólo una equivocación política porque es "políticamente inconveniente"<sup>4</sup>. Esto es ciertamente así, mas no explica por completo el defecto. Muchas cosas podrían ser políticamente inconvenientes en una Constitución y técnicamente defectuosas en este sentido sin que causasen una impresión tan peculiar como nuestro artículo primero<sup>5</sup>. Ni la deficiencia convencional ni la técnica ni la moral explican lo absurdo de la cláusula de la injusticia. Ésta, como

4. E. BULYGIN, "Alexy und das Richtigkeitsargument", en A. Aarnio, S. L. Paulson, P. Weinberger, G.-H. Von Wright und D. Wyduckel (Hg.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 23 ss.

5. Cfr. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Alber, 1992, 2. Auflage, 1994. Traducción de Jorge M. Seña, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 42-43.

sucede a menudo en el caso del absurdo, resulta de una contradicción. Tal contradicción surge porque en el acto de instaurar una Constitución se formula una pretensión de corrección que, en este caso, es esencialmente una pretensión de justicia. Como se ha indicado, las pretensiones incluyen afirmaciones. En el caso de la pretensión de justicia formulada aquí es la afirmación de que la república constituida es justa. La contradicción reside, por tanto, en que con el acto de instaurar una Constitución se sostiene implícitamente una afirmación que contradice el contenido explícito del acto constituyente, la cláusula de la injusticia.

#### b) *Una sentencia absurda*

El segundo ejemplo trata de un juez que pronuncia el siguiente veredicto:

Se condena al acusado, en virtud de una falsa interpretación del Derecho vigente, a cadena perpetua.

Este enunciado suscita un haz de interrogantes que no han de ser tratados aquí<sup>6</sup>. En el contexto en cuestión sólo resulta importante que tanto la asunción de un defecto convencional, moral o técnico como de una infracción del Derecho positivo<sup>7</sup> resultan también aquí insuficientes para comprender el carácter peculiar de la deficiencia. Una vez más, lo absurdo en este enunciado se explica sólo a partir de una contradicción. En una resolución

6. Cfr. sobre esto, de una parte, U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, pp. 87 ss.; E. BULYGIN, "Alexy und das Richtigkeitsargument" (nota 4), p. 23; y de otra, R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (nota 5), pp. 44 ss.; del mismo, "Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments", en W. Krawietz e.a. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 247 ss.

7. Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (nota 5), p. 44.

judicial siempre se formula la pretensión de que el Derecho se aplica correctamente, por escasa que pueda ser la satisfacción de tal pretensión. La clasificación inherente a la sentencia misma como errónea contradice a la pretensión de corrección que se formula con la ejecución del acto institucional de la condena. Formular una pretensión de corrección significa, entre otras cosas, la afirmación implícita de que la sentencia es correcta. Contradice a esta afirmación implícita la afirmación pública y explícita relacionada con la sentencia de que ésta es errónea. Esta contradicción entre lo implícito y lo explícito explica el absurdo.

#### c) *La alternativa*

Podría argumentarse que todo esto no muestra todavía la necesidad de la pretensión de corrección. El absurdo sería evitable en ambos casos. Sólo habría que cambiar radicalmente la praxis precedente y el modo en que el Derecho se ha comprendido a sí mismo hasta el momento presente. Si las Constituciones hubiesen de ser interpretadas de una vez por todas exclusivamente como expresión de poder, voluntad y fuerza, y las resoluciones judiciales como una mezcla de emoción, decisión y mandato, con la pretensión de corrección se disiparía también de nuestros ejemplos la contradicción, y por tanto el absurdo. La pretensión de corrección sería sustituida por algo parecido a una pretensión de poder.

El significado de esta objeción se vuelve especialmente claro si se amplía o generaliza. Las pretensiones de corrección no existen sólo en el Derecho. También se formulan en relación con juicios morales valorativos y de obligación, y su forma más general está vinculada con el acto de habla de aserción. Las posturas morales que no formulan tal pretensión no son juicios morales, sino únicamente expresión de emociones, exhortaciones

a sentir algo parecido o informes sobre sentimientos y actitudes<sup>8</sup>. Quien renuncia a la pretensión de corrección pierde en general la posibilidad de formular aserciones de cualquier clase, porque sólo aquellos actos de habla que formulan una pretensión de verdad o corrección son aserciones<sup>9</sup>. La eliminación de la posibilidad de realizar aserciones cambiaría nuestro lenguaje, y con ello cambiaría completamente nuestra autocomprensión y nuestra vida. Si en lugar de juicios y aserciones quedasen solamente sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasión, y en lugar de la corrección y la verdad se situarían manipulaciones eficaces y convicciones firmes. Todo sería subjetivo, nada objetivo.

Esto aclara en qué sentido resulta necesaria la pretensión de corrección. Es necesaria respecto de una práctica que se define esencialmente mediante la distinción de lo verdadero o correcto y lo incorrecto<sup>10</sup>. Sin embargo esta práctica es de una clase espe-

8. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978; 2. Auflage, mit Nachwort: Antwort auf einige Kritiker, 1991; 3. Auflage, 1996. Traducción de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 56 ss.

9. Para más detalles R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995. Traducción de L. Villar Borda, "Teoría del discurso y derechos humanos", en *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 77 ss.

10. La relatividad de la necesidad de la pretensión de corrección para una práctica específica concuerda en su estructura con la tesis de Grice y Strawson de que que una cosa es reconocer que no existe una necesidad absoluta de adoptar o usar algún esquema o sistema conceptual cualquiera, y otra totalmente distinta afirmar que no existe ninguna necesidad dentro de cualquier esquema o sistema conceptual que adoptemos o usemos. Lo último no se sigue de lo primero (H. P. GRICE and P. F. STRAWSON, "In Defense of a Dogma", *Philosophical Review* 65 (1956), pp. 157 ss.). La necesidad dentro de un esquema o sistema conceptual específico, así como dentro de una práctica

cial. Podemos ciertamente intentar descartar las categorías de verdad, corrección y objetividad. Pero para que esto tuviese éxito, nuestra habla y nuestra acción tendrían que ser algo esencialmente distinto de lo que son ahora. El precio no sólo sería alto. En cierto sentido consistiría en nosotros mismos.

### 3. *El contenido*

Con la tesis de que se formula una pretensión de corrección no se ha dicho todavía nada acerca de su contenido. Esto no es un inconveniente sino una ventaja, porque de lo contrario esta pretensión no podría ser formulada en todos los ámbitos. Los criterios de corrección dependen del contexto. Por consiguiente, para una asamblea constituyente son válidos unos criterios distintos de los del trabajo cotidiano del legislador parlamentario, e incluso son otros los criterios correspondientes a las sentencias judiciales. No obstante, un criterio caracteriza a la pretensión de corrección en todos los contextos: implica una pretensión de fundamentabilidad<sup>11</sup>. En el ámbito del Derecho esto trata siempre, directa o indirectamente, de la fundamentación de normas generales o individuales<sup>12</sup>; por tanto, de cuestiones normativas o prácticas. Antes de explicar a qué contenidos conduce la pretensión de corrección en los diversos contextos institucionales del Derecho, hemos de preguntarnos en primer lugar cómo es posible

específica, a diferencia de la necesidad de un esquema o sistema conceptual específico como tal o de una práctica específica como tal, es totalmente compatible con la tesis de Quine de que ningún enunciado ni ninguna regla son inmunes a la revisión. (W. V. O. QUINE, "Two Dogmas of Empiricism", en *From a Logical Point of View*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2nd edition, 1961. Traducción de M. Sacristán, "Dos dogmas del empirismo", en *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 77-78).

11. R. ALEXY, "Teoría del discurso y derechos humanos" (nota 9), p. 81.

12. El ejemplo más importante de una norma individual es la sentencia judicial. Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (nota 2), p. 33.

una fundamentación de las normas en general, esto es, independiente del Derecho. La teoría del discurso práctico general da la respuesta.

## II. LA TEORÍA DEL DISCURSO

### 1. *Las ideas fundamentales de la teoría del discurso*

La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Las teorías procedimentales de la corrección práctica se basan en la siguiente definición:

Una norma *N* es correcta si y sólo si *N* puede ser el resultado de un procedimiento *P*<sup>13</sup>.

El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo. Esto establece una diferencia fundamental entre la teoría del discurso y las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana, que operan con procedimientos de negociación y de toma de decisiones<sup>14</sup>.

El procedimiento *P* en la teoría del discurso puede ser definido por medio de un sistema de reglas del discurso<sup>15</sup> que expresa las condiciones de la argumentación práctica racional. Una parte de estas reglas enuncian exigencias generales de racionalidad, que son también válidas con independencia de la teoría del discurso. A ellas pertenecen la ausencia de contradicción, la universaliza-

13. R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), p. 110.

14. Cfr. por ejemplo J. M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, The University of Chicago Press, 1975, pp. 6 ss. y 26 ss.; D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986. Traducción de A. Bixio; revisión técnica de S. Monder, *La moral por acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 158 ss.

15. Para un intento de formular tal sistema con la ayuda de 28 reglas del discurso cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (nota 8), pp. 184 ss.

bilidad en el sentido de un uso coherente de los predicados empleados, la claridad lingüístico-conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, la ponderación, el intercambio de roles y el análisis de la génesis de las convicciones morales. Todas estas reglas son asimismo válidas en monólogos. Esto ya explica que la teoría del discurso en modo alguno reemplaza la fundamentación por la mera producción del consenso, como se ha aducido contra ella<sup>16</sup>. Incluye de forma completa las reglas de la argumentación racional aplicables a la fundamentación monológica. Su especialidad consiste exclusivamente en añadir un segundo nivel a éste, a saber, las reglas relativas al procedimiento del discurso. Estas reglas tienen un carácter no monológico. Su objetivo es la imparcialidad del discurso. Este objetivo se logra asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación. Las más importantes de estas reglas dicen:

1. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
2. a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.  
b) Todos pueden incluir cualquier aserción en el discurso.  
c) Todos pueden expresar sus posturas, deseos y necesidades.
3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 1) y 2) mediante coerción interna o externa al discurso<sup>17</sup>.

Estas reglas expresan las ideas de libertad e igualdad universales en el nivel de la argumentación. Si son válidas, esto es, si cada uno puede decidir con libertad e igualdad qué es lo que acepta, entonces la siguiente condición del acuerdo universal es necesariamente válida:

Una norma sólo puede hallar consenso universal en un discurso cuando las consecuencias de su observancia general para la satisfacción de los intereses de cada uno son aceptables para todos.

16. Cfr. O. WEINBERGER, "Grundlagenprobleme des institutionalischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie", *Rechtstheorie Beiheft* 14 (1994), pp. 258 ss.

17. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (nota 8), p. 189.

Constituye un supuesto central de la teoría del discurso, en primer lugar, que el acuerdo en el discurso puede depender de argumentos y, en segundo lugar, que existe una relación necesaria entre el acuerdo universal en condiciones ideales y los conceptos de corrección y validez moral. Esta relación puede formularse de la siguiente forma:

Son correctas y por tanto válidas justamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos.

Si efectuamos alguna matización resulta el principio del discurso abstracto de Habermas:

“Son válidas sólo aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”<sup>18</sup>.

Esto se corresponde, al menos en su intención básica, con el principio kantiano del poder legislativo:

“De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora”<sup>19</sup>.

Esto muestra que la teoría del discurso se asienta en la tradición kantiana.

18. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; 4. Auflage, 1994. Traducción, sobre la cuarta edición revisada, de M. Jiménez Redondo, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 172.

19. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, en *Kant's gesammelte Schriften*, hg. von der Königl. Preussischen Akademie der Wissenschaften, 6, Berlin, 1907, p. 313. Traducción y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 143.

## 2. Los límites de la teoría del discurso

La teoría del discurso conduce a numerosos problemas. Tres de ellos son de especial importancia. El primero concierne a la teoría del discurso como teoría de la corrección práctica. También podría ser denominado el *problema del estatus*. El problema del estatus alude a la cuestión de si efectivamente existe, como afirma la teoría del discurso, una relación necesaria entre los discursos y la corrección práctica<sup>20</sup>. El segundo problema se refiere a la fundamentación de las reglas del discurso. El *problema de la fundamentación* se resuelve si es posible mostrar, en primer lugar, que aquellos que participan en la práctica de afirmar, preguntar y argumentar presuponen necesariamente tales reglas, y en segundo lugar, que la participación en tal práctica es, de un modo u otro, necesaria para todos. He intentado exponer en otra parte que tanto el primero como el último son verdad<sup>21</sup>. Aquí se ha de poner el tercer problema en un primer plano. Es el *problema de la aplicación* de la teoría del discurso.

### a) Discursos reales e ideales

La principal debilidad de la teoría del discurso desde la perspectiva de la aplicabilidad consiste en que su sistema de reglas no proporciona procedimiento alguno que permita alcanzar con seguridad en todo caso un único resultado a través de un número finito de operaciones. Esto es debido a tres razones. En primer lugar, las reglas del discurso no incluyen ninguna determinación respecto de los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las respectivas convicciones normativas y las

20. Cfr. sobre esto R. ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 118 ss.

21. R. ALEXI, “Teoría del discurso y derechos humanos” (nota 9), pp. 73 ss.

interpretaciones de los intereses existentes de los participantes. En segundo lugar, las reglas del discurso no establecen todos los pasos de la argumentación. En tercer lugar, una serie de reglas del discurso tiene carácter ideal y, en consecuencia, sólo puede cumplirse de forma aproximada.

Lo último conduce a la distinción, fundamental para la teoría del discurso, entre los discursos ideales y los reales. El discurso práctico ideal en todos los aspectos se define por la búsqueda de la respuesta para una cuestión práctica en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coacción, en aras de producir plena claridad lingüístico-conceptual, información empírica completa, aptitud y disposición plenas para el intercambio de roles y total ausencia de prejuicios. El concepto de discurso ideal da lugar a un conjunto de problemas<sup>22</sup>, y es objeto de severas críticas<sup>23</sup>. Nunca ser humano alguno ha participado en un discurso ideal en todos los aspectos y nunca mortal alguno lo hará. Por ello nunca podrá haber certeza sino siempre meras suposiciones acerca de los resultados del discurso ideal. Ni siquiera es seguro si el discurso ideal en todos los aspectos conduciría a un consenso en cada cuestión práctica o si existen diferencias contrarias al discurso entre los seres humanos que excluirían el consenso también en las condiciones más ideales.

Sin embargo, todo esto no conduce a devaluar el concepto de discurso ideal. El concepto de discurso ideal es una idea regulativa siempre presente en los discursos reales<sup>24</sup>. Como idea regulativa expresa su objetivo o meta final. Los discursos prácticos reales se definen por la búsqueda de la respuesta para una cuestión práctica en condiciones de tiempo limitado, participación

22. Cfr. R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 113 ss.

23. Cfr. O. WEINBERGER, "Grundlagenprobleme des institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie" (nota 16), pp. 259 ss.

24. Para el concepto de la idea regulativa cfr. I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, A 509, 644; B 537, 672. Traducción de P. Ribas, *Crítica de la razón pura*, Madrid, Alfaguara, 1978, decimoquinta edición, 1998, pp. 449 y 531.

limitada y ausencia de coacción limitada, con claridad lingüístico-conceptual limitada, información empírica limitada, aptitud para intercambiar roles limitada y ausencia limitada de prejuicios. A pesar de estas limitaciones, el discurso real está relacionado conceptualmente con el discurso ideal. Cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda.

En contra de esto podría decirse que el discurso ideal carece de sentido como idea regulativa. Esto sería así si una aproximación a él fuese imposible o irrelevante para la corrección. Con todo, es fácil advertir que es posible una aproximación del discurso real al discurso ideal. De este modo, hay discursos limitados y abiertos, confusos y claros, respondones y críticos, y todos ellos y más existen en diversos grados. Por consiguiente, la cuestión sólo puede ser si existe una conexión interna entre la aproximación al discurso ideal y la corrección práctica. Que éste sea el asunto constituye un supuesto central de la teoría del discurso. Los discursos prácticos no se ocupan únicamente de la comprobación de intereses comunes sino también, de modo esencial, de la solución correcta de los conflictos de intereses. Una solución correcta de un conflicto de intereses es, en lo esencial, cuestión de la correcta determinación de los pesos relativos de los intereses en juego. Supongamos simplemente que la norma  $N_1$  que resuelve un conflicto de intereses halla aprobación unánime tras un discurso en el que los adversarios no dispuestos a consentir fuesen excluidos y en el que un grupo ha prevalecido, la retórica emotiva ha dominado el terreno, hechos incorrectos han sido tratados como verdaderos hasta el final, y los ganadores han defendido exclusivamente sus propios intereses y no han querido escuchar nada acerca de los de los demás. Compárese este panorama con la solución del mismo conflicto de intereses mediante la norma  $N_2$ , que encuentra la aprobación general tras un discurso en el que

nadie ha sido excluido y nadie ha prevalecido, en donde se ha argumentado de forma clara y precisa, sólo se han considerado las hipótesis auténticas o probables sobre las circunstancias fácticas, y todos han intentado, en la medida de lo posible, ponerse en la situación de los otros y han estado debatiendo con ellos la interpretación de sus intereses. El segundo caso está, sin duda, más próximo al discurso ideal que el primero, y por tanto, al menos *ceteris paribus*,  $N_2$  está más próxima a la corrección que  $N_1$ . Esto basta para lo que aquí se trata: la aproximación del discurso real al discurso ideal no resulta irrelevante respecto de la corrección.

#### b) *Las modalidades discursivas*

La vinculación del discurso real y el discurso ideal sólo puede disipar hasta cierto punto la indeterminación del resultado. Hay alguno que no viene al caso como resultado de una aproximación suficiente y en general prácticamente posible al discurso ideal. La esclavitud es un ejemplo. Puede ser calificada como "discursivamente imposible"<sup>25</sup>. Con bastante seguridad pueden encontrarse otros como resultados del discurso y ser por tanto calificados como "discursivamente necesarios". La democracia es un ejemplo<sup>26</sup>. Con todo, junto a lo discursivamente imposible y lo discursivamente necesario existe un amplio espacio de lo meramente posible discursivamente, en el cual se pueden obtener diferentes resultados de forma racional en el discurso. Aquí la teoría del discurso llega a un límite que no puede rebasar por sí misma.

25. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (nota 8), pp. 201-202; del mismo, "La fundamentación de los derechos humanos", traducción de L. Villar Borda, en *Teoría del discurso y derechos humanos* (nota 9), pp. 108-9.

26. Cfr. R. ALEXY, "La fundamentación de los derechos humanos" (nota 25), pp. 134-136.

### III. LA NECESIDAD DEL DERECHO

Que la teoría del discurso no ofrezca un procedimiento que permita lograr en todo caso de modo exacto un resultado mediante un número finito de operaciones, lo que conduce al amplio espacio de lo meramente posible discursivamente, puede ser designado como "el problema del conocimiento". El problema del conocimiento lleva a la necesidad de procedimientos jurídicamente regulados que garanticen una decisión. La votación en el Parlamento es el ejemplo más importante. Si se proyecta esto en los tres elementos del concepto de Derecho, la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material, se puede decir que el problema del conocimiento desplaza el peso de la corrección material a la legalidad conforme al ordenamiento.

El problema del conocimiento no es el único problema que conduce de la teoría del discurso pura al Derecho. Hay que añadir dos más: el problema de la imposición y el problema de la organización. El problema de la imposición se origina porque la comprensión de la corrección o la legitimidad de una norma es algo distinto de su observancia. El acuerdo unánime alcanzado en el discurso sobre una norma como justa y, por tanto, correcta, no tiene necesariamente como consecuencia su observancia por todos. Ahora bien, si alguien puede infringir una norma sin más, no se puede exigir su observancia a nadie. El hecho de que las comprensiones no siempre se encaminen a las acciones correspondientes es, por ello, una segunda razón para la necesidad del Derecho, y precisamente una razón para el Derecho como sistema de reglas respaldadas por la coacción<sup>27</sup>. Esto confiere a la eficacia

27. El argumento del conocimiento y el de la imposición concuerdan en lo esencial con el argumento kantiano del tránsito del estado de naturaleza al estado civil. Cfr. I. KANT, *La Metafísica de las costumbres* (nota 19), pp. 141-142.

social, que incluye la coacción organizada<sup>28</sup>, una importancia decisiva en la definición del Derecho. Por último, el problema de la organización resulta de las numerosas exigencias morales y los numerosos objetivos deseables que no pueden ser logrados o suficientemente satisfechos sólo mediante acciones individuales y cooperación espontánea. Piénsese en el subsidio de desempleo o en la ayuda a países necesitados. La imprescindible organización presupone el Derecho. Esto es también válido para la administración del Derecho mismo. El Derecho debe ser organizado por el Derecho. Para el concepto de Derecho, esto implica un aumento de la importancia tanto de la legalidad conforme al ordenamiento como de la eficacia social, a costa de la corrección material.

#### IV. INSTITUCIÓN E IDEAL

A la vista de la importancia que los problemas del conocimiento, la imposición y la organización otorgan a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social, pudiera pensarse que la corrección material podría ser eliminada del concepto de Derecho. En cierto modo la teoría del discurso se despediría a sí misma y cedería por completo el terreno a un positivismo jurídico basado en los clásicos argumentos de evitar la anarquía y la guerra civil, y facilitar las condiciones de cooperación eficaz; en suma, en la seguridad jurídica<sup>29</sup>.

Sin embargo, quien argumenta así no toma en consideración dos aspectos. En primer lugar, no percibe que el peso relativamente grande en condiciones normales de la seguridad jurídica disminuye más cuanto más fuerte sea la justicia, y por ello la

28. Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (nota 5), pp. 87 ss.

29. En este sentido C. BRAUN, "Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft", *Rechtstheorie* 19 (1988), pp. 259 ss.

corrección material es arrinconada. Esto insinúa la posibilidad de un punto en el que la prioridad cambia de dirección. En segundo lugar, se ha dejado al margen de toda consideración que entre la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social; o sea, la positividad, de una parte, y la corrección material, de otra, no existe únicamente una relación alternativa sino también una relación de complemento, penetración y refuerzo. Tales complemento, penetración y refuerzo son condición de la legitimidad del Derecho.

#### 1. *El umbral de la extrema injusticia*

Si los mejores argumentos a favor de una prioridad estricta de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sobre la corrección material se pronunciasen, la famosa frase de Kelsen "[d]e ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho"<sup>30</sup> sería correcta desde cualquier punto de vista. Con posterioridad a 1945 Radbruch adujo contra esto que el conflicto entre la justicia, esto es, la corrección material, y la seguridad jurídica podría resolverse en principio a favor de la seguridad jurídica; esto, sin embargo, no resultaba válido sin restricción. La prioridad de lo legal y lo eficaz sobre lo correcto llegaba a un límite cuando la contradicción entre una ley positiva con la justicia alcanzaba una "medida insostenible"<sup>31</sup>. Esto puede reducirse a la breve fórmula:

La extrema injusticia no es Derecho<sup>32</sup>.

30. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (nota 2), p. 205.

31. G. RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", en *Gesamtausgabe*, III, A. Kaufmann (Hrsg.), Heidelberg, Müller, 1990. Traducción de M. I. Azareto de Vásquez, *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 37.

32. R. ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993, p. 4.

Lo específico de esta fórmula es que no exige un total ajustamiento del Derecho y la moral. Admite el Derecho legal y eficaz incluso cuando es injusto. Simplemente se incorpora a través de ella un límite máximo en el Derecho.

La jurisprudencia alemana ha aplicado la fórmula de Radbruch a la injusticia nacionalsocialista<sup>33</sup> con posterioridad a 1945, y después de 1989 a las normas de la República Democrática Alemana que justificaban los homicidios en la frontera entre las dos Alemanias<sup>34</sup>. Todo esto ha sido arduamente debatido, y no puede ser discutido aquí en mayor detalle<sup>35</sup>. Adviértase únicamente que la plausibilidad de esta fórmula se presenta de forma completamente distinta, según las circunstancias, si se contempla desde la perspectiva de un participante o de un observador<sup>36</sup>. Hay muchos elementos a favor de considerarla errónea desde la perspectiva del observador y correcta desde la perspectiva del participante. En último lugar, sobre ello decidirá una ponderación de razones normativas. En esta ponderación la pretensión de corrección, siempre relacionada con el Derecho, incluso con el de la extrema injusticia, desempeña un papel esencial. Desde este plano, si se adopta la perspectiva del participante, las mejores razones están a

33. BGHZ (sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia civil) 3, 94 (107); BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal) 2, 173 (177); 2, 234 (237 ss.); 3, 357 (362 ss.); BverfGE (sentencias del Tribunal Constitucional Federal) 3, 58 (119); 3, 225 (232); 6, 132 (198); 6, 389 (414); 23, 98 (106); 54, 53 (68).

34. BGHSt 39, 1 (16); 40, 218 (232); 40, 241 (244); 41, 101 (106 ss.). Cfr. sobre esto R. ALEXY, *Mauerschützen* (nota 32), pp. 7 ss.

35. En lugar de un gran número de ellos, mencionaré únicamente al antagonista más destacado de Radbruch, que es H. L. A. HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71 (1958). Traducción de Genaro R. Carrió, "El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 40 ss.

36. Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho* (nota 5), pp. 33 ss. y 45 ss.

favor de la fórmula de Radbruch<sup>37</sup>. De este modo quedaría excluido, por ejemplo, que con posterioridad a 1945 alguien pudiese alegar un hecho institucional tal como la pérdida de la ciudadanía de un causante en virtud de una norma de la legislación racial creada durante el Nacionalsocialismo<sup>38</sup>. Por tanto, aunque sólo sea para fijar un límite extraordinario, la corrección material tiene significado en la definición del Derecho, y por ello importancia por sí misma frente a la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social<sup>39</sup>. Esto ya basta para clasificar el concepto de Derecho como "no-positivista".

## 2. *El Estado democrático constitucional*

La fórmula de Radbruch vale en una situación excepcional: la de una ley extremadamente injusta. Tales situaciones excepcionales son indicios de un desastre nacional. En circunstancias normales el problema no es la dramática alternativa entre positividad y corrección, sino su complemento, penetración y refuerzo. El discurso necesita del Derecho para alcanzar la realidad, y el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad. Si se desarrolla esto, por medio del límite de lo institucional instaurado mediante la fórmula de Radbruch, se llega a través de lo ideal a

37. Para una justificación detallada a partir de un análisis de ocho argumentos a favor y en contra, cfr. *ibid.* (nota 5), pp. 46 ss.

38. Cfr. BverfGE 23, 98 (100 ss. 106).

39. La fórmula de Radbruch origina los problemas de mayor entidad en el ámbito del Derecho penal. Aquí el asunto en cuestión es sobre todo si la eliminación de causas de justificación de un régimen injusto infringe el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", que tiene rango constitucional en la mayoría de los Estados. Ahora bien, éste no es un problema que afecte a la fórmula de Radbruch como tal. Únicamente afecta a su aplicabilidad en el marco del Derecho penal. Cfr. sobre esto R. ALEXY, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg, Vanderhoeck & Ruprecht, 1997.

una relación entre ambas caras, que es hasta el momento la más completa expresión del Estado democrático constitucional.

La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales<sup>40</sup> y la democracia.

#### a) *Los derechos fundamentales*

Para la teoría del discurso la libertad y la igualdad son constitutivas del discurso. Las reglas del discurso expresan esto con claridad. Esto sugiere juzgar la libertad y la igualdad en todos los ámbitos de la acción a partir de la libertad e igualdad en el discurso. Sin embargo, no es posible deducir de las reglas del discurso una conclusión tan inmediata para las reglas jurídicas. Para ello se necesitan premisas adicionales. Para fundamentar la libertad jurídica se necesita la premisa de que cualquiera que guíe el discurso con interés en resolver problemas políticos a través de un consenso controlado y generado discursivamente tiene que reconocer la libertad de los otros también fuera del discurso<sup>41</sup>. Quienquiera que guíe el discurso sin tal motivación tiene al

40. Los derechos fundamentales son derechos de tal importancia que su garantía o no garantía no puede dejarse en manos de una simple mayoría parlamentaria (cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 3. Auflage, 1996. Traducción española de E. Garzón Valdés; revisión de R. Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 432). Como derechos constitucionales limitan el poder de decisión del Parlamento. Los derechos humanos son derechos que todos los seres humanos poseen con independencia de su reconocimiento por el Derecho positivo. Todos los derechos humanos deberían ser catalogados como derechos fundamentales en todas las Constituciones. Además de los derechos humanos, las Constituciones pueden contener otros derechos como derechos fundamentales.

41. Cfr. R. ALEXY, "La fundamentación de los derechos humanos" (nota 25), pp. 107 ss.

menos que simular tales intereses si quiere alcanzar legitimidad a través de argumentos. Ello conduce al dilema teórico-discursivo del tirano: de una parte, el terror enmascarado con argumentos es más económico y estable que la nuda fuerza; de otra, la argumentación unida a las mentiras suscita la crítica y el desenmascaramiento<sup>42</sup>.

El interés en una solución discursiva de los problemas políticos desempeña su papel principal en la fundamentación de la libertad. Del lado de la igualdad desempeña un papel análogo el consenso hipotético en un discurso ideal. Acerca de los resultados del discurso ideal sólo caben, en principio, especulaciones. Sin embargo, en algunos casos elementales se puede decir con bastante seguridad qué es discursivamente necesario o imposible. La igualdad de los derechos humanos forma parte de esos casos elementales. En un discurso ideal no pueden justificarse derechos humanos o derechos fundamentales desiguales, porque en él, a causa de la libertad, la igualdad y la racionalidad dominantes en la argumentación, los argumentos a favor de una distribución desigual de los derechos humanos no durarían<sup>43</sup>.

El núcleo de los derechos fundamentales se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad. Todos los demás derechos fundamentales son, o bien casos especiales de estos dos derechos, o bien medios necesarios para producir y asegurar un grado suficiente de libertad e igualdad reales. Esto último vale, por ejemplo, para el caso del derecho al mínimo vital<sup>44</sup>.

La autonomía es el uso de la libertad. Que los derechos fundamentales aseguren tanto la autonomía privada como la pública tiene un significado básico para la teoría del Estado democrático constitucional. Esto se realiza mediante una amplia gama de derechos que abarca desde la libertad de opinión pasando por la li-

42. *Ibid.* (nota 25), pp. 114.

43. En detalle sobre esto, *ibid.* (nota 25), pp. 119 ss.

44. *Ibid.* (nota 25), p. 117; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 40), pp. 456 ss.

bertad de reunión y la libertad de prensa, hasta el derecho a elecciones generales, libres, iguales y secretas. De este modo se constituye una relación necesaria entre los derechos fundamentales y la democracia<sup>45</sup>.

45. El hecho de que los derechos fundamentales se puedan justificar de forma teórico-discursiva significa que una asamblea constituyente no es libre ante la cuestión de si la Constitución debe garantizar o no los derechos fundamentales constitucionales. Por ello, una Constitución sólo satisface la pretensión de corrección y, por tanto, sólo es legítima si garantiza los derechos como derechos fundamentales, tal y como exige la teoría del discurso. Partiendo de un concepto decisionista de la soberanía popular, según el cual un pueblo es soberano si puede decidir siempre lo que quiera, la necesidad discursiva de los derechos fundamentales implica una limitación de la soberanía popular desde fuera. Por el contrario, al emplear un concepto discursivo o deliberativo de soberanía popular, con arreglo al cual un pueblo es soberano si conforma su voluntad por medio de un discurso libre, los derechos fundamentales están necesariamente incluidos en tal voluntad, al menos en condiciones ideales. Los derechos fundamentales no pueden limitar un procedimiento ideal de instaurar una Constitución, porque ya forman parte de su definición. Sin embargo, esto presenta un aspecto distinto en un procedimiento real de instaurar una Constitución. Los discursos reales pueden errar en lo que es correcto, y por tanto también en los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales ciertamente limitan el procedimiento real, pero esta limitación es distinta de la que se halla en un concepto decisionista de soberanía popular. Los derechos fundamentales no cubren con nada extraño la soberanía popular entendida en términos discursivos, sino que formulan lo que el pueblo representado en la asamblea constituyente querría como propio en condiciones ideales. Proyectado esto en el concepto de Derecho se puede decir que en la concepción decisionista de soberanía popular, lo legal conforme al ordenamiento y lo socialmente eficaz son limitados por algo bastante diferente, la corrección material, mientras que en una concepción discursiva, lo legal conforme al ordenamiento y socialmente eficaz, en el discurso ideal, es al mismo tiempo materialmente correcto en todo caso, y en el caso real, al menos aspira o intenta llegar a serlo, dando lugar así a una vinculación interna entre el aspecto institucional y el ideal, que está en correspondencia con la vinculación entre el Derecho y la pretensión de corrección.

## b) *La democracia*

Existen ideas sumamente variadas de la democracia. El principio del discurso exige la democracia deliberativa. La democracia deliberativa es más que un procedimiento para la elaboración de una óptima conciliación de intereses en el umbral de una dictadura o una guerra civil. En ella el nivel de los intereses y del poder está superpuesto por un nivel de argumentos en el que todos los participantes se esfuerzan por una solución política correcta. De este modo, la democracia deliberativa presupone la posibilidad de la racionalidad discursiva. Si la idea de la racionalidad discursiva fuese un espejismo, la democracia deliberativa sería una ilusión. Un enunciado como el del Tribunal Constitucional alemán: "la libre discusión es el verdadero fundamento de la sociedad libre y democrática"<sup>46</sup> no sería sino expresión de pura ideología.

Que la democracia deliberativa sólo sea posible si existe algo como el discurso práctico racional no es más que una parte del asunto. La otra es que la idea del discurso sólo puede ser realizada hasta el extremo en que sea realizable mediante la institucionalización de la democracia deliberativa. Quien quiera corrección ha de querer discurso; quien quiera discurso ha de querer democracia.

La formación de las instituciones democráticas es asunto de los procesos democráticos. La democracia es hasta tal punto reflexiva. Con todo, algunas líneas básicas ya pueden ser fijadas sólo sobre la base de la teoría del discurso. Así, por mencionar dos ejemplos, hay que asegurar un juego de argumentos en los medios electrónicos suficientemente libre, que no pueda ser deformado o sometido por el dinero o el poder, y hay que regular la financiación de los partidos políticos de modo tal que el com-

46. BverfGE 90, 1 (20 ss.).

promiso del proceso político con la razón y la responsabilidad de los ciudadanos sea asegurado y preservado<sup>47</sup>.

### c) *La jurisdicción constitucional*

Si el proceso político de formación de la voluntad tiene éxito, las exigencias de la mayoría parlamentaria de la democracia deliberativa serán vertidas en forma de leyes, al igual que en los dos ejemplos ahora enunciados. Las leyes tienen asimismo que respetar y concretar los derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué sucedería si se dictan leyes que atentan contra los derechos fundamentales o arruinan la democracia deliberativa? En ese caso se puede confiar en las virtudes autocurativas de la democracia o prescribir la medicina de la jurisdicción constitucional. A favor de esto último está que de otro modo las deficiencias crónicas podrían amenazarnos y las crisis podrían conducirnos a un desenlace fatal, aun cuando esto pudiese haberse evitado. Las mayorías tienden a aferrarse a los privilegios y los hábitos adquiridos incluso si éstos violan los derechos de las minorías, y nunca se puede excluir que fuerzas que quieran liquidar la democracia deliberativa consigan la mayoría. Sin embargo, la jurisdicción constitucional no es la panacea. Cuando ya no quedan bastantes que quieran la democracia, nadie puede salvarla. Es más, la jurisdicción constitucional puede desplegar también efectos negativos. Toda jurisdicción constitucional entraña el riesgo del paternalismo<sup>48</sup>. Éste sólo puede ser conjurado, en primer lugar, si la jurisdicción constitucional, como representación argumentativa del ciudadano, está mucho más próxima a los ideales discursivos que el proceso político conducente a la ley derogada, y en se-

47. Cfr. R. ALEXY, "Grundgesetz und Diskurstheorie", en W. Brugger (Hg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 355 ss.

48. Cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez* (nota 18) p. 339.

gundo lugar, si la decisión del Tribunal Constitucional es reconocida por los ciudadanos en el proceso político ulterior como propia mediante reflexión y discusión críticas<sup>49</sup>.

### 3. *La argumentación jurídica*

Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma. Esto se debe a varias razones. Resultan de especial importancia la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas en las que pueda basarse la decisión y la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma en casos especiales<sup>50</sup>. En tanto esto es así, existe una apertura necesaria del Derecho<sup>51</sup>.

Dentro del ámbito de apertura del Derecho positivo no puede, por definición, decidirse en virtud del Derecho positivo, porque si esto fuese posible, no se encontraría dentro del ámbito de apertura. Por ello, positivistas como Kelsen y Hart sólo son consecuentes cuando dicen que el juez, al igual que el legislador, está autorizado para decidir en virtud de pautas extrajurídicas dentro del ámbito de apertura<sup>52</sup>. En cambio, la pretensión de corrección nos lleva a una interpretación no-positivista. Ésta puede desple-

49. Cfr. R. ALEXY, "Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas' prozeduralem Rechtsparadigma", en O. Behrends und R. Dreier (Hg.), *Gerechtigkeit und Geschichte. Beiträge eines Symposium zum 65. Geburtstag von Malte Desselhorst*, Göttingen, Wallstein, 1996, pp. 85 ss.

50. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (nota 8), pp. 23 ss.

51. Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; 2nd edition with a new Postscript, 1994. Traducción de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 159.

52. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (nota 2), p. 352; H. L. A. HART, *El concepto de derecho* (nota 51), pp. 158, 168 y 252 ss.

garse de dos modos: 1) a través del argumento de los principios y 2) mediante la tesis del caso especial.

a) *El argumento de los principios*

La base del argumento de los principios la constituye la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo de forma definitiva, o que autorizan a algo de forma definitiva. Encierran un deber definitivo. Si se cumplen sus requisitos, sobreviene la consecuencia jurídica. Si no se quieren aceptar, se debe declarar nula la regla y con ello excluirla del ordenamiento jurídico, o bien introducir una excepción en la regla y, de ese modo, crear una nueva regla. La forma de aplicación de las reglas es la subsunción. Por el contrario, los principios encierran un deber ideal<sup>53</sup>. Son mandatos para ser optimizados. Como tales no encierran un deber definitivo sino sólo un deber *prima facie*. Exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>54</sup>. En forma abreviada, si bien algo imprecisa<sup>55</sup>,

53. R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 203 ss.

54. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (nota 40), p. 86.

55. La imprecisión se deriva de una mezcla de dos niveles: un nivel objetivo y un metanivel. En el nivel objetivo se hallan los principios como mandatos ideales y, por tanto, como mandatos de optimización. Como tales pueden ser realizados en diferentes grados, a diferencia de las reglas, que sólo pueden ser satisfechas o no serlo (R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 202 ss.). Al ser mandatos ideales, los principios son el objeto de la ponderación. Frente a esto, los mandatos de optimización están situados en un metanivel, que determina qué ha de hacerse con todo lo que está en el nivel objetivo. Los mandatos de optimización exigen que su objeto, los mandatos que tienen que ser optimizados, sea realizado tanto como sea posible. Sin embargo, ellos mismos no tienen que ser optimizados sino únicamente ser satisfechos o no. Por consiguiente, tal y como se ha subrayado frecuente y oportunamente, los mandatos de optimización en cuanto tales tienen la estructura de las reglas (cfr. A. AARNIO, "Taking Rules Seriously", *Archiv für Rechts- und Sozial-*

los principios pueden ser designados como "mandatos de optimización". Como mandatos ideales, los principios exigen más de lo que es realmente posible. Ellos entran en colisión con otros principios. Su forma típica de aplicación es, por ello, la ponderación. Sólo la ponderación nos lleva del deber ideal *prima facie* al deber real y definitivo.

El punto de partida del argumento de los principios es que la pretensión de corrección exige una ponderación en tanto sea posible. Los principios son los únicos objetos posibles de la ponderación. La pretensión de corrección que pertenece de modo necesario al Derecho implica que la ponderación requerida pertenece también de modo necesario al Derecho. Pero si la ponderación pertenece necesariamente al Derecho, también han de pertenecer necesariamente los objetos de la ponderación. La pretensión de corrección conduce a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de Derecho. De este modo las razones ideales para lo que es debido de forma definitiva llegan a formar parte del Derecho.

Entre las razones ideales para aquello que se exige jurídicamente de forma definitiva cuentan asimismo siempre principios morales. Al relacionar esto de nuevo con la pretensión de correc-

*philosophie*, Beiheft 42 (1990), p. 187; J.-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 63 ss.). En cualquier caso, todavía tiene sentido hablar de mandatos de optimización. Este concepto expresa cuál es el núcleo de los principios de un modo particularmente sencillo. Más aún, existe una relación necesaria entre el deber ideal, de ahí precisamente el principio mismo, y el mandato de optimización como regla: el deber ideal presupone el mandato de optimización y viceversa. Se trata de las dos caras del mismo asunto. La cuestión suscitada por Aleksander Peczenik de si el mandato de optimización se sitúa dentro o fuera del significado del principio al que necesariamente acompaña (A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, pp. 77 ss.) ha de ser por ello contestado que aquél está comprendido en el significado del principio, porque su supresión daría lugar a que el principio correspondiente perdiese simultáneamente su carácter de principio.

ción se llega a dos consecuencias. En primer lugar, la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el Derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral. Es la corrección material de los principios morales, y nada más, lo que los convierte en jurídicamente dignos de consideración. Esto tiene que ver con el contenido de los principios morales introducidos en el Derecho mediante la pretensión de corrección. La segunda consecuencia se refiere a la aplicación de los principios morales, esto es, a su ponderación frente a otros principios morales y frente a principios jurídicos concretos, como los que tienen por objeto la seguridad jurídica, el procedimiento y la eficacia del Derecho. La participación de los principios morales en una ponderación significa que los argumentos morales también tienen importancia en la fundamentación de las decisiones resultantes de la ponderación. Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional. Aquí retornamos a la idea de discurso.

Podría objetarse a esto último que la teoría de los principios conduce a una idea completamente distinta, que reemplaza a la del discurso: la de la coherencia. Esto es en parte correcto y en parte incorrecto. Es cierto que la teoría de los principios implica la idea de coherencia. La ponderación es una de las operaciones más importantes para producir y asegurar la coherencia y, por tanto, la unidad del sistema jurídico. Además, resulta difícil que la importancia de la coherencia para la corrección del Derecho sea sobrevalorada<sup>56</sup>. No obstante, sería erróneo considerar a la coherencia como el más importante o el único de los criterios para la corrección de una interpretación del Derecho, de la cual pueden advertirse ciertas tendencias en algunos autores<sup>57</sup>. La idea

56. Cfr. R. ALEXY and A. PECZENIK, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive rationality", *Ratio Juris* 3 (1990), pp. 130 ss.

57. El ejemplo históricamente más significativo lo ofrece la teoría del "todo orgánico" y de la "relación interna o parentesco por el que los conceptos

de coherencia no puede reemplazar a la idea de discurso sino sólo completarla y fortalecerla. Su predominio exclusivo desembocaría en un holismo jurídico, según el cual todas las premisas ya están incluidas en el sistema jurídico, o están ocultas en él y sólo necesitan ser descubiertas. En cambio, aquí se dice que las normas, sean reglas o principios, no pueden por sí mismas constituir un sistema, y un sistema de normas no puede por sí mismo producir y asegurar la coherencia. Para esto son precisos personas y procedimientos. En este punto entra en juego la tesis del caso especial.

#### b) *La tesis del caso especial*

La tesis del caso especial dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general<sup>58</sup>. En último término, la argumentación jurídica, como la argumentación práctica general, trata siempre de lo que está ordenado, prohibido o permitido; esto es, de cuestiones prácticas. Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico se formula una pretensión de corrección. La especialidad radica en que la pretensión de corrección en el discurso jurídico, a diferencia del discurso práctico

jurídicos singulares y las reglas jurídicas se unen a una gran unidad" de Friedrich Carl von Savigny (F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840. Traducción de J. Mesía y M. Poley, *Sistema del Derecho romano actual*, tomo primero, Madrid, Centro editorial de Góngora, 1878, pp. 53 ss.). Más recientemente, hay que mencionar sobre todo la teoría de la integridad de Ronald Dworkin, que es idéntica a la idea de coherencia en los aspectos metodológicos: "El derecho como integridad requiere entonces que un juez verifique su interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justificase toda esa red" (R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Traducción de C. Ferrari; revisión técnica de E. Abril, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 177).

58. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (nota 8), pp. 206 ss.

general, no se refiere a lo que es absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto. Qué es lo correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que haya sido autoritativa o institucionalmente establecido y se ajuste al sistema. Si se formulase esto brevemente, podría decirse que la argumentación jurídica está vinculada a la ley y al precedente, y ha de tomar en consideración el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica<sup>59</sup>. Si la ley, el precedente o la dogmática han fijado con claridad la decisión y no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional. En cambio, si la ley, el precedente y la dogmática no fijan la respuesta de una cuestión jurídica<sup>60</sup>, lo que se define como caso difícil, se precisan valoraciones adicionales que no puede ser tomadas únicamente del material autoritativo dado. Si ha de satisfacerse la pretensión de corrección, tales premisas adicionales tienen que ser fundamentadas. Pero esto sólo es posible mediante la argumentación práctica general cuando lo autoritativo o lo institucional, por sí solos, no proporcionan una respuesta suficiente. En este marco las consideraciones y representaciones de conveniencia de lo que resulta bueno para la comunidad hallan realmente su lugar legítimo. Mas esto no modifica el que la cuestión clave de la decisión judicial en el ámbito de apertura sea la cuestión acerca del equilibrio y la distribución correctos. Las cuestiones relativas al equilibrio y la distribución correctos son cuestiones de justicia. Pero las cuestiones de justicia son cuestiones morales. De este

59. Estos requisitos están expresados mediante las reglas y formas específicas del discurso jurídico. Cfr. *ibid.* (nota 8), pp. 213 ss. y 285 ss.

60. No debe ser tratado aquí el caso de que serias objeciones sobre una solución imperiosamente exigida por lo autoritativo susciten el problema de una decisión contra el tenor literal de una ley o una desviación respecto del precedente. Sobre esto cfr. R. ALEXY and R. DREIER, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en N. McCormick and R. S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1991, pp. 95 ss.

modo la pretensión de corrección establece una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral también en el nivel de la aplicación del Derecho<sup>61</sup>.

61. Contra la tesis del caso especial se han formulado numerosas objeciones. Así, Jürgen Habermas ha pretendido que el discurso jurídico no debería ser concebido como un caso especial del discurso moral, porque en el Derecho, junto a las razones morales, también desempeñan un papel legítimo las razones éticas y pragmáticas (J. HABERMAS, *Facticidad y validez* (nota 18), pp. 301 ss.). Habermas designa como "morales" los argumentos que aspiran a lo que es igualmente bueno para todos los seres humanos. Para Habermas ésta es la pregunta por la justicia (*ibid.*, pp. 220 ss. y 357). Por otra parte, en los discursos ético-políticos se ha de examinar si figuran preguntas de la "auto-comprensión colectiva" en el orden del día, que incluya la discusión acerca de las tradiciones y formas de vida comunes (*ibid.*, pp. 173) así como de los bienes y fines colectivos (*ibid.*, p. 221). Finalmente, se ha de exigir el uso pragmático de la razón práctica si se trata de establecer "la conciliación de intereses" (*ibidem*), mediante "la negociación de compromisos" bajo "condiciones de negociación equitativas" (*ibid.*, p. 173). Basándose en esta distinción, Habermas tiene sin duda razón en su tesis de que el discurso jurídico no es un caso especial del discurso moral, ya que el discurso jurídico no está abierto únicamente a razones morales sino también a razones éticas y pragmáticas (*ibid.*, p. 358). Pero esto no afecta a la tesis del caso especial. Un "discurso práctico general" ha de entenderse como un discurso práctico en el que las cuestiones y las razones morales, éticas y pragmáticas están relacionadas unas con otras. La formación de un concepto de discurso práctico de tal naturaleza tiene sentido y es necesaria, porque entre estas tres clases de razones no existe únicamente una relación de complemento sino también una de penetración. Al suponer este concepto del discurso práctico general, la tesis del caso especial se considera cierta. (R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 172 ss.). Klaus Günther ha objetado que la tesis del caso especial no comprende que el discurso jurídico no es un discurso de fundamentación sino de aplicación (K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis'", *Ratio Juris* 6 (1993), pp. 143 ss.). Frente a esto ha de anticiparse que la jurisprudencia debe desarrollar un sistema de reglas sobre los precedentes en la aplicación del Derecho si quiere atender a los postulados de igualdad y seguridad jurídica. Pero estas reglas están en condiciones y necesitan fundamentarse (R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs* (nota 9), pp. 52 ss.). De los críticos de la tesis del caso especial han de ser además mencionados A. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1994, p. 79, y U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre* (nota 6), pp. 86 ss. Una detallada defensa de la tesis del caso especial se encuentra en I. Dwars, "Application Discourse and Special-Case Thesis", *Ratio Juris* 5 (1992), pp. 67 ss.